

**Национальный исследовательский университет
«ВЫСШАЯ ШКОЛА ЭКОНОМИКИ»**
Санкт-Петербургский филиал
Лаборатория сравнительно-правовых исследований

**СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЙ АНАЛИЗ
В ИССЛЕДОВАНИЯХ
ПРАВОВЫХ ИНСТИТУТОВ И ЯВЛЕНИЙ
В ОТРАСЛЕВОМ, СТРАНОВЕДЧЕСКОМ И
ВРЕМЕННОМ АСПЕКТАХ**

*Труды Лаборатории
сравнительно-правовых исследований*

Часть II

Санкт-Петербург
2012

ББК 67

С75

Сравнительно-правовой анализ в исследованиях правовых институтов и явлений в отраслевом, страноведческом и временном аспектах: Труды Лаборатории сравнительно-правовых исследований. Часть II / Редкол.: Т.А. Алексеева (отв. ред.), А.В. Ильин. СПб.: Лаборатория сравнительно-правовых исследований НИУ ВШЭ — Санкт-Петербург, 2012. — 224 с.

ISBN 978-5-7422-2845-5

© Лаборатория сравнительно-
правовых исследований НИУ ВШЭ —
Санкт-Петербург, 2012

© СПбГПУ, 2012

СОДЕРЖАНИЕ

ПРЕДИСЛОВИЕ	5
<i>ТАТЬЯНА ИГОРЕВНА АКУЛИНА</i> Сравнительный анализ правовых аспектов допуска к работе медицинских работников в России и Франции	7
<i>Моке-Анже М.-Л.</i> Медицинское право (<i>Извлечение</i>) (перевод с французского яз.)	26
<i>ТАТЬЯНА АНАТОЛЬЕВНА АЛЕКСЕЕВА</i> Конституционный статус короля в Испании (XIX–XXI вв.)	36
Проект конституции Х. Браво Мурильо 1 декабря 1852 г. (перевод с испанского яз.)	59
<i>АЛЕКСАНДР КОНСТАНТИНОВИЧ ВОЛКОВ</i> Правовое регулирование иностранных инвестиций в газодобывающей отрасли России и Китая	64
Постановление Государственного Совета КНР № 131 от 7 октября 1993 г. «Использование материковых нефтяных ресурсов с участием иностранных инвесторов» (с изменениями от 23 сентября 2001 г., 18 сентября 2007 г. и 30 сентября 2011 г.) (перевод с английского яз.)	115
<i>АЛЕКСАНДР ДМИТРИЕВИЧ ГУРКОВ</i> Законодательство о защите конкуренции как элемент публичного порядка в международном арбитраже в Российской Федерации	121
Решение Европейского Суда Справедливости от 1 июня 1999 г. по делу Eco Swiss China Time Ltd против Benetton International NV (перевод с английского яз.)	130
<i>АННА МИХАЙЛОВНА ЛАПТЕВА</i> Система патентного законодательства Китая	143

Меры по защите прав интеллектуальной собственности во время выставок, изданные Министерством торговли, Государственным промышленно-торговым административным управлением, Государственным управлением по делам авторского права, Государственным управлением по делам интеллектуальной собственности в 2006 г. (<i>Извлечения</i>) (перевод с английского яз.)	154
Положение о применении закона КНР «О патентах», принятого Государственным Советом КНР в 2001 г. (<i>Извлечения</i>) (перевод с английского яз.)	156
Регламент оформления патентов, опубликованный 4 марта 1991 г. (<i>Извлечения</i>) (перевод с английского яз.)	159
<i>ИРИНА АЛЕКСАНДРОВНА МАКАРОВА</i>	
Правовая охрана интеллектуальной собственности в Южно-Африканской Республике	161
Инструкция по товарным знакам № 578 от 21 апреля 1995 г. (Trade Marks Regulations — GN R578-95). Приложение 3 «Перечень классов товаров и услуг (международная классификация товаров и услуг)» 6-я редакция (перевод с английского яз.)	169
<i>ДМИТРИЙ ВИКТОРОВИЧ НЕФЁДОВ</i>	
Основные принципы моделирования финансовой системы БРИКС	173
<i>ПОЛИНА ГЕННАДЬЕВНА РЯБИНЧУК</i>	
Государственно-частное партнерство в сфере строительной деятельности в Великобритании и России	182
Стандарты контрактов частной финансовой инициативы Великобритании (версия 4, 2007) (<i>Извлечение</i>) (перевод с английского яз.)	197
CONTENTS	222

ПРЕДИСЛОВИЕ

Представляемая часть вторая сборника трудов является результатом исследований, проведенных в 2012 г. сотрудниками Лаборатории сравнительно-правовых исследований Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» — Санкт-Петербург по теме «Сравнительно-правовой анализ в исследованиях правовых институтов и явлений в отраслевом, страноведческом и временном аспектах». Работы, начатые в предыдущем году, в 2012 г. проводились в направлении расширения круга изучаемых правовых институтов и явлений в пространстве (по странам, регионам и континентам) и времени, а также путем вовлечения в сферу исследования ранее не изучавшихся участниками коллектива институтов права и правовых явлений. «Экстенсивное» развитие проекта имело место одновременно с продолжением ранее начатых исследованием путем их углубления и интенсификации для более детального и многоаспектного исследования отдельных правовых институтов и явлений.

Сотрудники Лаборатории сравнительно-правовых исследований проводили работы по следующим направлениям:

— разработка теоретических основ для использования сравнительно-правового анализа в исследованиях правовых институтов и явлений в отраслевом, страноведческом и временном аспектах;

— использование сравнительно-правового анализа в исследованиях публично-правовых институтов и явлений в трех указанных аспектах;

— использование сравнительно-правового анализа в исследованиях частноправовых институтов и явлений в трех указанных аспектах;

— использование сравнительно-правового анализа в исследованиях международно-правовых и европейско-правовых институтов и явлений;

— использование сравнительно-правового анализа в исследованиях исторических источников права.

Исследования по теме проводились с учетом сложившихся научных интересов сотрудников Лаборатории и «рабочих» иностранных языков. Они были основаны на применении сравнительно-правового анализа при изучении конституционных, трудовых, гражданских, коммерческих, международных правовых институтов и явлений.

Сборник работ демонстрирует основные результаты проведенных исследований. Сравнительно-правовой подход в сфере международно-правовых институтов и явлений отражен в статьях А.К. Волкова и Д.В. Нефедова, в которых авторы на основе анализа экономических проблем и состояния правового регулирования соответствующих отношений представляют свои предложения по совершенствованию юридического обеспечения функционирования элементов экономической действительности. Одним из итогов компаративистского ретроспективного исследования конституционно-правовых институтов является статья Т.А. Алексеевой, посвященная сквозному историко-компаративистскому анализу конституционного института королевской власти в Испании. Анализ

трудоправовых явлений стал предметом изучения Т.И. Акулиной, представившей в данный сборник статью о допуске к медицинской деятельности, реализующую сравнительный метод при изучении законодательства Франции и России, который сопровождается институциональным комментарием французского опыта. Сравнительно-правовой анализ гражданско-правовых институтов нашел отражение в статьях А.М. Лаптевой о системе патентного законодательства КНР и И.А. Макаровой о правовой охране интеллектуальной собственности в ЮАР, позволяющих критически осмыслить правовое регулирование использования результатов интеллектуальной деятельности в Российской Федерации и внести предложения по его совершенствованию. Анализ коммерческо-правовых институтов и явлений представлен в статьях П.Г. Рябинчук о государственно-частном партнерстве в строительной деятельности в Великобритании и России и А.Д. Гуркова о защите конкуренции в международном арбитраже. Данные работы содержат сравнительный анализ не только законодательства, но и его применения в судебной практике по указанным делам.

В сборнике также публикуется актуальные для отечественной юриспруденции зарубежные источники права, которые впервые переведены на русский язык авторами соответствующих статей.

*
* *

Все статьи и переводы подготовлены в рамках программы фундаментальных исследований НИУ ВШЭ на 2012 г.

Татьяна Анатольевна Алексеева,
заведующая Лаборатории
сравнительно-правовых
исследований
НИУ ВШЭ — Санкт-Петербург

© Т.А. Алексеева, 2012

СРАВНИТЕЛЬНЫЙ АНАЛИЗ ПРАВОВЫХ АСПЕКТОВ ДОПУСКА К РАБОТЕ МЕДИЦИНСКИХ РАБОТНИКОВ В РОССИИ И ФРАНЦИИ

Ухудшающееся состояние природной среды придает во всем мире первостепенную важность поддержанию и укреплению здоровья населения. Соответственно, регулирование трудовой деятельности медицинских работников приобретает особое значение для государства и общества. От профессиональных и человеческих качеств медицинских работников зависят жизнь и здоровье граждан. Особая публичная значимость медицинской деятельности¹ требует создания условий для стимулирования квалифицированной работы в этой сфере, в частности предоставления различных социальных преимуществ, льгот и гарантий, важнейшие из которых предоставляются на основании норм трудового права. Однако для обеспечения качества медицинской помощи не менее важно установление определенных ограничений при регулировании труда этой категории работников.

В большинстве стран мира признается, что труд медицинских работников нуждается в особом правовом регулировании. Но механизмы такого регулирования в разных странах выглядят по-разному; кроме того, они формировались и изменялись сообразно времени и обстановке. Одним из факторов их модернизации является потребность в улучшении медицинского обслуживания.

В отечественной юридической литературе необходимость введения специальных норм для правового регулирования трудовой деятельности медицинских работников обосновывалась с 1968 г. Однако до сих пор правовая организация труда медицинских работников не учитывает в достаточной степени специфику медицинской деятельности и не обеспечивает качественного обновления лечебного процесса.² Несмотря на это изучению механизмов правового регулирования труда медицинских работников не уделяется должного внимания. Первые исследования по данной проблеме были опубликованы К.Я. Ананьевой в 1968 г.,³ а в 1972 г. А.И. Михайловым защитил

¹ См., напр.: Постановление Конституционного Суда РФ от 3 июня 2004 г. № 11-П «По делу о проверке конституционности положений подпунктов 10, 11 и 12 пункта 1 статьи 28, пунктов 1 и 2 статьи 31 Федерального закона “О трудовых пенсиях в Российской Федерации” в связи с запросами Государственной Думы Астраханской области, Верховного суда Удмуртской Республики, Биробиджанского городского суда Еврейской автономной области, Елецкого городского суда Липецкой области, Левобережного, Октябрьского и советского районных судов города Липецка, а также жалобами граждан» // СЗ РФ. 2004. № 24. Ст. 2476.

² См., напр.: *Озоженко С.И.* Специфика правового регулирования труда медицинских работников. Автореф. дис. ... к. ю. н. М., 1990. С. 23; Трудовое право в здравоохранении России / под ред. Ю.Д. Сергеева. М., 2007. С. 360 и др.

³ *Ананьева К.Л.* 1) Дифференциация законодательства о труде медицинских работников // Вестник Ленинградского университета. 1967. № 14. С. 125; 2) Правила регулирования меры труда

диссертацию по данной тематике⁴ и издал соответствующую монографию.⁵ В 1990 г. появилось теоретическое диссертационное исследование О.И. Озоженко,⁶ в котором исследована специфика правового регулирования труда медицинских работников. В 1960–1980-е годы вопросы правового регулирования труда медицинских работников рассматривались также в работах В.С. Андреева, Б.Ф. Коннова, Н.С. Малеина, М.Н. Малеиной, А.Л. Маргулиса, А.И. Савицкой и некоторых других исследователей.⁷ Но в связи с обновлением законодательства научные работы советского периода постепенно утрачивают свою актуальность.

В последнее время правовое регулирование труда медицинских работников стало предметом исследования В.И. Акопова, Н.И. Беседкиной, Ю.П. Лисицына, В.Л. Попова, Н.П. Поповой, Ю.Д. Сергеева, М.Ю. Федоровой, Г.В. Хныкина и других ученых.⁸ В 2007 г. А.И. Иванов защитил диссертацию, в которой рассмотрел проблемы правосубъектности медицинских работников.⁹ В 2008 г. Е.В. Астраханцева в своей диссертационной работе проанализировала проявления единства и дифференциации при регулировании трудовых отношений с участием медицинских работников, а также рассмотрела вопросы рабочего времени и времени отдыха.¹⁰ Наконец, в 2012 г. Н.А. Иванова опубликовала исследование об особенностях правового регулирования оплаты труда, рабочего времени и времени отдыха медицинских работников сквозь призму реформирования здравоохранения.¹¹

К сожалению, предлагаемые в юридической науке нововведения в сфере правового регулирования труда медицинских работников не были должным образом регламентированы в российском законодательстве. Ранее действовавший Кодекс законов о труде РСФСР от 9 декабря 1971 г.¹² не

врачей // Вестник Ленинградского университета. 1967. № 23. С. 95; 3) Правовое регулирование труда медицинских работников: Автореф. дис... к. ю. н. Л., 1968. С. 18.

⁴ Михайлов А.И. Особенности правового регулирования труда и пенсионного обеспечения медицинских работников. Автореф. дис. ... к. ю. н. М., 1972. С. 22.

⁵ Михайлов А.И. Трудовые права и обязанности работников здравоохранения. М., 1977. С. 183.

⁶ Озоженко С.И. Специфика правового регулирования труда медицинских работников. С. 23.

⁷ См., напр.: Коннов Б.Ф. Правовое регулирование труда медицинских работников. М., 1960; Маргулис А.Л. Льготы медицинским работникам. М., 1962; Бодерскова Н.Н. Трудовой стаж рабочих и служащих. М., 1975 и др.

⁸ См., напр.: Акопов В.И., Бова А.А. Юридические основы деятельности врача. Учебно-методич. пособие для студентов медицинских вузов. М., 1997; Хныкин Г.В. Правовое регулирование труда медицинских работников. Практич. пособие. М., 2005.; Юридические основы деятельности врача. Медицинское право. Учеб. пособие для студентов медицинских вузов в схемах и определениях / ред. Ю.Д. Сергеев. М., 2006; и др.

⁹ Иванов А.И. Особенности трудового договора с медицинскими работниками. Автореф. дис. ... к. ю. н. М., 2007. С. 26. — См. также: Иванов А.И. Особенности трудового правоотношения и его основания — трудового договора с врачами и средними медицинскими работниками. Монография / под ред. А.И. Михайлова. М., 2006.

¹⁰ Астраханцева Е.В. Некоторые особенности правового регулирования труда и социального обеспечения работников здравоохранения. Автореф. дис. ... к. ю. н. М., 2008.

¹¹ Иванова Н.А. Особенности правового регулирования труда медицинских работников в условиях реформирования здравоохранения. Автореф. дис. ... к. ю. н. Екатеринбург, 2012. С. 29.

¹² Ведомости Верховного Совета. 1971. № 50. Ст. 1007.

содержал отдельных норм, посвященных данному вопросу, как и предыдущие аналогичные кодексы.

Однако, поскольку различные авторы доказали необходимость дифференцированного подхода в правовом регулировании труда медицинских работников, выделили основания такой дифференциации и предложили определенные модели правовых норм, призванных воплотить дифференциацию в трудовое законодательство,¹³ Трудовой кодекс РФ воспринял ряд предложенных нововведений и закрепил в ст. 350 особенности регулирования рабочего времени, совместительства и времени отдыха медицинских работников. Преимущественно были установлены нормы-дополнения, например, в части предоставления для всех медицинских работников сокращенного рабочего времени продолжительностью 39 часов в неделю, дополнительных отпусков для определенных категорий медицинских работников. Были предусмотрены также и нормы-изъятия, например, в части запрета оставлять свою работу в случае задержки заработной платы на срок более 15 дней (ст. 142 ТК РФ) и объявления незаконными забастовок на станциях скорой и неотложной помощи и в больницах (подп. «б» ч. 1 ст. 413 ТК РФ). Ранее данные нормы не имели четкого законодательного закрепления на федеральном уровне либо содержались в ведомственных нормативно-правовых актах.

Таким образом, с введением в действие ТК РФ произошли положительные изменения в правовом регулировании труда медицинских работников. Однако реализация названных положений трудового законодательства невозможна без принятия специальных подзаконных нормативных актов, издающихся в их развитие. Отражением положительной динамики в данном вопросе стало издание постановления Правительства РФ от 14 февраля 2003 г. № 101 «О продолжительности рабочего времени медицинских работников в зависимости от занимаемой ими должности и (или) специальности»,¹⁴ которым были установлены 4 типа рабочей недели для различных категорий медицинских работников с учетом степени вредности и опасности условий, в которых она осуществляется. Постановление позволило детально дифференцировать рабочее время медицинских работников в зависимости от профиля организации, выполняемой трудовой функции и условий труда на рабочем месте, а также объединить правовые нормы, касающиеся рабочего времени, в одном источнике.

Нормы ТК РФ создали условия для появления ряда нормативных правовых актов, касающихся работы по совместительству медицинских работников. Так, во исполнение ч. 3 ст. 350 ТК РФ были приняты постановления Правительства РФ от 12 ноября 2002 г. № 813 «О продолжительности работы по совместительству в организациях здравоохранения медицинских работников, проживающих и работающих в

¹³ *Ананьева К.Л.* Правовое регулирование труда медицинских работников. С. 18; *Озоженко С.И.* Специфика правового регулирования труда медицинских работников. С. 23 и др.

¹⁴ СЗ РФ. 2003. № 8. Ст. 757.

сельской местности и в поселках городского типа»¹⁵ и от 4 апреля 2003 г. № 197 «Об особенностях работы по совместительству педагогических, медицинских, фармацевтических работников и работников культуры»,¹⁶ а также постановление Минтруда России от 30 июня 2003 г. № 41 «Об особенностях работы по совместительству педагогических, медицинских, фармацевтических работников и работников культуры».¹⁷

Однако, стоит отметить, что некоторые федеральные правовые нормы до сих пор не получили своего развития в подзаконных нормативных правовых актах. Например, в соответствии с ч. 3 ст. 350 ТК РФ продолжительность дополнительного отпуска для медицинских работников устанавливается Постановлением Правительства РФ, однако данное постановление до сих пор не издано и продолжительность отпусков регулируется иными актами, зачастую датированными 1970–1980-ми годами.¹⁸ Многие из этих актов устарели и дублируют друг друга.

Необходимо констатировать также, что ТК РФ не решил всех значимых проблем, существующих в правовом регулировании труда медицинских работников. Статья 350 ТК РФ содержит лишь такие нормы, касающиеся особенностей регулирования рабочего времени и времени отдыха медицинских работников, которые носят отсылочный характер. Между тем повышенная сложность медицинской профессии требует особого правового регулирования по широкому кругу вопросов, таких как:

- конкретизация определенных обязательных и дополнительных условий трудового договора, заключаемого с медицинскими работником;
- определение оснований увольнения в случае совершения медицинским работником врачебной ошибки, разглашения врачебной тайны;
- возможность и целесообразность применения дисциплинарной ответственности в случае причинения вреда здоровью пациенту медицинскими работниками, недавно окончившими вузы и прошедшими специальную послевузовскую подготовку, и ряда других.

Среди них очень важными являются вопросы, касающиеся приема на работу медицинских работников и заключения с ними трудового договора.

¹⁵ СЗ РФ. 2002. № 46. Ст. 4595.

¹⁶ СЗ РФ. 2003. № 15. Ст. 1368.

¹⁷ Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. № 51. 22.12.2003.

¹⁸ См., напр.: Постановление Госкомтруда СССР и Президиума ВЦСПС от 25 октября 1974 г. № 298/П-22 (в ред. от 29 мая 1991 г.) «Об утверждении Списка производств, цехов, профессий и должностей с вредными условиями труда, работа в которых дает право на дополнительный отпуск и сокращенный рабочий день» // ИПС «Консультант плюс»; Постановление ЦК КПСС, Совета Министров СССР от 22 сентября 1977 г. № 870 «О мерах по дальнейшему улучшению народного здравоохранения» // Свод законов СССР. Т. 3. С. 88 (1990 г.); Постановление ЦК КПСС, Совета Министров СССР от 19 августа 1982 г. № 773 (в ред. от 3 августа 1988 г.) «О дополнительных мерах по улучшению охраны здоровья населения» // Свод законов СССР. Т. 3. С. 94 (1990 г.); Постановление ЦК КПСС, Совета Министров СССР, ВЦСПС от 16 октября 1986 г. № 1240 (в ред. от 26 октября 1987 г.) «О повышении заработной платы работников здравоохранения и социального обеспечения» // Свод законов СССР. Т. 2. С. 282-4 (1990 г.); и др.

Процесс допуска к работе медицинских работников занимает одно из центральных мест в системе правоотношений, возникающих между медицинским работником и медицинским учреждением, поскольку позволяет определить личностные, квалификационные, деловые характеристики потенциального работника и тем самым установить целесообразность его приема в конкретное лечебно-профилактическое учреждение. В процессе осуществления подбора и расстановки кадров, рассмотрения конкретных кандидатов на должность происходит конкурентный отбор сотрудников для занятия профессиональной медицинской деятельностью. В конечном итоге это способствует достижению основной цели — поддержанию и повышению необходимого уровня качества медицинской помощи. Таким образом, этот институт является одним из ключевых в системе обеспечения качества медицинских услуг.

В настоящий момент процесс допуска медицинских работников к трудовой деятельности в России регулируется большим массивом подзаконных нормативных правовых актов, многие из которых не отвечают современным условиям, в частности уровню развития новых технологий в медицине, появлению новых сложных и малоизученных болезней, низкому качеству обучения в вузах, и требует законодательного совершенствования. Более того, ввиду наличия правовых пробелов работодатели — медицинские учреждения применяют правовые нормы утративших силу нормативных правовых актов.¹⁹

В связи с этим интересен опыт Франции в сфере установления многоступенчатых систем в процессе допуска к медицинской деятельности медицинских работников, которые обеспечивают качественный отбор медицинского персонала и правильное его распределение на местах. Особенно ярко это выражено в процессе допуска к работе медицинских работников, претендующих на занятие должностей в государственных учреждениях здравоохранения, изложенного в Постановлении Премьер-министра М. Дебре от 1958 г. (далее: Постановление Дебре от 1958 г.); Кодексе здравоохранения от 1997 г.; декретах № 84-135 от 24 февраля 1984 г., № 2006-593 от 23 мая 2006 г., № 2008-308 от 2 апреля 2008 г., № 2006-1221 от 5 октября 2006 г., № 2010-1141 от 29 сентября 2010 г.; 2007-704 от 4 мая 2007 г. и др.²⁰

Следует отметить, что в законодательстве Франции с 1943 г. признается специфичность правового положения практикующих врачей, осуществляющих свою деятельность в больницах государственной системы здравоохранения.

Установление особых правил приема на работу медицинских работников вызвано дифференцированными потребностями различных категорий

¹⁹ См., напр., приказы Минздравмедпрома России от 19 декабря 1994 г. № 286 «Об утверждении Положения «О порядке допуска к осуществлению профессиональной медицинской и фармацевтической деятельности» (Библиотека «Российской газеты». 1995. № 19) и от 17 ноября 1995 г. № 318 «О Положении о квалификационном экзамене на получение сертификата специалиста» («Здравоохранение». 1996. № 1).

²⁰ L'ordonnance Debre de 1958; Code de la santé publique 1997; Decret № 84-135 du 24 février 1984; Decret № 2006-593 du 23 mai 2006; Decret № 2008-308 du 2 avril 2008; Decret № 2006-1221 du 5 octobre 2006; Decret № 2010-1141 du 29 septembre 2010; Decret 2007-704 du 4 mai 2007.

медицинских учреждений. В связи с этим во французском праве устанавливаются разные правовые статусы медицинских работников, претендующих на занятие должностей в таких медицинских учреждениях. Различаются *медицинские работники — государственные служащие, исполняющие двойные функции* (осуществляющие преподавательскую деятельность, а также занимающие должности медицинских работников в университетских больничных центрах); *медицинские работники — статусные государственные служащие*, осуществляющие в условиях полной или частичной занятости исключительно функции медицинского персонала; и, наконец, *медицинские работники — государственные служащие, принятые на работу по контракту*. Поскольку в отношении последней категории французское право устанавливает наименьший объем особых норм, регулирующих прием на работу, рассмотрим порядок допуска к работе медицинских работников первых двух категорий.

Для реализации принципов, утвержденных Постановлением Дебре от 1958 г., в частности, принципа объединения в одном месте больницы и медицинского факультета, что предусматривается в настоящее время и в российском законодательстве (ст. 77 Федерального закона от 21 ноября 2011 г. № 323 «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации»²¹ — далее: Основы) во французском праве были установлены статусы медицинского персонала «двойной принадлежности». Речь идет о персонале, осуществляющем одновременно преподавательскую и научную деятельность в университете, а также медицинскую деятельность в больнице. Их профессиональное положение зависит в основном от званий и занимаемых должностей в университете, где обычно различают штатный и внештатный персонал, к которому причисляют и персонал, называемый «временным».

К *штатному персоналу* относятся сотрудники — *профессора университетов*, практикующие в больницах, или *доценты университетов*, практикующие в больницах. Их особое правовое положение заключается в том, что они в качестве штатных преподавателей университетов являются должностными лицами, состоящими на государственной службе, а в качестве медицинского персонала больницы — только государственными служащими больницы.²² Здесь прослеживается яркое отличие правового положения данной категории медицинских работников во Франции от их правового положения в России. Традиционно в России должности государственной гражданской службы занимают лица, осуществляющие свою деятельность в государственных органах управления здравоохранения на федеральном уровне или уровне субъекта, но не в больницах или больничных центрах или высших

²¹ СЗ РФ. 2011. № 48. Ст. 6724.

²² Положение указанного персонала регулируется Декретом № 84-135 от 24 февраля 1984 г. «О статусе преподавательского и медицинского персонала университетских больничных центров» в ред. Декрета № 2006-593 от 23 мая 2006 г. (*Moquet-Anger M.-L. Droit Hospitalier. 2e éd. Lextenso éditions, 2012. P. 255*).

учебных заведениях.²³ При этом такие лица по своему профессиональному статусу далеко не всегда относятся к категории медицинского персонала, а имеют зачастую иное профессиональное образование. Что касается должностных лиц в государственных учреждениях здравоохранения, то решение вопроса об отнесении того или иного медицинского работника государственного медицинского лечебного или образовательного учреждения к должностному лицу решается в зависимости от круга принадлежащих ему полномочий, указанных в должностной инструкции. При этом для определения возможности отнесения того или иного медицинского работника к должностным лицам используются правовые нормы, содержащиеся в примечании к ст. 285 Уголовного кодекса РФ и более подробно раскрытые в постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 10 февраля 2000 г. № 6 «О судебной практике по делам о взяточничестве и коммерческом подкупе».²⁴ Поскольку в российских государственных медицинских учреждениях — как образовательных, так и лечебных — большинство медицинских работников осуществляют только профессиональную деятельность, связанную исключительно с преподаванием и/или лечением пациентов, не включающую в себя организационно-распорядительные или административно-хозяйственные функции, то статус должностного лица имеют далеко не все представители медицинского персонала.

В связи с двойственным характером функций медицинских работников указанных категорий во Франции их трудоустройство регулируется специальными постановлениями министерств. При этом стоит отметить, что процесс трудоустройства регулируется в основном публичным, а не трудовым правом, в отличие от российского законодательства, где прием на работу всегда осуществляется на основе норм трудового права за исключением лиц, принимаемых на должности государственных гражданских служащих в органы государственного управления здравоохранением.

Прием на работу на указанные должности во Франции производится либо в порядке перевода из другого медицинского учреждения,²⁵ либо на конкурсной основе.

Что касается *профессоров университетов, практикующих в больницах*, то в отношении этой категории проводится четыре вида конкурсов в зависимости от тех дисциплин (медицинских или фармацевтических), которые собирается преподавать кандидат, а также званый, квалификации и стажа работы кандидатов.²⁶ Каждый кандидат может участвовать в конкурсе четыре раза. Кандидатуры рассматриваются соответствующей секционной или межсекционной комиссией Национального совета университетов с проведением собеседования и педагогического испытания по некоторым дисциплинам. По окончании проведения испытаний комиссия составляет

²³ Федеральный закон от 27 июля 2004 г. № 79-ФЗ «О государственной гражданской службе Российской Федерации» // СЗ РФ. 2004. № 31. Ст. 3215.

²⁴ Российская газета. 2000. 23 февраля.

²⁵ Статьи 47 и 60 Декрета № 84-135 от 24 февраля 1984 г.

²⁶ Статьи 61, 61-1, 62а, 62-в и 63 Декрета № 84-135 от 24 февраля 1984 г.

список принятых кандидатов. Назначение и зачисление в штат профессоров университетов, практикующих в больницах, производится Декретом Президента Республики.

Для *доцентов университетов, практикующих в больницах*, проводится три вида конкурсов в зависимости от дисциплин, званий, квалификации и стажа работы.²⁷ Каждый кандидат на должность доцента вуза, практикующего в больнице, может участвовать в конкурсе три раза. Порядок рассмотрения кандидатур доцентов университетов, практикующих в больницах, аналогичен порядку рассмотрения кандидатур профессоров университетов, практикующих в больницах. Но в отличие от профессоров доценты назначаются совместно министрами высшего образования и здравоохранения в качестве стажеров сроком на один год. По завершении стажировки они могут быть приняты в штат по решению совета учебно-научной единицы (факультета) учреждения.

В том случае, если их не принимают в штат, они могут быть зачислены в качестве стажеров сроком еще на один год или переведены в штат по прежнему месту работы, или уволены.²⁸

К *внештатному персоналу* во французском праве относятся *заведующие университетскими клиниками, являющиеся ассистентами в больницах*, которые практикуют по клиническим дисциплинам, а также *ассистенты университетских больниц*, которые практикуют в области биологических и смешанных дисциплин. В обоих случаях они представляют собой внештатные категории преподавательского и больничного персонала университетских больничных центров, поскольку срок их полномочий ограничен. Они назначаются на должность на два года с возможностью двукратного продления этого срока каждый раз сроком на один год. Эта категория медицинских работников осуществляет всю свою профессиональную деятельность (преподавательскую, научную и медицинскую) в том учреждении, к которому она относится. Процесс допуска к работе данного медицинского персонала не включает в себя конкурсную составляющую. Трудоустройство происходит благодаря назначению на должность, которое осуществляется совместным решением генерального директора университетского больничного центра и директора учебно-научной единицы (факультета) по предложению заведующего отделением (или многопрофильным центром) после получения заключения медицинской комиссии учреждения или совета учебно-научной единицы (факультета).²⁹

К *временному персоналу* в государственных медицинских учреждениях Франции относятся *практикующий медицинский персонал университетских больничных центров*. Они временно назначаются для исполнения обязанностей практикующего врача в университетских больницах. Входя в состав преподавательского и медицинского персонала университетских больничных центров, они осуществляют свою профессиональную деятельность в сфере

²⁷ Статьи 48 (1), 48 (2), 48-1 Декрета № 84-135 от 24 февраля 1984 г., измененного Декретом № 006-593 от 23 мая 2006 г. и Декретом № 2008-308 от 2 апреля 2008 г.

²⁸ *Moquet-Anger M.-L. Droit Hospitalier. P. 255–256.*

²⁹ Статьи 26-1 — 26-5 Декрета № 84-135 от 24 февраля 1984 г.

преподавательской, научной и медицинской деятельности. Процедура допуска таких специалистов к работе включает в себя прохождения специального конкурса практикующего врача 1-го типа, как это сформулировано во французском законодательстве. Затем следует включение кандидата, выдержавшего конкурс, в список подходящих кандидатов. При этом претендент на данные должности должен иметь не менее двух лет стажа работы в качестве заведующего университетской клиникой и одновременно ассистента в больницах либо в качестве ассистента университетской больницы. Допускается также работа на указанных выше должностях во время прохождения процедуры допуска к работе в новой должности либо оставление такой работы не позднее, чем два года до приема на новую должность³⁰. В данном положении можно увидеть параллель с российским законодательством, а именно с подп. 3 п. 1 ст. 100 Основ, предусматривающим для медицинского работника, не работавшего по своей специальности пять и более лет, необходимость прохождения обучения по дополнительным профессиональным программам перед приемом на работу по полученной специальности. Таким образом, российское законодательство также не допускает длительных перерывов в профессиональной деятельности медицинского работника, но устанавливает большую продолжительность такого пропуска, одинаковую для всех медицинских работников независимо от их специальности и должности.

В дальнейшем кандидатуры временного персонала рассматриваются советом учебно-научной единицы (факультета), который проводит собеседования с кандидатами и рассматривает заключение медицинской комиссии учреждения. Досье отобранных кандидатов передаются на рассмотрение компетентной комиссии Национального совета университетов, которая предлагает одного единственного кандидата на каждую вакантную должность. По предложению комиссии практикующие врачи университетских больниц назначаются совместным решением генерального директора университетского больничного центра и директора учебно-научной единицы (факультета).

Кандидаты, назначенные в качестве практикующих врачей университетских госпиталей, одновременно включаются в штат в качестве практикующих врачей больниц и временно направляются на работу в качестве практикующих врачей университетских больниц приказом генерального директора Национального центра управления.³¹ Срок полномочий практикующего врача университетской больницы не является фиксированным и может варьироваться от четырех до шести лет.³²

Что касается второй категории медицинского персонала, именуемого во французском праве *практикующими врачами больниц с полной или частичной занятостью*, то их следует разделить на две подкатегории по признаку занятости и особенностям правового статуса. Практикующие врачи больниц с

³⁰ Moquet-Anger M.-L. Droit Hospitalier. P. 256–257.

³¹ Кодекс здравоохранения, статья R. 6152-60.

³² Moquet-Anger M.-L. Droit Hospitalier. P. 253–261.

полной занятостью по своему правовому положению близки к должностным лицам, тем не менее они остаются «*рядовыми*» государственными служащими, назначаемыми и включаемыми в штат. Практикующие врачи больниц с *частичной занятостью* также являются государственными служащими больницы, тем не менее они имеют правовое положение, отличающееся от предыдущей категории врачей. Они вправе осуществлять свою профессиональную деятельность вне больницы — в городском кабинете или в частном учреждении.

Ранее процедура допуска для обеих категорий медицинских работников была дифференцирована в связи с различиями в их правовых статусах. Однако согласно Декрету от 5 октября 2006 г.³³ к ним стали применяться общие правовые нормы при приеме на работу на указанные должности.³⁴

Подробная регламентация и сложность процесса допуска к работе на должностях практикующего врача больницы с полной или частичной занятостью³⁵ имеет целью наиболее выгодную и результативную расстановку кадров в учреждениях здравоохранения различной направленности. Вакансии на данные должности с приоритетным приемом на работу оформляются отдельным списком³⁶ и объявляются директором Национального центра управления по предложению генерального директора Регионального агентства здравоохранения. На каждую вакансию учреждением создается профиль должности, где характеристики, относящиеся, в частности, к специальности и положению врача в структуре больницы, определяются постановлением министра здравоохранения.³⁷

Согласно французскому законодательству возможных кандидатов на указанные должности можно разделить на две группы в зависимости от процедуры допуска к работе.³⁸ Это практикующие врачи, принимаемые на должность в порядке *внешнего перевода*, и врачи, внесенные в список подходящих кандидатов после успешного прохождения *национального конкурса* практикующего врача государственных учреждений здравоохранения.

Назначение в государственное учреждение здравоохранения производится постановлением генерального директора Национального совета управления по предложению директора учреждения после ознакомления с мнением председателя медицинской комиссии учреждения и по предложению заведующего многопрофильным центром или начальника внутреннего

³³ Decret № 2006-1221 du 5 oct. 2006 relatif aux personnels médicaux, pharmaceutiques et odontologiques hospitaliers, JO 6 oct. 2006, p. 14779, modifié par décret № 2010-1141 du 29 sept. 2010 (Декрет № 2006-1221 от 5 октября 2006 г. «О медицинском фармацевтическом и одонтологическом персонале больниц» // Официальный бюллетень, 6 октября 2006 г., с. 14779, измененный Декретом № 2010-1141 от 29 сентября 2010 г.)

³⁴ Кодекс здравоохранения, ст. R. 6152-301 — R. 6152-327.

³⁵ Кодекс здравоохранения, ст. R. 6152-6 и R. 6152-205.

³⁶ Кодекс здравоохранения, ст. R. 6152-5 и R. 6152-204.

³⁷ *Moquet-Anger M.-L.* Droit Hospitalier. 2e éd. Lextenso éditions, 2012. P. 257–260.

³⁸ Статьи R. 6152-7 и R. 6152-206 Кодекса здравоохранения в редакции Декрета от 29 сентября 2010 г.

подразделения.³⁹ После публикации информации о назначении на должность в *Официальном бюллетене* и направления уведомления соответствующему практикующему врачу и директору соответствующего учреждения, производится зачисление на должность по определенному направлению деятельности. Зачисление производится директором учреждения.⁴⁰ Если заполнение вакантной должности производится путем привлечения кандидатуры извне, директор учреждения производит зачисление на должность в многопрофильный центр, а при отсутствии такового — на отделение, в функциональную единицу или в другое внутреннее подразделение. В случае внутреннего перевода директор зачисляет практикующего врача, уже назначенного на должность в данном учреждении, в многопрофильный центр по предложению заведующего центром и председателя медицинской комиссии учреждения.⁴¹ Единоличное принятие такого решения директором учреждения разрешено лишь в том случае, если оно продиктовано обеспечением безопасности больных или непрерывностью обслуживания в медицинском учреждении. В этом случае производится безотлагательное временное зачисление указанного практикующего врача на новую должность.⁴²

Таким образом, в процессе допуска этой категории врачей необходимо различать назначение и зачисление на должность, которые производится различными должностными лицами. Следовательно, директор Национального совета управления, производящий назначение, наделен властными полномочиями и обеспечивает управление карьерой назначенного таким образом врача. Но директор учреждения, производящий зачисление, такими полномочиями не обладает, поскольку своими действиями закрепляет решение, принятое директором Национального совета. Однако в соответствии с судебной практикой⁴³ и согласно нормам французского законодательства о здравоохранении⁴⁴ директор учреждения, который имеет дисциплинарную власть над всеми сотрудниками учреждения, может в целях обеспечения непрерывности обслуживания и безопасности пациентов принять решение об отстранении практикующего врача больниц от осуществления им клинической или терапевтической деятельности. При этом существует исключение из данного правила: практикующий врач может быть отстранен от дежурства на отделении скорой помощи только в том случае, если его действия подвергают опасности больных.⁴⁵ В случае отстранения врача директор учреждения обязан

³⁹ В соответствии со ст. L. 6143-7 Кодекса здравоохранения в редакции закона от 21 июля 2009 г.

⁴⁰ Decret № 2006-1221 du 5 oct. 2006 relatif aux personnels médicaux, pharmaceutiques et odontologiques hospitaliers, JO 6 oct. 2006, p. 14779, modifié par décret № 2010-1141 du 29 sept. 2010 (Декрет № 2006-1221 от 5 октября 2006 г., Декрет № 2010-1141 от 29 сентября 2010 г. «О медицинском, фармацевтическом и одонтологическом персонале больниц» (Официальный бюллетень, 30 сентября, с. 17749).

⁴¹ Кодекс здравоохранения, ст. R. 6152-11 и R. 6152-209.

⁴² ЕС, 7 декабря 2011 г., Междугородный больничный центр Эр-Сена, заявл. № 337972.

⁴³ ЕС, 1 марта 2006 г., господин Даниэль Кс., № 279822.

⁴⁴ Статья L. 6143-7 Кодекса здравоохранения.

⁴⁵ ЕС, 10 марта 2004 г., № 240180, г-н БАЙ против Университетского больничного центра г. Брест.

немедленно информировать соответствующие органы в сфере управления здравоохранением⁴⁶ для назначения другого практикующего врача на эту должность. Такое отстранение согласно французскому законодательству не является мерой дисциплинарного взыскания, а относится лишь к обеспечительным мерам.⁴⁷

Особые положения применяются к переводам с одной должности на другую внутри одного центра и в случае перехода из данного центра в другой, а также в случае объединения двух или нескольких учреждений. Во всех случаях зачисление на должность регистрируется Национальным учреждением, уполномоченным по управлению руководящим персоналом, находящимся на государственной службе в больницах.⁴⁸ И здесь также можно выделить заметную особенность в приеме на работу медицинских работников в результате их перевода с одной должности на другую в связи с регистрацией этого процесса специализированным органом. Данная норма французского законодательства служит отличительной чертой в процедуре допуска к работе этой категории медицинского персонала и не имеет аналога в российском трудовом праве.

Вследствие введения новой системы управления больницами и создания многопрофильных центров, практикующие врачи больницы с полной⁴⁹ или частичной⁵⁰ занятостью, состоящие в штате, принимаются на работу с учетом служебной необходимости в национальное государственное учреждение (с учетом их желания или в порядке перевода по производственной необходимости) с целью зачисления на должность или для профессиональной переподготовки либо для облегчения реорганизации или реструктуризации больницы.⁵¹

На протяжении нескольких лет во Франции происходят многочисленные преобразования в больницах. Указанная новая схема организации медицинской помощи, направленная на объединение взаимодействия санитарных служб и укрепление связей между государственными и частными медицинскими учреждениями, является следствием таких преобразований. Таким образом, зачисление на должность, производимое директором медицинского учреждения в соответствии с описанной процедурой, безусловно, отражает процессы децентрализации или слияния многопрофильных центров и структурных

⁴⁶ Кодекс здравоохранения, ст. R. 6152-28 и R. 6152-221.

⁴⁷ Апелляционный административный суд г. Бордо, 9 декабря 2004 г., № 00ВХ00254, г-н ЛАКРУА.

⁴⁸ Loi «Hospital, patient, santé, territoire»; L'ordonnance du 2 mai 2005; Decret 2007-704 du 4 mai 2007 relatif a l'organisation et au fonctionnement du Centre national de gestion des praticiens hospitaliers et des personnels de direction de la fonction publique hospitaliere et modifiant le Code de santé publique, JO 5 mai 2007. P. 7998 (Закон «Госпиталь, пациент, здоровье, территории» (HPST); постановление от 2 мая 2005 г.; Декрет 2007-704 от 4 мая 2007 г. «Об организации и функционировании Национального центра управления практикующими врачами больниц и руководящим персоналом, находящимся на государственной службе в больницах, вносящий изменения в Кодекс здравоохранения» // Официальный бюллетень, 5 мая 2007 г., с. 7998).

⁴⁹ Кодекс здравоохранения, ст. R. 6152-50-1.

⁵⁰ Там же, ст. R. 6152-236-1.

⁵¹ Декрет от 6 октября 2006 г.

подразделений, способствует адаптации врачей к новым условиям работы, но создает риск возникновения конфликтных ситуаций.

В результате существенного изменения в управлении должностями медицинского персонала госпиталей практикующие врачи могут оказаться в ситуации вынужденного поиска зачисления на должность, в частности, в случае реорганизации учреждения,⁵² что влечет для них некоторые ограничения. Так, в соответствии со ст. R. 6152-50-1 и R. 6152-236-1 Кодекса здравоохранения решение о помещении врача в ситуацию «поиска зачисления» максимальным сроком на два года принимается генеральным директором Национального совета управления по заявлению либо практикующего врача, либо директора учреждения, либо, в случае бездействия последнего, генерального директора Регионального агентства здравоохранения. При этом врачу предоставляются необходимые консультации относительно положения на рынке труда в области здравоохранения.⁵³

Однако положение практикующего врача осложняется рядом обстоятельств. С одной стороны, он обязан выполнить все согласованные с ним действия и формальности, решение о которых принято генеральным директором Национального совета управления, позволяющие ему вновь быть назначенным на должность в государственное учреждение здравоохранения либо найти другую работу в государственном или частном секторе. С другой стороны, если в течение этого периода ему Национальным советом управления будет выплачиваться вознаграждение на период поиска работы, а новая должность так и не будет найдена, то практикующий врач по истечении указанного периода будет восстановлен в прежнем медицинском учреждении на условиях временного назначения. При этом вполне вероятно, что на момент восстановления не окажется должности, соответствующей его профилю. Таким образом, поскольку «поиск зачисления» вызван преобразованием или сокращением должности, практикующий врач будет фактически вынужден согласиться на другую должность, возможно, в другом учреждении. Если он откажется от трех предлагаемых должностей, то официально будет переведен в резерв.⁵⁴

В целях организации трудоустройства практикующих врачей государственных учреждений здравоохранения может быть организован и *национальный конкурс*.⁵⁵ При этом составляется единый список подходящих кандидатов, дифференцированный по дисциплинам, специальностям и по типу испытания. Этот список действителен в течение четырех лет с даты его публикации в «Официальном бюллетене» (Journal official).⁵⁶

Кандидаты, внесенные в данный список, будут, таким образом, иметь четыре года для выдвижения своей кандидатуры на вакантную должность

⁵² Кодекс здравоохранения, ст. L. 6131-5.

⁵³ *Moquet-Anger M.-L.* Droit Hospitalier. P. 253–260.

⁵⁴ Кодекс о здравоохранении, ст. R. 6152-50-5, R. 6152-236-5.

⁵⁵ Декрет от 6 октября 2006 г.

⁵⁶ Кодекс здравоохранения, ст. R. 6152-301

практикующего врача больниц с полной или частичной занятостью в государственные учреждения здравоохранения.

Для участия в конкурсе каждый кандидат должен соответствовать критериям, изложенным в ст. R. 6152-302 Кодекса здравоохранения. Но при определенных условиях (в том числе при наличии стажа работы в государственном учреждении) кандидаты могут подать заявки на участие в конкурсе по типу I, испытания в котором включают в себя собеседование с комиссией и рассмотрение досье полученных званий и оказанных услуг, либо в конкурсе по типу II, испытания в котором включают в себя собеседование с комиссией, устную проверку профессиональных знаний и рассмотрение досье, званий, работ и оказанных услуг. Во всех случаях надлежит обеспечить равные условия для всех кандидатов. В противном случае происходит аннулирование результатов конкурса.⁵⁷

Таким образом, проводя сравнительный анализ норм французского и российского законодательства о допуске к работе медицинских работников, необходимо отметить следующее.

Процедура допуска к работе медицинских работников Франции значительно усложнена по сравнению с российской процедурой, однако те специальные дополнительные правила, которые установлены французским законодательством, преследуют цель осуществить наиболее качественный и выгодный подбор кадров для государственных медицинских учреждений. Законодательство Франции, учитывая публичную значимость медицинской профессии, связывает допуск к работе с наличием определенного стажа работы, качеством оказываемых ранее медицинских услуг, уровнем квалификации, успешным прохождением конкурса и/или испытания, одобрением кандидатуры медицинского работника руководителями различных специальных органов, входящих в государственную систему здравоохранения, другими критериями. Публичная значимость медицинской деятельности и необходимость осуществления постоянного государственного контроля за медицинскими услугами, в том числе и на этапе приема на работу медицинских работников, обусловила регулирование процедуры такого приема именно нормами публичного права во Франции.

Хотя процесс допуска к работе медицинских работников в России также достаточно подробно регламентирован законодательством, нормы отечественного права не содержат такого количества дополнительных правил, без соблюдения которых прием на работу медицинских работников становится невозможен, в том числе они не содержат требования обязательного, прямого и непосредственного участия в этом процессе государственных органов.⁵⁸

⁵⁷ ЕС, 28 ноября 2002, № 246810, Сена, отмена постановления, устанавливающего список подходящих кандидатов на должности практикующих врачей государственных учреждений здравоохранения (неоднородность устного испытания) (*Moquet-Anger M.-L. Droit Hospitalier*. P. 261).

⁵⁸ См. подробнее: *Акулина Т.И.* 1) Трудовой договор с медицинским работником: правовые аспекты // Материалы научно-практической конференции «Медицина и право в XXI веке» (Санкт-Петербург, 1–2 июля 2011 г.). СПб., 2012. С. 6–19; 2) Особенности заключения трудового договора с медицинскими работниками // Главврач. 2011. № 8. С. 61–73.

Следует отметить схожесть специальных правовых норм обеих стран, касающихся установления особого правового статуса *профессоров или доцентов университетов*. Так, ст. 77 Основ, а также ряд других норм законодательства, особо подчеркивают важную роль профессорско-преподавательского состава медицинских образовательных учреждений в участии обучающихся по основным образовательным программам среднего, высшего и послевузовского медицинского образования и дополнительным профессиональным образовательным программам в оказании медицинской помощи гражданам.⁵⁹ Такое участие допускается под контролем работников образовательных и научных организаций, которые несут ответственность за проведение практической подготовки медицинских работников. Значит, «двойной статус» для данной категории медицинского персонала в России также обязателен. Этой категории медицинских работников, кроме преподавательской, надлежит осуществлять и практическую медицинскую деятельность с целью поддержания практических навыков и надлежащего контроля за студентами, когда они допущены к оказанию медицинской помощи пациентам.

Подобно французскому, российское законодательство устанавливает конкурсный отбор для данной категории персонала перед приемом на определенную должность.⁶⁰ Однако в отношении таких медицинских работников не установлено специальных условий для прохождения конкурса, а также каких-либо дополнительных условий помимо него (кроме тех требований трудового и образовательного права, которые являются общими для всех работников, осуществляющих педагогическую деятельность в системе образования).

Российским законодательством не предусмотрено разделение конкурсов на виды в зависимости от дисциплин, которые собирается преподавать кандидат, его званий, квалификации и стажа работы. Традиционно все данные критерии учитываются в рамках одного конкурса. Также не предусмотрена возможность участвовать в конкурсе до 3–4 раз, в то время как во Франции многократное участие кандидата в конкурсе призвано обеспечить более тщательное и справедливое рассмотрение его профессиональных характеристик, объективное сравнение его с другими кандидатами, возможность повышения кандидатом в промежутке между конкурсами профессионального мастерства, что впоследствии проверяется комиссией в процессе собеседований и педагогических испытаний. Все это обеспечивает кандидату дополнительные возможности быть принятым на определенную должность в государственные учреждения здравоохранения.

⁵⁹ Приказ Минздравсоцразвития РФ от 15 января 2007 г. № 30 «Об утверждении Порядка допуска студентов высших и средних медицинских учебных заведений к участию в оказании медицинской помощи гражданам» // Российская газета. 2007. 16 февраля.

⁶⁰ Статья 332 ТК РФ; Приказ Минобразования РФ от 26 ноября 2002 г. № 4114 «Об утверждении Положения о порядке замещения должностей научно-педагогических работников в высшем учебном заведении Российской Федерации» // Российская газета. 2003. 18 января; и др.

Важным дополнением, отсутствующим в российском законодательстве и характеризующим наличие государственного контроля за процессом допуска к работе в сфере здравоохранения, является участие в нем главы государства (назначение и зачисление в штат профессоров производится на основании Декрета Президента Французской Республики), а также министров высшего образования и здравоохранения, которые назначают доцентов.

Особенностью французского законодательства является и правило об обязательности работы доцентов в качестве стажеров в течение одного года после избрания по конкурсу, после чего возможно их зачисление в штат учреждения. Данную норму можно отождествить с испытательным сроком, который установлен медицинскому работнику. Российское трудовое законодательство, напротив, запрещает устанавливать испытания лицам избранным по конкурсу на замещение определенной должности (ч. 3 ст. 70 ТК РФ). Во французском праве, однако, такого рода ограничение призвано обеспечить более тщательную проверку кандидата, его деловых качеств и соответствие порученной работе, поскольку такой работник принимает на себя двойные обязанности, связанные не только с педагогической, но и медицинской деятельностью. Примечательно, что данное ограничение установлено для должности доцента, но не профессора. Вероятно, это связано с наличием у кандидата, претендующего на должность профессора, достаточного уровня мастерства и практических навыков, проверяемых в процессе конкурсного отбора, для занятия определенных должностей без испытательного срока.

В связи с этим стоит отметить, что в России уже давно наблюдается ухудшение качества образовательного процесса и возникла необходимость оптимизации и модернизации образовательных стандартов в соответствии с реалиями современной медицины (обновление медицинского оборудования, появление новых малоизученных видов и форм болезней и т. д.). Еще в Концепции кадровой политики в здравоохранении РФ, утвержденной приказом Минздравсоцразвития РФ от 3 июля 2002 г. № 210,⁶¹ указывалось на несоответствие подготовки специалистов потребностям практического здравоохранения и задачам структурной перестройки отрасли. Следствием плохой подготовки медиков является ослабление теоретических знаний и недостаточная отработка практических навыков, что влечет ошибки в постановке диагноза, неправильную интерпретацию проведенных диагностических и лабораторных исследований, консультаций других специалистов, неверное назначение лечения и в конечном итоге — увеличение случаев причинения вреда здоровью пациентов. Согласно сведениям, представленным в литературе и средствах массовой информации, участились жалобы на качество медицинской помощи, оказываемой молодыми специалистами. Медицинские работники, только что окончившие ординатуру,

⁶¹ Здравоохранение. 2002. № 9 (<http://docs.cntd.ru/document/901823164>).

не имеют практических навыков и не могут осуществлять сложные медицинские манипуляции.⁶²

Учитывая низкое качество обучения в медицинских вузах России, стоило бы задуматься над тем, чтобы воспринять полностью или частично нормы французского законодательства, касающиеся допуска к работе медицинских работников, осуществляющих одновременно и медицинскую, и педагогическую деятельность в медицинских высших образовательных учреждениях.

Немалый интерес представляет французская многоступенчатая система назначения на должность *внештатного персонала*, к которому относятся *заведующие университетскими клиниками, являющиеся ассистентами в больницах* и практикующие клинические дисциплины, а также *ассистенты университетских больниц*, практикующие биологические и смешанные дисциплины. В назначении на должность этой категории сотрудников участвуют генеральный директор университетского больничного центра, директор учебно-научной единицы (факультета), заведующий отделением (или многопрофильным центром) и медицинская комиссия учреждения или совет учебно-научной единицы (факультета). Таким образом, без совершения определенного действия (одобрение, предложение, вынесение решения и т. д.) каждым из участников этого процесса, назначение на должность не может состояться. Следовательно, можно констатировать, с одной стороны, что данное комиссионное рассмотрение возможности допуска к работе того или иного медицинского работника позволяет обеспечить наилучший уровень проверки его компетентности, а с другой — затрудняет допуск такого медицинского работника к работе, поскольку занимает длительное время. Однако комплексное рассмотрение кандидатуры потенциального работника с участием различных специалистов позволяет увеличить объективность в рассмотрении всех его профессиональных характеристик и принять наиболее верное решение.

Ввиду ухудшающегося качества медицинских услуг в России целесообразно установить подобный порядок допуска для аналогичной категории медицинского персонала российских медицинских учреждений, чтобы улучшить качество проверки профессиональных знаний и навыков таких кандидатов. Использование французского опыта возможно в части подключения к процессу назначения на должность представителей профессиональных медицинских ассоциаций по специализированному

⁶² Более 31 тысячи врачей и провизоров выпустили в 2008 году образовательные учреждения Минздравсоцразвития России // <http://www.lvrach.ru/news/5232118> (здесь и далее все Интернет-ссылки приводятся по состоянию на 5 октября 2011 г.); *Вартамян Ф.Е.* Современные тенденции развития здравоохранения // *Здравоохранение*. № 1, 2008. С. 21; *Новикова Е.Е.* Проблемы правовой защиты медицинских работников // ИПС «Гарант»; *Седов В.М.* Ятрогения. СПб., 2010. С. 219–220; Татьяна Голикова выступила с докладом на расширенном заседании Коллегии Министерства здравоохранения и социального развития РФ // <http://www.minzdravsoc.ru/videobank/79/6>; Новая медицинская история // <http://www.minzdravsoc.ru/health/high-tech/1>; *Улумбекова Г.Э.* Здравоохранение России. Что надо делать: научное обоснование «Стратегии развития здравоохранения РФ до 2020 г.». М., 2010. С. 111; и др.

признаку, руководителей и/или заместителей руководителей органов управления здравоохранения в субъектах РФ или создания по их инициативе специально для этих целей иного коллегиального органа.

Заслуживает внимания также процесс трудоустройства медицинского персонала, именуемого во французском праве *практикующими врачами больниц с полной или частичной занятостью*. Одной из его особенностей является участие органов государственного управления здравоохранением, что опять же преследует цель обеспечить независимый государственный контроль, соблюдение справедливости и объективности в подборе медицинских кадров на эти должности. Отдельный список вакансий по данным должностям объявляется директором Национального центра управления по предложению генерального директора Регионального агентства здравоохранения. Характеристики, относящиеся, в частности, к специальности и положению врача в структуре больницы, определяются постановлением министра здравоохранения. Назначение в государственное учреждение здравоохранения производится постановлением генерального директора Национального совета управления по предложению директора учреждения после ознакомления с мнением председателя медицинской комиссии учреждения и по предложению заведующего многопрофильным центром или начальника внутреннего подразделения. Непосредственное зачисление производится директором учреждения. В данной процедуре вновь прослеживается коллегиальность принятия решения о допуске к работе, а, следовательно, создаются предпосылки большей объективности и тщательности проверки кандидата при приеме его на должность. Поэтому в России при принятии медицинских работников на должности, связанные с непосредственным осуществлением медицинской деятельности в лечебно-профилактических учреждениях, также следует заимствовать французские процедуры назначения и зачисления на должность, включая принципы, которые излагались ранее.

Стоит отметить и еще одну деталь французского законодательства. Директор медицинского учреждения, в целях обеспечения непрерывности обслуживания и безопасности пациентов, вправе принять решение об отстранении практикующего врача больниц от осуществления им клинической или терапевтической деятельности. Интересно, что само по себе отстранение в России также не является мерой дисциплинарного взыскания, а относится лишь к обеспечительным временным мерам, однако может осуществляться в строго определенных случаях (ст. 76 ТК РФ). В связи с этим логичным представляется заимствование французского правила о временном отстранении на тех медицинских работников в России, чьи действия создают реальную угрозу причинения вреда здоровью пациентов в результате отсутствия надлежащей квалификации (вследствие небольшого практического опыта или иным причинам). При этом реальность такой угрозы должна оцениваться специально созданным для этого в медицинском учреждении органом, а именно — врачебной комиссией (ст. 48 Основ). В данном случае представляется возможным осуществлять перевод таких медицинских работников — с их согласия — на должности, не связанные с непосредственным обследованием и

лечением пациентов; соответственно, необходимо составить перечень указанных должностей и разработать должностные инструкции для них в медицинских учреждениях.

Существенной проблемой в российском трудовом и медицинском праве является отсутствие в законодательных актах возможности гарантированного трудоустройства за счет государства или получения выходного пособия в течение более длительного времени, чем это предусмотрено законодательными положениями, в отношении медицинских работников, увольняемых в связи с ликвидацией, реорганизацией или сокращением численности или штата медицинского учреждения. В соответствии с подп. 3 п. 1 ст. 72 Основ, медицинские работники в таком случае обладают правом лишь на профессиональную переподготовку при невозможности выполнять свои трудовые обязанности в случае ликвидации или сокращением численности или штата организации. Возможность выплаты пособий при прекращении трудового договора в указанных случаях предусматривается ст. 178–180 ТК РФ. Однако правовые нормы французского законодательства в случае потери практикующим врачом рабочего места в связи с реорганизацией медицинского учреждения, предусматривают возможность включения врача на два года в список «ищущих зачисления на должность», утверждаемый решением генерального директора Национального совета управления. Основанием для такого включения является заявление самого врача либо директора медицинского учреждения, либо в случае бездействия последнего — заявление генерального директора Регионального агентства здравоохранения. В результате осуществления данной процедуры врачу предоставляются необходимые консультации о занятости в сфере здравоохранения, а также при поддержке Национального совета управления оказывается помощь в поиске работы в государственном или частном секторе с выплатой определенной денежной суммы на период поиска работы. Если в процессе поиска работы врач отказывается от трех предлагаемых должностей, то, как указывалось, он официально переводится в резерв.

Таким образом, в случае реорганизации медицинского учреждения высвобождаемым медицинским работникам оказывается материальная и организационная поддержка, что не дает уронить престиж профессии, способствует сокращению безработицы в медицинском сообществе, временно поддерживает материальное положение безработного врача и во много раз увеличивает шансы медицинских работников получить новую работу по специальности. Учитывая положительные тенденции применения данных правовых норм во Франции, целесообразно внести соответствующие изменения в нормативные правовые акты РФ.

Таким образом, нормативные правовые акты Французской республики, регулирующие порядок приема на работу медицинских работников, несмотря на схожесть многих положений с российским законодательством, обладают существенной спецификой. Учитывая динамику роста квалифицированных медицинских кадров в государственных учреждениях здравоохранения Франции, государственную поддержку медицинских работников благодаря

вмешательству органов государственного контроля в процесс их трудоустройства, коллегиальному рассмотрению кандидатур, установлению дополнительных испытаний при приеме на работу и другим подобным мерам, представляется верным внести частичные изменения в соответствующие нормы российского законодательства на основе позитивного французского опыта.

Моке-Анже М.-Л.
МЕДИЦИНСКОЕ ПРАВО

Часть вторая «Учреждения здравоохранения»
Раздел II «Управление учреждениями здравоохранения»
Глава 2 «Персонал»⁶³
(Извлечение)

236. Правовое положение персонала, работающего или осуществляющего свою профессиональную деятельность в учреждении здравоохранения, соответствует, за редким исключением, «основному разделению» (*summa divisio*), известному во французском действующем праве. Следовательно, персонал, нанимаемый на работу в государственные учреждения здравоохранения (раздел 1), подчиняется действию норм публичного права, а персонал, нанимаемый на работу в частные учреждения здравоохранения (раздел 2), подчиняется положениям трудового права.

Раздел 1
Персонал государственных учреждений здравоохранения

237. С момента признания госпитальной медицины в 1943 г. и доньше правовое положение практикующих врачей, осуществляющих свою деятельность в больницах, не переставало быть специфическим в той степени, в которой статья 2 закона от 13 июля 1983 г. о правах и обязанностях должностных лиц исключает применение общего статуса к медицинским работникам и фармацевтам, нанимаемым на работу в государственные учреждения здравоохранения⁶⁴. Поэтому следует различать среди медицинского и фармацевтического персонала государственных служащих больницы (§ 1) и других лиц, в сущности обладающих статусом должностного лица (§ 2).

© Т.И. Акулина (пер. с франц.), 2012

⁶³ *Moquet-Anger M.-L. Droit Hospitalier. 2e éd. Lextenso éditions, 2012. P. 253–261.*

⁶⁴ Для подтверждения свежими материалами: CE, 8 juill. 2005, CHU de Toulouse c. M-me Daste, GH avr. 2006, p. 287, comm. R.-M. MEDOUZE et C.-L. Vier (EC, 8 июля 2005 г., Университетский больничный центр Тулузы, г-жа Даст, ЖН, апрель 2006 г., с. 287, комм. Р.-М. МЕДУЗ и К.-Л. ВЬЕ).

§ 1. Врачи, фармацевты и стоматологи-хирурги

238. Все реформы правового положения, осуществленные сменявшими друг друга правительствами начиная с 1943 г. и до закона Башло, который создал новую категорию практикующих в больницах врачей, имеют общую характеристику: чрезвычайная сложность положений, позволяющих государственным больницам нанимать на работу медицинский персонал.⁶⁵ Для облегчения понимания правового положения этого персонала следует рассказать о двух различных категориях практикующих врачей, осуществляющих свою деятельность в больнице (А), прежде чем уточнять детали локальных особенностей, исключающих применение статуса должностного лица (В).

А. Порядок найма и назначения медицинских работников

239. Попытка унификации статусов, предпринятая реформами 1984–1985 гг., быстро провалилась. Довольно скоро сменяющие друг друга правительства столкнулись с острой нехваткой врачей в больничных центрах, что привело к введению все более и более странных статусов, а также к большой разнородности правовых положений, как показывают следующие отличия. Потребности в медицинском персонале различаются в зависимости от категорий учреждений, что требует введения правил приема на работу, профилей и статусов, адаптированных к данным потребностям, включая, с одной стороны, государственных служащих, исполняющих двойные функции (преподавателей и медицинских работников в университетских больничных центрах), с другой стороны, статусных государственных служащих, осуществляющих в условиях полной или частичной занятости исключительно функции медицинского персонала, и, наконец, государственных служащих, принятых на работу по контракту.

1. Преподавательский и больничный персонал

240. Для реализации принципов, утвержденных Постановлением Дебре от 1958 г., в частности, принципа объединения в одном месте больницы и медицинского факультета, были созданы статусы персонала «двойной принадлежности». Речь идет о персонале, осуществляющем свою преподавательскую и научную деятельность в университете, а медицинскую — в больнице.

⁶⁵ По данным вопросам: М.-Л. Мокет-Анжер, *Le statut des praticiens hospitaliers publics*, PUF, 1994; *Juris-Classeur administrative – Hopitaux — personnel medical*, fasc. 229-40: Lamy Droit de la Sante, fasc. 209 (М.-Л. Моке-Анже, Статус врачей, практикующих в государственных больницах, ПУФ, 1994; *Картотека административного права — Больницы — медицинский персонал*, т. 229-40: Лами Право здравоохранения, т. 209.)

Их карьера зависит в основном от званий и положения в университете, где, обычно, различают штатный и внештатный персонал, к которому причисляют персонал, называемый «временным».

а) Штатный персонал

241. Эти сотрудники — профессора университетов, практикующие в больницах, или доценты университетов, практикующие в больницах, занимают особенно странное положение в праве государственной службы: в качестве штатных преподавателей университетов они являются должностными лицами, состоящими на государственной службе, а в качестве медицинского персонала больницы они являются только государственными служащими больницы.⁶⁶

В связи с двойственным характером их функций трудоустройство этого персонала регулируется соответствующими министерствами. Прием на данные должности производится либо в порядке перевода,⁶⁷ либо на конкурсной основе.

Что касается профессоров университетов, практикующих в больницах (PU-PH), [то в отношении их] проводится четыре вида конкурсов в зависимости от дисциплин (медицинские или фармацевтические), званий, квалификации и стажа работы кандидатов.⁶⁸ Каждый кандидат может участвовать в конкурсе четыре раза. Кандидатуры рассматриваются соответствующей секционной или межсекционной комиссией Национального совета университетов с проведением собеседования и педагогического испытания по некоторым дисциплинам. По окончании проведения испытаний комиссия составляет список принятых кандидатов. Назначение и зачисление в штат профессоров университетов, практикующих в больницах, производится Декретом Президента Республики.

Для доцентов университетов, практикующих в больницах, проводится три вида конкурсов в зависимости от дисциплин, званий, квалификации и стажа работы.⁶⁹ Каждый кандидат на должность доцента вуза, практикующего в

⁶⁶ Положение указанного персонала регулируется Декретом № 84-135 от 24 февраля 1984 г. «О статусе преподавательского и медицинского персонала университетских больничных центров» (Decret № 84-135 du 24 fevr. 1984 portant statut des personnels enseignants et hospitaliers des centres hospitaliers et universitaires). Декрет от 23 мая 2006 г., вносящий изменения в Декрет 1984 г., включает в себя названия фармацевтических дисциплин в университетском больничном центре. Были созданы две новых категории преподавательского и медицинского персонала по фармацевтическим дисциплинам: профессора университетов, практикующие в больницах, и доценты университетов, практикующие в больницах, по фармацевтическим дисциплинам (Decret № 2006-593 du 23 mai 2006, JO 25 mai 2006 = Декрет № 2006-593 от 23 мая 2006 г., Официальный бюллетень от 25 мая 2006 г.).

⁶⁷ Art. 47 et 60 du decret № 84-135 du 24 fevr. 1984 (ст. 47 и 60 Декрета № 84-135 от 24 февраля 1984 г.).

⁶⁸ Art. 61, 61-1, 62a, 62-b et 63 du decret № 84-135 du 24 fevr. 1984 (ст. 61, 61-1, 62a, 62-b и 63 Декрета № 84-135 от 24 февраля 1984 г.).

⁶⁹ Art. 48 (1), 48 (2), 48-1 du decret № 84-135 du 24 fevr. 1984 modifie par decret № 006-593 du 23 mai 2006 et decret № 008-308 du 2 avril 2008 (ст. 48 (1), 48 (2), 48-1 Декрета № 84-135 от 24 февраля 1984 г., измененного Декретом № 006-593 от 23 мая 2006 г. и Декретом № 2008-308 от 2 апреля 2008 г.).

больнице (МСУ-РН), может участвовать в конкурсе три раза. Порядок рассмотрения кандидатур доцентов университетов, практикующих в больницах, аналогичен порядку рассмотрения кандидатур профессоров университетов, практикующих в больницах. Но в отличие от профессоров университетов, практикующих в больницах, доценты университетов, практикующие в больницах, назначаются совместно министрами высшего образования и здравоохранения в качестве стажеров сроком на один год. По завершении стажировки они могут быть приняты в штат по решению совета учебно-научной единицы (факультета) учреждения.

В том случае, если они не будут приняты в штат, их могут зачислить в качестве стажеров сроком еще на один год, перевести обратно в штат по прежнему месту работы или уволить.

b) Внештатный персонал

242. Речь идет о заведующих университетскими клиниками, являющихся ассистентами в больницах, которые практикуют клинические дисциплины, и ассистентах университетских больниц, которые практикуют в области биологических и смешанных дисциплин. В обоих случаях они представляют собой внештатные категории преподавательского и больничного персонала университетских больничных центров, поскольку они назначаются сроком на два года с возможностью двукратного продления срока каждый раз сроком на один год. Они осуществляют всю свою профессиональную деятельность (преподавательскую, научную и медицинскую) в том учреждении, к которому они относятся. Их трудоустройство производится не на конкурсной основе; они назначаются совместным решением генерального директора университетского больничного центра и директора учебно-научной единицы (факультета) по предложению заведующего отделением (или многопрофильным центром) после получения заключения медицинской комиссии учреждения или совета учебно-научной единицы (факультета).⁷⁰

c) Временный персонал

243. Именуемые практикующим медицинским персоналом университетских больничных центров, эти временные сотрудники являются временно назначенными для исполнения обязанностей практикующего врача в университетских больницах медицинского персонала. Входя в состав преподавательского и медицинского персонала университетских больничных центров, они осуществляют всю свою профессиональную деятельность в сфере преподавательской, научной и медицинской деятельности. Для выставления своей кандидатуры кандидаты должны быть внесены в список подходящих кандидатов после прохождения конкурса практикующего врача 1-го типа, и

⁷⁰ Art. 26-1 a 26-5 du decret № 84-135 du 24 fevr.1984 (ст. 26-1 — 26-5 Декрета № 84-135 от 24 февраля 1984 г.).

иметь не менее двух лет стажа в качестве заведующего университетской клиникой, являющегося ассистентом в больницах, или в качестве ассистента университетской больницы, а также либо исполнять указанные функции в настоящий момент, либо прекратить их исполнение менее двух лет назад. В первую очередь кандидатуры рассматриваются советом учебно-научной единицы (факультета), который проводит собеседования с кандидатами и рассматривает заключение медицинской комиссии учреждения. Досье отобранных кандидатов передаются на рассмотрение компетентной комиссии Национального совета университетов, который предлагает одного единственного кандидата на каждую вакантную должность. По предложению комиссии практикующие врачи университетских больниц назначаются совместным решением генерального директора университетского больничного центра и директора учебно-научной единицы (факультета).

Кандидаты, назначенные в качестве практикующих врачей университетских госпиталей (PHU), одновременно назначаются и включаются в штат в качестве практикующих врачей больниц и временно направляются на работу в качестве практикующих врачей университетских больниц приказом генерального директора национального центра управления (Кодекс здравоохранения, статья R. 6152-60). Срок полномочий практикующего врача университетской больницы не является фиксированным и может варьироваться от четырех до шести лет.

2. Практикующие врачи больниц с полной или частичной занятостью

244. Речь идет о практикующих врачах, осуществляющих свою профессиональную деятельность в больнице с полной или частичной занятостью. Первые, именуемые практикующими врачами больниц, по своему правовому положению близки к должностным лицам, тем не менее они остаются просто государственными служащими, назначаемыми и включаемыми в штат, а не принимаемыми в звание, поскольку медицинская профессия не предполагает никаких отличий по званиям в больницах. Вторые, именуемые практикующими врачами больниц с частичной занятостью, также являющиеся государственными служащими больницы, тем не менее имеют отличное от первых положение, поскольку они вправе осуществлять свою профессиональную деятельность вне больницы: либо в городском кабинете, либо в частном учреждении. Но если ранее соответствующие статусы обеих категорий [врачей] сохраняли следы указанных различий, то с момента появления Декрета от 5 октября 2006 г.⁷¹ наблюдается применение общих положений в отношении статуса к обеим категориям, в частности, в отношении

⁷¹ Decret № 2006-1221 du 5 oct. 2006 relatif aux personnels médicaux, pharmaceutiques et odontologiques hospitaliers, JO 6 oct. 2006, p. 14779, modifié par décret № 2010-1141 du 29 sept. 2010 . (Декрет № 2006-1221 от 5 октября 2006 г. «О медицинском фармацевтическом и одонтологическом персонале больниц» (Официальный бюллетень, 6 октября 2006 г., с. 14779, измененный Декретом № 2010-1141 от 29 сентября 2010 г.).

трудоустройства и дисциплины (Кодекс здравоохранения, ст. R. 6152-301 — R. 6152-327).

а) Трудоустройство, назначение и зачисление на должность

245. Процесс трудоустройства в качестве практикующего врача больниц (Кодекс здравоохранения, ст. R. 6152-6) или в качестве практикующего врача больниц с частичной занятостью (Кодекс здравоохранения, ст. R. 6152-205) имеет целью заполнение вакантных должностей по какому-либо направлению деятельности учреждения здравоохранения. Вакансия⁷² объявляется директором национального центра управления по предложению генерального директора Регионального агентства здравоохранения. На каждую вакансию учреждением создается профиль должности, где характеристики, относящиеся, в частности, к специальности и положению врача в структуре больницы, определяются постановлением министра здравоохранения. Статьи R. 6152-7 и R. 6152-206 Кодекса здравоохранения в редакции, вытекающей из Декрета от 29 сентября 2010 г., определяют список лиц, которые могут выставлять свою кандидатуру соответственно на должности практикующих врачей больниц и на должности практикующих врачей больниц с частичной занятостью. Среди возможных кандидатур различают кандидатуры практикующих врачей-кандидатов в порядке внешнего перевода и кандидатов, внесенных в список подходящих кандидатов после успешного прохождения национального конкурса практикующего врача государственных учреждений здравоохранения.

Назначение в государственное учреждение здравоохранения производится постановлением генерального директора Национального совета управления по предложению директора учреждения после ознакомления с мнением председателя медицинской комиссии учреждения и по предложению заведующего многопрофильным центром или начальника внутреннего подразделения.⁷³ После публикации информации о назначении на должность в *Официальном бюллетене* и направления уведомления соответствующему практикующему врачу и директору соответствующего учреждения, производится зачисление на должность по определенному направлению деятельности. Будучи совершенно новым [институтом] зачисление на должность, установленное Декретом от 5 октября 2006 г.,⁷⁴ измененное

⁷² Вакансии на должности с приоритетным приемом на работу оформляются отдельным списком. Кодекс здравоохранения, ст. R. 6152-5 и R. 6152-204 (CSP, art. R. 6152-5 et R. 6152-204).

⁷³ Selon L'art. L. 6143-7 dans sa redaction issue de laloi du 21 juill. 2009 (В соответствии со ст. L. 6143-7 в редакции, вытекающей из закона от 21 июля 2009 г.)

⁷⁴ Ввиду отсутствия ясности текста, именно Государственный Совет, в который подается жалоба на превышение полномочий против Декрета от 5 октября 2006 г., вначале полагал, что решение о данном зачислении «принимается, в сущности, директором учреждения», CE, 3 sept. 2008, № 299412, 299418, 300400, 304417, Confederation des praticiens des hospitaux et a., JCP A 2009, chron. 2083, spec. № 11, note M.-L. MOQUET-ANGER (ЕС, 3 сентября 2008 г., № 299412, 299418, 300400, 304417, Конфедерация практикующих врачей больниц и а., ЖСП А 2009, хрон. 2083, спец. № 11, заметка М.-Л. МОКЕ-АНЖЕ).

Декретом от 29 сентября 2010 г.,⁷⁵ производится директором учреждения. В том случае, когда заполнение вакантной должности производится путем привлечения кандидатуры извне, директор учреждения производит зачисление на должность в многопрофильный центр или, при отсутствии такового, на отделение, в функциональную единицу или в другое внутреннее подразделение. В случае внутреннего перевода директор зачисляет практикующего врача, уже назначенного на должность в данном учреждении, в многопрофильный центр по предложению заведующего центром и председателя медицинской комиссии учреждения (Кодекс здравоохранения, ст. R. 6152-11 и R. 6152-209). Таким образом, было решено, что директор не может на законных основаниях принять решение о переводе практикующего врача внутри многопрофильного центра или из одного центра в другой без получения предложения заведующего центром, в котором работает указанный практикующий врач, или председателя медицинского совета учреждения, если только для безопасности больных или непрерывности их обслуживания не будет необходимо безотлагательно произвести временное зачисление указанного практикующего врача на новую должность.⁷⁶

Это различие между назначением и зачислением ставит вопрос о характере соответствующих полномочий директора Национального совета управления и директора учреждения по отношению к практикующим врачам больниц. В принципе орган, производящий назначение, наделен иерархической властью и обеспечивает управление карьерой назначенного таким образом служащего.

Передача директору учреждения полномочий по зачислению не является выражением иерархической власти в дисциплинарном значении этого термина, поскольку они связаны с организационными полномочиями подразделения, относящегося к законному представителю учреждения, так, как это было определено в отношении назначения руководителей центров. Таким образом, и в соответствии с установившейся ранее судебной практикой по административным делам,⁷⁷ именно на основании статьи L. 6143-7 Кодекса здравоохранения директор учреждения, который имеет власть над всеми сотрудниками учреждения, может, в целях обеспечения непрерывности обслуживания и безопасности пациентов, принять решение об отстранении практикующего врача больниц от осуществления им клинической или терапевтической деятельности.⁷⁸ В данном случае и в соответствии с принятой

⁷⁵ Decret № 2010-1141 du 29 sept. 2010 relatif aux personnels médicaux, pharmaceutiques et odontologiques hospitaliers, JO 30 sept., p. 17749 (Декрет № 2010-1141 от 29 сентября 2010 г. «О медицинском, фармацевтическом и одонтологическом персонале больниц», Официальный бюллетень, 30 сентября, с. 17749).

⁷⁶ CE, 7 dec. 2011, Centre hospitalier intercommunal Eure-Seine, req. № 337972 (ЕС, 7 декабря 2011 г., Междугородный больничный центр Эр-Сена, заявл. № 337972).

⁷⁷ CE, 1 mars 2006, Monsieur Daniel X., № 279822 (ЕС, 1 марта 2006 г., господин Даниэль Кс., № 279822).

⁷⁸ Тем не менее, врач может быть отстранен от дежурства на отделении скорой помощи только в том случае, если в результате его действий больные подвергаются опасности. CE, 10 mars

судебной практикой он обязан немедленно доложить об этом в компетентные органы (Кодекс здравоохранения, ст. R. 6152-28 и R. 6152-221) для назначения соответствующего практикующего врача.⁷⁹ Впрочем данное отстранение не является мерой дисциплинарного взыскания и поэтому не служит основанием для возбуждения состязательного процесса и передачи материалов дела [в суд], поскольку остается обеспечительной мерой.⁸⁰

Особые положения применяются к переводам с должности на должность внутри одного центра и в случае перехода с должности одного центра в другой центр, а также в случае объединения двух или нескольких учреждений. Во всех случаях зачисление на должность регистрируется национальным учреждением, уполномоченным по управлению руководящим персоналом, находящимся на государственной службе в больницах, а в отношении практикующих врачей больниц такие случаи зачисления на должность регистрируются национальным советом по управлению. Важное нововведение было сделано постановлением от 2 мая 2005 г.: данное учреждение, функции которого утверждены законом «Госпиталь, пациент, здоровье, территории» (HPST), будет отвечать за управление подбора кандидатур практикующих врачей больниц.⁸¹

Вследствие новой системы управления больницей и создания многопрофильных центров поиск кандидатур для зачисления становится новым статусным положением, введенным Декретом от 6 октября 2006 г. Речь идет о положении, согласно которому практикующий врач больницы (Кодекс здравоохранения, ст. R. 6152-50-1) или практикующий врач больницы с частичной занятостью (Кодекс здравоохранения, ст. R. 6152-236-1), состоящий в штате, принимается на работу с учетом служебной необходимости в национальное государственное учреждение либо по собственному заявлению, либо по служебной необходимости, с целью его зачисления на должность или профессиональной переподготовки, или для облегчения реорганизации или реструктуризации больницы.

Очевидно, что это новое положение о поиске кандидатуры должно сочетаться с многочисленными преобразованиями, производимыми в больницах на протяжении нескольких лет, которые могут быть продолжены в соответствии с новой схемой организации медицинской помощи, направленной на объединение взаимодействия санитарных служб и укрепление связей между государственными и частными медицинскими учреждениями. В данном

2004, № 240180, M. Bail c. CHU de Brest (ЕС, 10 марта 2004 г., № 240180, г-н Бай против Университетского больничного центра г. Брест).

⁷⁹ Однако, решение об отстранении, в частности профессора университета, практикующего в больнице, не является основанием для отстранения от работы в скорой помощи: CE ord., 13 oct. 2004, № 272975, M.D. Vetter (постановление ЕС, 13 октября 2004 г., № 272975, М.Д. Веттер).

⁸⁰ CAA Bordeaux, 9 dec. 2004, № 00BX00254, M. Lacroix (Апелляционный административный суд г. Бордо, 9 декабря 2004 г., № 00BX00254, г-н ЛАКРУА.)

⁸¹ Decret 2007-704 du 4 mai 2007 relatif à l'organisation et au fonctionnement du Centre national de gestion des praticiens hospitaliers et des personnels de direction de la fonction publique hospitalière et modifiant le Code de santé publique, JO 5 mai 2007, p. 7998 (Декрет 2007-704 от 4 мая 2007 г. об организации и функционировании Национального центра управления практикующими врачами больниц и руководящим персоналом, находящимся на государственной службе в больницах, вносящий изменения в Кодекс здравоохранения, Официальный бюллетень, 5 мая 2007 г., с. 7998).

контексте зачисление на должность, производимое директором медицинского учреждения в соответствии с описанной выше процедурой, безусловно, вписывается в процесс децентрализации процессов и адаптации к реальным условиям территории, но, однако, рискует стать конфликтным даже в благоприятных условиях для развития, и даже для слияния видов деятельности, многопрофильных центров и структурных подразделений⁸².

В результате существенного изменения в управлении должностями медицинского персонала госпиталей, практикующие врачи могут оказаться в ситуации вынужденного поиска зачисления на должность, в частности, в случае реорганизации учреждения (Кодекс здравоохранения, ст. L. 6131-5), что, в свою очередь, влечет за собой некоторое количество ограничений. Так, в соответствии со ст. R. 6152-50-1 и R. 6152-236-1 Кодекса здравоохранения, решение о помещении в ситуацию поиска зачисления максимальным сроком на два года принимается директором национального совета управления по заявлению либо практикующего врача, либо директора учреждения, либо, в случае бездействия последнего, генерального директора Регионального агентства здравоохранения. Хотя гарантии на консультативные процедуры предоставляются в зависимости от обстоятельств, мы видим, что ситуации практикующего врача в таком положении вряд ли можно позавидовать. С одной стороны, практикующий врач обязан выполнить все согласованные с ним действия и формальности, решение о которых принято генеральным директором Национального совета управления, позволяющие ему либо вновь быть назначенным на должность в государственное учреждение здравоохранения, либо найти другую работу в государственном или частном секторе. С другой стороны, если в течение всего этого периода вознаграждение выплачивается ему Национальным советом управления, который осуществляет в отношении него правомочия органа, наделенного полномочиями по назначению на должность, практикующий врач по истечении указанного периода будет восстановлен в должности на условиях временного назначения, т. е. с высокой степенью неопределенности в отношении существования должности, соответствующей его профилю.⁸³

b) Принцип трудоустройства через национальный конкурс

246. Декрет 2006 г. сохраняет принцип трудоустройства по конкурсу, полностью преобразовывая его. Таким образом, ежегодно может быть организован национальный конкурс практикующих врачей государственных учреждений здравоохранения, что дает основания для составления единого списка подходящих кандидатов, составленного по дисциплинам,

⁸² См., в частности, гипотезы территориального больничного сообщества.

⁸³ Поскольку поиск зачисления вызван преобразованием или отменой должности, практикующий врач будет *de facto* вынужден согласиться на другую должность, возможно, в другом учреждении. Если он откажется от трех предлагаемых должностей, он официально будет переведен в резерв (CSP, art. R. 6152-50-5 et. R. 6152-236-5 = Кодекс здравоохранения, ст. R. 6152-50-5 и R. 6152-236-5).

специальностям и по типу испытания. Этот список действителен в течение четырех лет с даты его публикации в Официальном бюллетене (Кодекс здравоохранения, ст. R. 6152-301).

Кандидаты, внесенные в данный список, будут, таким образом, иметь четыре года для выдвижения своей кандидатуры на вакантную должность практикующего врача больниц с полной или частичной занятостью в государственные учреждения здравоохранения.

Для участия в конкурсе каждый кандидат должен соответствовать условиям, изложенным в ст. R. 6152-302 Кодекса здравоохранения. Тем не менее, при определенных условиях, в том числе при наличии стажа работы в государственном учреждении, кандидаты могут подать заявки на участие в конкурсе по типу I, испытания в котором включают в себя собеседование с комиссией и рассмотрение досье полученных званий и оказанных услуг, либо в конкурсе по типу II, испытания в котором включают в себя собеседование с комиссией, устную проверку профессиональных знаний и рассмотрение досье, званий, работ и оказанных услуг. Во всех случаях равенство между кандидатами должно быть обеспечено под угрозой аннулирования результатов конкурса.⁸⁴

⁸⁴ CE, 28 nov. 2002, № 246810, Sena, annulations de l'arrete fixant la liste d'aptitude a la fonction de praticiens des etablissements publics de sante (irregularite de l'epreuve orale) (EC, 28 ноября 2002 г., № 246810, Sena, отмена постановления, устанавливающего список подходящих кандидатов на должности практикующих врачей государственных учреждений здравоохранения (неоднородность устного испытания)).

КОНСТИТУЦИОННЫЙ СТАТУС КОРОЛЯ В ИСПАНИИ (XIX–XXI вв.)

Введение. Король (корона) — один из базовых конституционно-правовых институтов в Испании. В течение рассматриваемого периода он воспринимался испанцами как традиционный и исторически присущий стране и народу, а значение королевской власти во взаимосвязях с другими органами власти отражало соотношение социально-политических сил в обществе. Авторы всех монархических конституционных проектов фиксировали не только ранее сложившееся, но и желаемое в соответствии с их идейно-политическими взглядами на правовое положение монарха.

В данной статье анализируются исторически сложившиеся особенности конституционного оформления статуса короля, юридические основы его деятельности и их реализация в конституционной практике Испании.

Официальное название института. Все испанские конституции зафиксировали официальные названия рассматриваемого института.⁸⁵ В 1808 г. таковым являлся титул «король Испании и Индий» (ст. 4), который был введен во время правления Карлоса I (1516–1556),⁸⁶ в 1530 г. коронованного папой Климентом VII императором Священной Римской империи Карлом V (1530–1556). В Конституции 1812 г. «король Испаний» был признан имеющим титул «Его Католическое Величество» (ст. 169).⁸⁷

Изначально в текстах испанских конституций для обозначения монарха стал использоваться термин «король». О «королеве» упоминалось лишь в связи с запретом ее мужу, не являющемуся королем, участвовать в управлении государством, а также в связи с исполнением опекунских и регентских обязанностей матерью несовершеннолетнего короля. Позднее понятие

⁸⁵ Тексты конституций 1808 и 1812 гг., декрета от 24 сентября 1810 г., Королевского статута 1834 г., конституций 1837, 1845, 1856 и 1869 гг., конституционного проекта 1873 г., конституций 1876 и 1931 гг., Органического закона государства 1967 г. в переводе Т.А. Алексеевой приводятся по изданию: Алексеева Т.А. История испанской конституции. М., 2011. — Текст Конституции 1978 г. приводится по изданию: Constitución Española y Reglamento del Congreso de los Diputados / prep. por M. Gonzalo. Madrid, 1993 (с учетом авторитетных переводов, опубликованных в сборниках: Конституция Испании / пер. Т.И. Ильинской // Испания: Конституция и законодательные акты / под ред. Н.Н. Разумовича. М., 1982. С. 29–99; Конституция Испании // Конституции буржуазных стран / сост. В.В. Маклаков. М., 1982. С. 276–329; Конституция Испании / пер. А.С. Автономовой // Конституции государств Европы / под ред. Л.А. Окунькова. В 3 т. Т. 2. М., 2001. С. 50–94). Все переводы с испанского в тексте настоящей статьи сделаны автором (Т. А.).

⁸⁶ На латинском языке — *Hispaniarum et Indiarum Rex*.

⁸⁷ Впервые «католическими королями» за заслуги перед церковью и завершение реконкисты стали именовать Изабеллу Кастильскую и Фернандо Арагонского. Данный титул был им предоставлен в соответствии с буллой папы Александра VI, изданной 1496 г. Позднее, в 1517 г., он был дарован и Карлосу I в соответствии с буллой папы Льва X. В 1496 г. Изабелла и Фернандо также стали именоваться «король и королева Испаний».

«королева» использовалось во время правления Изабеллы II при упоминании ее имени или имени ее матери Марии Кристины, королевы-правительницы.

В соответствии с Законом от 26 июля 1947 г. «О преемстве при замещении поста главы государства» (далее также: Закон 1947 г.) термин «глава государства» при монархии без монарха⁸⁸ охватывал как каудильо Франко, так и будущего короля, а также возможное регентство. В ныне действующей Конституции использован титул «король Испании», но при этом допускается использование и других титулов, которые соответствуют королевской власти (ст. 56.2).⁸⁹ К таковым могут быть отнесены титулы отдельных королевств, из которых исторически образовалась Испания.⁹⁰

Идейная основа конституционного оформления статуса короля — это принципы национального (народного) суверенитета и разделения властей. Испанский исследователь Х. Варела Суансес высоко оценил значение провозглашения указанных принципов генеральными и чрезвычайными кортесами в их первом декрете от 24 октября 1810 г.: «Они достойно послужили радикальному либерализму для того, чтобы разрушить старую абсолютную монархию и создать государство, способное гарантировать личную свободу и передать юридически и политически власть от монарха кортесам».⁹¹ Использование данных принципов предопределило возможность и особенности юридического закрепления правового положения монарха, а их интерпретация влияла на отношения монарха, кортесов и нации.

Суверенитет как основополагающий принцип в испанском конституционализме нашел признание в двух разновидностях: народного (в испанской терминологии — национального) и «совместного», или «разделенного». Приверженцами первого были либералы, «прогрессисты», демократы, республиканцы. Принцип народного (национального) суверенитета закреплен в конституциях 1812, 1837, 1869, 1931 и 1978 гг., а также в основном законе 1856 г., не вступившем в действие, и стал фундаментом ограничения кортесами власти монарха. Испанский народ фактически продемонстрировал свой суверенитет, поднявшись на борьбу против наполеоновских войск в 1808 г. и создав новые органы власти. Национальный суверенитет стал базой глубоких преобразований, осуществленных в ходе национально-освободительной войны в Испании. В первый день работы учредительного органа декретом 24 сентября 1810 г. было заявлено: «генеральные и чрезвычайные кортесы испанской нации» в соответствии с «общей волей» присягают «единственному и законному» королю Фернандо VII Бурбону и объявляют ничтожным его отречение от престола в пользу Наполеона «не

⁸⁸ Конституции буржуазных государств Европы / под ред. Г.С. Гурвича. М., 1957. С. 521–525.

⁸⁹ Здесь и далее при ссылке на положение или норму, содержащуюся в номерном или литерном пункте статьи конституционного акта, номер/литера пункта статьи будет отделена от номера статьи точкой (например, «ст. 56.2» вместо «п. 2 ст. 56» или «ст. 62.h» вместо «п. “h” ст. 62»).

⁹⁰ *Esteban J. de, González-Trevijano P.J.* Tratado de Derecho constitucional. En 3 t. T. 3. Madrid, 2000. P. 74.

⁹¹ *Verela Suanzes R., Carpegna J.R.* Corona y Monarquía // Revista de Estudios políticos. 1987. № 55. P. 145.

только потому, что этот несправедливый и незаконный акт был вызван применением насилия», но главным образом в связи с тем, что «нация не давала на него своего согласия».⁹² Также было объявлено, что генеральные и чрезвычайные кортесы оставляют за собой осуществление всей полноты законодательной власти.

Конституция 1812 г. декларировала: «суверенитет по существу принадлежит нации» (ст. 3). Последняя представлялась как союз испанцев, для состояния в котором не нужно быть подданным короля, но необходимо удовлетворять указанным требованиям (ст. 5). Исключительное право нации — «устанавливать свои основные законы» (ст. 3) — могло быть реализовано лишь учредительным собранием — генеральными кортесами.

В Конституции 1837 г. национальный суверенитет явно в угоду «умеренным» упоминался лишь в преамбуле для обоснования деятельности учредительной ассамблеи, которая «по воле нации» пересмотрела основной закон. Однако положение о суверенитете не нашло своего развития в последующем тексте, как это было в Конституции 1812 г. Один из авторов проекта Конституции 1837 г. С. Олосага позднее пояснил, что народный суверенитет, по мнению авторов проекта, не должен «превратиться в принцип постоянного действия», чтобы «не показаться приглашением к изменению или принятию конституции», а его значение может «актуализироваться лишь в моменты острой необходимости».⁹³

Народный суверенитет закреплен также в преамбуле Конституции 1869 г., промульгированной конституантой при отсутствии короля, посредством следующей фразы: «Испанская нация и от ее имени Учредительные кортесы, избранные на основе всеобщего избирательного права...». Кроме того, при формулировании ст. 32 заимствован законодательный опыт 1812 г.: нация объявлялась носителем суверенитета и источником всех властей.

В Конституции 1978 г. закреплено, что «национальный суверенитет принадлежит испанскому народу и им создаются власти государства» (ст. 1.2). В настоящее время он воспринимается в Испании как атрибут демократического режима.⁹⁴

Идею совместного суверенитета в XIX в. проповедовали «умеренные» и альфонсинисты. Статут 1834 г. базировался на королевском суверенитете. В конституциях 1845 и 1876 гг., а также в конституционном проекте Х. Браво Мурильо 1852 г. нашел отражение «совместный» суверенитет кортесов и монарха, субъектами которого являлись кортесы и король. Принцип представлялся как сущность «внутренней» (т. е. исторической) конституции Испании, двумя элементами которой являлись монарх и кортесы ее важнейших

⁹² На русском языке о декрете подробнее см.: *Алексеева Т.А.* Испанский декрет 24 сентября 1810 г. // Вестник Ленинградского ун-та. 1990. Сер. 6, вып. 2. № 13. С. 74–77.

⁹³ *Fernández Segado F.* Las constituciones históricas españolas. Madrid, 1992. P. 200.

⁹⁴ *Esteban J. de, González-Trevijano P.J.* Tratado de Derecho constitucional. T. 1. Madrid, 2001. P. 167.

элемента.⁹⁵ Они и могут «совместно», как указывалось во всех трех указанных конституциях, принимать законы, в том числе основные, а также иные судьбоносные для нации решения. В испанской историко-правовой литературе отражено мнение о том, что принцип «совместного», или «разделенного» суверенитета короля и кортесов впервые был закреплен в тексте Королевского статута 1834 г. Историк конституционного права Х. Томас Вильяройя обосновал данную точку зрения не только ссылкой на ст. 30 данного акта, обязывающую короля созывать кортесы всякий раз, когда этого требует серьезность возникшей проблемы, но и обращением к исторической традиции, которая подтверждает, что трон и кортесы в решающие для нации моменты становились двумя высшими и одинаково необходимыми органами.⁹⁶ Действительно, автор проекта Статута 1834 г. Мартинес де ла Роса, выступая в нижней палате кортесов, подчеркнул, что целью организации хорошего управления является установление связей между различными властями, которые взаимодействуют, не мешая друг другу.⁹⁷

Однако представляется очевидным, что создатели Статута, использовавшие в качестве образца для подражания Французскую хартию 1814 г., исходили из «монархического принципа». Он впервые получил оформление в Хартии 1814 г., являвшейся по оценке профессора А.С. Алексеева «не основным законом, обнимающим все стороны государственного порядка и устанавливающим новые начала политической жизни, а королевским указом, стоящим на почве старого порядка и вносящим в него лишь частичные изменения».⁹⁸ Таким же был Королевский статут 1834 г. Хотя он не упомянул о королевском суверенитете, как это было сделано в преамбуле французского акта («вся власть сосредоточивалась во Франции в особе короля»),⁹⁹ регентша Мария Кристина, следуя примеру Людовика XVIII, явно продемонстрировала признание суверенитета за монархом, передав посредством Статута некоторые королевские полномочия другим органам.

Разделение властей как принцип организации высших органов государства был провозглашен наряду с национальным суверенитетом в Кадисской конституции, в основных законах 1837, 1869, 1978 гг. Под воздействием идей, появившихся в 30-е годы XIX в., законодатель заменял его принципом сотрудничества властей в конституциях 1845 и 1876 г., где он сопровождал признание «совместного» («разделенного») суверенитета.

Историческая конституция как источник правового статуса главы государства. В XIX в. учредители нередко апеллировали к исторической

⁹⁵ *Sánchez Agesta L.* Historia del constitucionalismo español. Madrid, 1964. P. 191.

⁹⁶ *Tomás Villarroya J.* Breve historia del constitucionalismo español. Madrid, 1997. P. 34–35.

⁹⁷ *Tomás Villarroya J.* La redacción y publicación del Estatuto Real // Revista de Estudios políticos. 1966. № 145. P. 58.

⁹⁸ *Алексеев А.С.* К вопросу о юридической природе власти монарха в конституционном государстве. Ярославль, 1910. С. 1–2.

⁹⁹ *Конституционная Хартия 4 июня 1814 г.* // Конституции и законодательные акты буржуазных государств XVII–XIX вв. / под ред. П.Н. Галанзы. М., 1957. С. 438.

Конституции страны,¹⁰⁰ которая, по их утверждению, сформировалась в Пиренейских королевствах периода сословно-представительных монархий. О необходимости руководствоваться ею задумались еще в Центральной хунте, подготовившей созыв генеральных и чрезвычайных кортесов, и ее комиссиях. Ее приверженцем был выдающийся испанский мыслитель и государственный деятель Г.М. Ховельянос.¹⁰¹ Разрабатывая вопрос о созыве учредительных кортесов, он исходил из того, что нация не должна отменять имевшуюся у нее древнюю, или историческую конституцию, под которой понимались основные нормы, устанавливающие права суверена, его подданных и их гарантий. Испанский исследователь Д. Севилья Андрес обратил особое внимание на то, что, по мнению просветителя, нация может лишь предложить реформу данной конституции, при этом все изменения должны быть продуктом разума и просвещенности (так, королю надлежит предоставить право вето, министры должны быть ответственны перед нацией за их исполнение).¹⁰²

Либералы, подготовившие проект первой испанской конституции, были вынуждены считаться с мнением так называемых раболепных (*serviles*), отражавших взгляды большинства испанского населения. Поэтому радикальные преобразования они маскировали ссылками на «историческую конституцию», представив подробные объяснения в своей записке, предварившей ознакомление депутатов с текстом конституционного проекта.¹⁰³ Однако когда во время дискуссии в кортесах авторов проекта попросили точно назвать древние законы, на которые они ссылались, сделать это они решительно отказались.

Конечно, испанский конституционализм имел свою предысторию, которая связана прежде всего с деятельностью кортесов. Однако опыт Средневековья в Конституции 1812 г. представлен лишь на уровне использования традиционных названий государственных институтов и учреждений (король, кортесы, государственный совет, постоянная депутация кортесов и т. п.), но принципы их деятельности, функции и порядок формирования и деятельности были совершенно новыми.

Миф об исторической конституции как непосредственном источнике конституционализма восходит к мнению Г.М. Ховельяноса, считавшего началом «конституции» страны деятельность «различных совещательных и правительственных учреждений», решения которых учитывались королями во время Средневековья.¹⁰⁴ Это мнение было типичным для испанского

¹⁰⁰ Bergareche Gros A. El concepto de constitución interna en el constitucionalismo de la Restauración española. Madrid, 2002. P. 99.

¹⁰¹ Суховерхов В.В. Г.М. Ховельянос: философско-теологические и социально-политические воззрения. М., 2012. С. 243–278.

¹⁰² Sevilla Andrés D. Historia constitucional de España, 1800–1966. En 2 t. T. 1. Valencia, 1966. P. 29.

¹⁰³ Discurso preliminar leído en las Cortes al presentar la Comisión de Constitución el proyecto de ella // Sevilla Andrés D. Constituciones y otras leyes y proyectos políticos en España. En 2 t. T. 1. Madrid, 1969. P. 115–160.

¹⁰⁴ Суховерхов В.В. Г.М. Ховельянос: философско-теологические и социально-политические воззрения. С. 246.

конституционализма XIX в., вплоть до разработки Конституции 1876 г. Аналогия с Великобританией и ее конституционными традициями вызвала искреннее желание найти в своем прошлом истоки для проведения реформ, которые в соседней Франции стали результатом бурных революционных событий.

Желание использовать прошлое для обоснования настоящего вновь возникло во времена диктатуры Франко, чтобы поддержать легенду о том, что каудильо подобен полководцам средневековых Пиренейских государств. Подобно им, он является воином Господним, крестоносцем, сражающимся против неверных. Эти образы стали частью идеологии, элементами политики, которая и обеспечила официальное признание Ватиканом Франко как защитника католической религии.

Король в системе высших органов государства. В конституционно оформленном испанском государстве король являлся органом публичной власти, деятельность которого должна была строго соответствовать конституции и иным законам. Все основные законы Испании, за исключением Байонской конституции 1808 г., Королевского статута 1834 г. и основных законов периода франкистской диктатуры (после принятия решения о восстановлении монархии), закрепляли правовое положение и скрупулезно фиксировали компетенцию монарха, отразив стремление законодателя представить исчерпывающий перечень его полномочий, а также список ограничений его власти кортесами.

Раздел IV «О короле» Конституции 1812 г. стал образцом по структуре и по содержанию для подобных частей всех последующих основных законов Испании. В более поздних конституциях законодатели стремились избавиться от излишней детализации, поэтому соответствующие разделы были не столь объемными и подробными.

В действующей Конституции раздел II «О короне» насчитывает лишь 10 статей. При этом использован термин «корона» вместо традиционного «король», что объясняется желанием учредителя зафиксировать более точное понятие: в разделе представлен институт, а не только статус обладателя короны, поскольку помимо последнего, в нем содержатся положения о статусе королевской семьи, принца Астурийского и т. д.¹⁰⁵

Король в законотворческом процессе. В конституциях XIX в. кортесы «совместно с королем», признавались субъектом законодательной власти (1812 г. — ст. 15, 1837 г. — ст. 12, 1845 г. — ст. 12, 1856 и 1876 гг. — ст. 18). Однако участие в законотворческом процессе было различным. Правом законодательной инициативы Конституция 1812 г. наделяла только кортесы (ст. 131.1), Королевский статут 1834 г. — исключительно монарха (ст. 33), конституционные акты 1837 г. (ст. 36), 1845 г. (ст. 35), 1869 г. (ст. 54), 1876 г. (ст. 41) — монарха и обе палаты кортесов, которые потому и назывались «законодательными». Право принимать законы путем голосования традиционно относилось к компетенции кортесов. Однако в проекте Х. Браво

¹⁰⁵ Esteban J. de, González-Trevijano P. J. Tratado de Derecho constitucional. T. 3. P. 48–49.

Мурильо 1852 г. предусматривалось расширение прав короны: «Королю в кортесах принадлежит право создавать законы» (ст. 3); законодательная инициатива могла быть реализована монархом и каждой из законодательных палат (ст. 4).

Участие короля в законотворческом процессе также всегда связывалось в Испании с его правом санкционировать и промульгировать законы. Конституция 1812 г., вводя право монарха наложить вето на законопроект, принятый кортесами, устанавливала тридцатидневный срок, в течение которого он мог воспользоваться этим правом, просрочка означала, что санкция короля получена (ст. 145). В ней были указаны точные формулировки королевских ответов: санкционируя закон, он должен своей рукой написать: «Опубликовать как закон» (ст. 143), — а отказывая в санкции: «Вернуть в кортесы» (ст. 144) и изложить причины своего решения. Отклоненный королем законопроект мог вновь стать предметом обсуждения лишь в следующем году (ст. 147).

Таким образом, монарх наделялся правом отлагательного вето. Примечательно, что при обсуждении вопроса о санкционировании законов королем депутаты генеральных и чрезвычайных кортесов не скрывали, что учитывали положения Конституции США и желали избежать импульсивности, которая неизбежна для такого многочисленного органа, как кортесы.¹⁰⁶ Однако следует отметить также очевидное заимствование французского опыта 1791 г. Вместе с тем генеральные и чрезвычайные кортесы оказались более радикальными. Король мог пользоваться своим правом в течение двух сессий кортесов. Если же дважды отклоненный ими законопроект был бы принят кортесами на третий год, то королевское вето считалось бы преодоленным, а законопроект санкционированным (ст. 148, 149). Так испанский король мог помешать введению закона на два года — срок немалый, однако в три раза меньший, чем тот, что был предусмотрен Конституцией Франции 1791 г.¹⁰⁷

Королевский статут 1834 г. закрепил абсолютное вето короля, сохранявшееся в текстах конституций 1837, 1845, 1856 и 1876 гг. и отсутствовавшее лишь в основном законе 1869 г. По Конституции 1978 г. королю принадлежат правомочия по санкционированию, промульгации и опубликованию законов. Однако они сводятся лишь к тому, что он подписывает законы в пятнадцатидневный срок и дает распоряжение об их немедленном обнародовании (ст. 62.а и 91). Один из российских переводов Конституции комментатор сопроводил предположением о том, что «отсутствие королевского вето теоретически не исключает возможности отказа в подписании»; поскольку закон не может вступить в силу без королевской подписи, а возвращение его в парламент не предусмотрено, монарх может воспользоваться своим правом назначения референдума (ст. 62.3 и 92).¹⁰⁸ Однако исследователи обращали внимание на то, что король не становится

¹⁰⁶ *Discurso preliminar...* P. 131.

¹⁰⁷ См. п. 2 отдела III главы третьей французской Конституции 3 сентября 1791 г. (Документы истории Великой Французской революции / отв. ред. А.В. Адо. В 2 т. Т. 1. С. 129).

¹⁰⁸ Конституции государств Европы / под ред. Л. А. Окунькова. В 3 т. Т. 2. М., 2001. С. 41.

участником законотворческого процесса, и его подпись означает лишь формальный декларативный акт, — такова конституционная практика.¹⁰⁹

Король и кортесы. Рассматривая отношения короны и кортесов, следует отметить полномочия монарха созывать, приостанавливать и распускать кортесы, а также открывать и закрывать их сессии, созывать чрезвычайные кортесы. Однако пользование этими правами было поставлено в законные рамки. Конституция 1812 г. установила дату начала сессии представительного органа (1 марта) и ее трехмесячную продолжительность. Королю запрещалось препятствовать созыву кортесов, откладывать, приостанавливать их заседания, распускать их, мешать их деятельности или выполнению решений (ст. 172.1). Конституции 1837 г. (ст. 26), 1845 г. (ст. 26), 1876 г. (ст. 32) лишь ограничили данные полномочия, во-первых, указанием на ежегодные сессии кортесов и, во-вторых, установлением обязанности монарха созвать кортесы в случае их роспуска в течение ближайших трех месяцев. Конституцией 1869 г. королю были предоставлены указанные выше права, хотя они и были существенно ограничены. Например, монарха обязали созывать кортесы так, чтобы они успели собраться 1 февраля (ст. 43). Приостановление деятельности кортесов без их согласия было возможно лишь один раз за время каждой легислатуры (ст. 71). А в случае роспуска одной или обеих палат, созыв кортесов надлежало осуществить в течение трех месяцев (ст. 72).

В действующей Конституции, очевидно, нашел отражение весь накопленный в Испании опыт. Король созывает и распускает кортесы, назначает выборы на условиях, предусмотренных Конституцией (ст. 62.b). Однако по сути созыв осуществляется символически, так как Основной закон четко устанавливает время открытия заседаний палат. После проведения выборов конгресс депутатов должен быть созван в течение 25 дней (ст. 68.6), а на очередные сессии палаты собираются дважды в год: на первую — с сентября по декабрь, на вторую — с февраля по июнь (ст. 73). Монарх торжественно открывает легислатуру, обращаясь к кортесам, созванным на совместное заседание, с посланием.

Действующая Конституция закрепляет три случая роспуска представительного органа. Так, король автоматически распускает кортесы, если по истечении двухмесячного срока с момента голосования о назначении председателя правительства ни один из кандидатов не получит одобрения конгресса (ст. 99.3). Роспуск кортесов после предварительного обсуждения в совете министров может быть инициирован его председателем (ст. 115.2). Король также распускает кортесы, если предложение о пересмотре Конституции получило одобрение необходимого большинства (ст. 168.1).

Испанский конституционализм XIX в. отражал участие короля в формировании верхней палаты кортесов. Впервые это право было закреплено в 1808 г. (ст. 32.2). Оно также содержалось в Королевском статуте (ст. 3–12), в Конституциях 1845 (ст. 14–15), 1876 (ст. 22) гг., где полномочие короля ограничивалось лишь указанием на требования, которым должны были

¹⁰⁹ *Esteban J. de, Gonzalez-Trevijano P.J.* Tratado de Derecho constitucional. T. 3. P. 122–123.

отвечать кандидаты, обеспечивающие аристократический характер данной палаты. Основной закон 1837 г. предоставил королю право назначать сенаторов из тройного списка кандидатов, сформированного избирателями депутатов в каждой провинции (ст. 15). Кроме того, монарх мог вмешиваться в деятельность кортесов путем назначения председателей и вице-председателей одной или нескольких палат и путем утверждения их регламентов.

По действующей Конституции монарх также объявляет выборы в кортесы, которые бывают нескольких видов: обычные (один раз в четыре года) (62.b), вынужденные (в случае невозможности назначить председателя правительства (ст. 99.5) или в случае принятия решения о реформе Конституции — ст. 168) и преждевременные (после добровольной отставки главы правительства — ст. 101). Кроме того, по предложению последнего король, если он уполномочен на то конгрессом депутатов, может объявить о проведении всенародного консультативного референдума для принятия политических решений, имеющих особую важность (ст. 92).

Король и исполнительная власть. Конституции 1812 г. (ст. 16), 1837 г. (ст. 45), 1845 г. (ст. 43), 1869 г. (ст. 35, 69) и 1876 г. (ст. 50) закрепляли положение о вручении королю исполнительной власти. Конституция 1812 г. распространила власть короля «на всё, что касается сохранения публичного порядка внутри государства и безопасности государства извне в соответствии с конституцией и законами» (ст. 170); аналогичные права были с незначительными вариациями указаны во всех монархических конституциях.

Деятельность короля в данной сфере имела три основных направления: поддержание общественного порядка, приведение в исполнение законов и гармонизацию закона и общего интереса.¹¹⁰

Впервые попытка обособления от главы государства исполнительной власти, осуществляемой министрами, была сделана в республиканском Конституционном проекте 1873 г., согласно которому президенту республики вручалась «связующая власть» (ст. 49). В конституционном проекте 1929 г., подготовленном во время так называемой «диктатуры» Primo de Rivera, за королем предполагалось закрепить «посредническую функцию», в соответствии с которой он должен был «осуществлять прерогативы, которые требуют поддержания независимости и гармонии всех властей в соответствии с конституционным текстом» (ст. 43). По Закону 1947 г., который декларировал восстановление монархической формы правления, главе государства, в том числе будущему королю, вручалась «верховная политическая и административная власть» (ст. 6).

Все испанские конституции, принятые в XIX в., закрепили право короля назначать и освобождать министров от должности, а также правило об их ответственности, компенсирующей безответственность монарха. Все они отнесли индивидуальную ответственность министров к компетенции кортесов. Однако первые проявления наличия *de facto* политической ответственности правительства имели место уже во время действия Королевского статута 1834 г.

¹¹⁰ *Sánchez-Arcilla Bernal J. Manual de Historia del Derecho. Madrid, 2004. P. 558.*

Впервые вопрос о доверии правительству обсуждался 31 декабря 1835 г. в связи с дебатами об избирательном законе, а вотум недоверия был впервые выражен 21 мая 1836 г. правительству Истуриса. Однако Мария Кристина разрешила возникший конфликт не путем отставки совета министров, а путем издания 22 мая 1836 г., на следующий день после выражения вотума недоверия, декрета о роспуске кортесов. Так королевой-правительницей была непосредственно заимствована конституционная практика Великобритании.

Весь ход конституционного развития Испании привел к признанию короля «главой государства, символом единства и постоянства, арбитром и примирителем» (ст. 56.1). Таким образом, акцент делался на посредническом характере его власти. В соответствии с Конституцией 1978 г. исполнительная функция вручается правительству (ст. 97). Это свидетельствует о последовательном развитии положения о форме правления: Испания является парламентарной монархией (ст. 1.3). Изменения в отношении монарха отражали новеллы конституционного развития, имевшие место в Испании, как и во многих странах. Основные законы, появившиеся в мире после Второй мировой войны, «содержали, как правило, весьма умеренные формулировки относительно роли монарха в управлении государством».¹¹¹ Кроме того, для них характерен отказ от явления, которое французский исследователь Ж.-П. Жакке назвал «дуализмом исполнительной власти», свойственным конституционализму XIX в. и формально закрепляемым некоторыми современными конституциями, как монархическими, так и республиканскими.¹¹²

Король и ответственность. В XIX в. короля объявляли персоной «священной» и «неприкосновенной» практически все конституции испанской монархии; лишь в 1869 г. его личность была декларирована как только «неприкосновенная и неотвечественная» (ст. 67). Священный характер власти подчеркивали все конституционные тексты первой половины XIX в. (1808, 1812, 1837, 1845 гг.) и указывали на два источника власти монарха: законодатели настойчиво подчеркивали, что король занимал престол «по милости Бога и Конституции». В преамбуле Конституции 1876 г. было закреплено: «Дон Альфонсо XII по милости Бога конституционный Король Испании».

Неприкосновенность личности монарха, впервые конституционно оформленная во Франции в 1791 г., означала недопустимость привлечения его к юридической и политической ответственности. Причина этого — в признании особой миссии короля по обеспечению публичного порядка, а также необходимость гарантировать существование самого института монархии, на что ссылались члены конституционной комиссии еще в 1812 г.¹¹³

Однако в конституционной монархии король, как любое должностное лицо или государственный орган, был обязан действовать в соответствии с

¹¹¹ Сравнительное конституционное право / отв. ред. В.Е. Чиркин. М., 2002. С. 350.

¹¹² Жакке Ж.-П. Конституционное право и политические институты / пер. В.В. Маклакова. М., 2002. С. 172, 270.

¹¹³ Discurso preliminar... P. 132.

законом. Поэтому перед учредителями стояла задача заменить короля в случае наличия оснований для привлечения его к ответственности, компенсировать его безответственность; базу для этого создавало положение о том, что монарх реализует свою власть через министров.¹¹⁴ Гарантией такой замены стало правило контрасигнатуры, зафиксированное конституциями 1812 г. (ст. 225), 1834 г. (ст. 37, 40), 1837 г. (ст. 61), 1845 г. (ст. 64), 1869 г. (ст. 87), 1876 г. (ст. 49). Так, в большинстве конституций XIX в. в качестве функционального «заместителя» определяли соответствующего министра (1812, 1837, 1845, 1869, 1876 гг.), а в Королевском статуте 1834 г. таковым был назван председатель совета министров.

В процедуре привлечения указанных лиц к ответственности участвовали кортесы. В Конституции 1812 г. было четко определено: «министры ответственны перед кортесами за приказы, которые противоречат конституции и законам, при этом они не могут ссылаться на волю короля» (ст. 226). В данном основном законе было предусмотрен порядок привлечения министров к ответственности (ст. 228, 229): кортесы оформляли свое решение о возбуждении преследования в форме декрета и передавали его в Верховный суд для рассмотрения дела по существу. Однако в 1830-е годы вводится двухпалатная структура кортесов и иная процедура: дело министра, возбужденное нижней палатой кортесов, рассматривается верхней палатой (ст. 40.4 Конституции 1837 г.; ст. 19.1 Конституции 1845 г., ст. 41.4 Конституции 1856 г., ст. 89 Конституции 1869 г., ст. 45.3 Конституции 1876 г.). Органический закон государства 1967 г. предусматривал возможность привлечения к ответственности членов правительства Верховным судом (ст. 20).

Действующая конституция также закрепила возможность привлечения к уголовной ответственности членов правительства за совершение измены и преступлений против безопасности государства при исполнении своих обязанностей, рассмотрение дела относится к компетенции палаты по уголовным делам Верховного суда (ст. 102). Вместе с тем предусмотрена и солидарная политическая ответственность правительства, которая выражается в резолюции порицания, принимаемой нижней палатой генеральных кортесов и влекущей отставку правительства (ст. 113, 114).

В действующей Конституции Испании уже не упоминается о «священном» характере монаршей власти, но по-прежнему закреплены традиционные положения: «личность короля неприкосновенна, и он не подлежит ответственности». Его акты всегда должны быть скреплены подписью председателя правительства и соответствующего министра, а в указанных случаях председателем конгресса депутатов (ст. 56.3, 64, 99), которые и будут в случае необходимости нести ответственность, политическую или юридическую.

Монарх как представитель нации. Все испанские конституции отдавали должное роли монарха как представителя нации во внутренних и

¹¹⁴ Torres Moral A. Constitucionalismo histórico español. Madrid, 1999. P. 47.

международных делах. Во внешних делах он наделялся определенным набором полномочий: объявлять войну и заключать мир, осуществлять высшее представительство государства за рубежом и заключать международные договоры, принимать послов и иных представителей иностранных государств, а также направлять испанских дипломатов в другие страны. Король объявлял войну и заключал мир, предоставляя об этом отчет кортесам (конституции 1837, 1845, 1856, и 1876 гг.). По Конституции 1978 г. король может делать это лишь с предварительного согласия генеральных кортесов (ст. 63.3).

Конституции XIX в. ограничивали короля в его праве подписывать отдельные виды договоров: он не мог без согласия кортесов заключать договоры о наступательных союзах, специальные торговые договоры с какой бы то ни было иностранной державой. Положения Конституции 1978 г. базируются на национальном конституционном опыте. Король «объявляет о принятии Испанией на себя международных обязательств посредством договоров в соответствии с конституцией и законами» (ст. 63.3). Однако для заключения договоров пяти видов необходимо предварительное согласие кортесов:

- 1) политических,
- 2) военных,
- 3) затрагивающих территориальную целостность или основные права и свободы личности,
- 4) налагающих финансовые обязательства на государство, а также
- 5) предполагающих изменение или отмену какого-либо закона или влекущих принятие законодательных мер для их осуществления (ст. 94).

С учетом интенсивности международного общения в современном мире, король Испании призван осуществлять «высшее представительство испанского государства в международных отношениях» (ст. 56.1).

В конституциях XIX в. содержались и специальные указания на то, что король осуществляет руководство дипломатическими и коммерческими отношениями, а также назначает послов, посланников и консулов. В соответствии с этой традицией в ныне действующей Конституции предусмотрено право короля назначать послов и других дипломатических представителей, при нем аккредитованы иностранные представители в Испании (ст. 63.1).

Иные полномочия короля. В испанском конституционализме первой половины XIX в. сложился перечень полномочий, ставших традиционными для монарха. Среди них значительную роль играли полномочия в области военного дела, к таковым относились: право верховного главнокомандования и назначения командующих (1812 г. — ст. 171.9, 1837 г. — ст. 47.5, 1845 г. — ст. 45.5, 1869 г. — ст. 70, 1876 г. — ст. 52, Закон 1947 г. — ст. 6). Конституция 1812 г. также относил к компетенции короля право производить дислокацию вооруженных сил (ст. 171.9). Примечательно, что Альфонсо XII завоевал симпатии соотечественников и прозвище «Миротворец» благодаря участию в

военных походах.¹¹⁵ Участие короля в военных делах по Конституции 1978 г. сводится к признанию его верховным главнокомандующим вооруженных сил (ст. 62.h).

Особо следует отметить отсутствие в XIX и XX вв. признания за монархом права вводить чрезвычайное положение, которое известно некоторым европейским конституциям. Вместе с тем известно, что Альфонсо XIII установил его *de facto* путем издания декрета 15 сентября 1923 г. об отмене конституционных гарантий и учреждении военного правительства — директории.

Как глава исполнительной власти король по конституциям XIX в. должен был заботиться о том, чтобы надлежащим образом чеканилась монета, декретировать инвестиции в каждую отрасль управления, назначать на должности, гражданские и военные, жаловать звания и отличия. По Конституции 1812 г. он был вправе делать представления о занятии церковных должностей (ст. 171.6). В Конституции 1978 г. названы некоторые подобные права короля: издавать согласованные с советом министров декреты, назначать на гражданские и воинские должности, награждать орденами и присваивать почетные звания в соответствии с законами, осуществлять верховное главнокомандование вооруженными силами, оказывать высшее покровительство королевским академиям (ст. 62. f, h, j).

Король и правительство. В монархических конституциях закреплялось признание осуществления королем своих полномочий через министров. Для конституций XIX в. была характерна фиксация отношения к ним, а также к государственным секретарям, как к должностным лицам, которые оказывают королю помощь в его деятельности. Поэтому они назначались и освобождались монархом по его усмотрению (1812 г. — ст. 171.16). Эти лица были обязаны осуществлять исполнительную власть от его имени, по его поручению и в пределах отрасли, подведомственной каждому из них. Однако в конституциях 1808 и 1812 гг. их количество было точно определено: 9 в первой (ст. 27) и 7 во второй (ст. 222).

Королевский статут 1834 г. зафиксировал существование совета министров как коллегиального органа и упоминал о его председателе (ст. 26, 37, 40). Впервые в конституционном проекте 1873 г., а затем и в республиканской Конституции 1931 г., признавалось объединение министров в коллегиальный орган, которому вручалась исполнительная власть, отличная от власти главы государства. Этот же подход отражен и в ныне действующей Конституции.

Все основные законы Испании XIX в. закрепляли лишь два принципиальных положения по рассматриваемому вопросу: во-первых, судебную ответственность министров и, во-вторых, начиная с Конституции 1837 г. (ст. 62), уже известное английскому праву с первых лет XVIII в. правило о допустимости совмещения должности министра и депутата, что стало фундаментом классического парламентаризма.

¹¹⁵ Испанские короли / под ред. В.Л. Бернекера и др. Ростов/Д., 1998. С. 394.

Действующая Конституция провозглашает Испанию парламентской монархией (ст. 1.3). Король вправе лишь после «предварительных консультаций с представителями политических групп в кортесах», в четырех случаях предлагать кандидатуру председателя правительства для одобрения конгрессом: после выборов обеих палат или конгресса депутатов, в связи с вотумом недоверия, в связи с добровольной отставкой председателя, в связи со смертью (ст. 101). Только при наличии вотума доверия кандидату король может назначить его на должность. Это не случайно: природа парламентской монархии предполагает большее значение доверия председателю правительства со стороны конгресса депутатов, чем монарха.¹¹⁶ Помимо представления на должность председателя правительства, король вправе назначать на должность и смещать остальных членов правительства по предложению председателя (ст. 100), председательствовать на заседаниях правительства, когда сочтет это необходимым.

Король и правосудие. В конституционном испанском государстве правосудие перестало быть функцией королевской власти и институционализировалось в качестве специальной сферы деятельности исключительно судов. Участие монарха в осуществлении судебной власти выражалось в том, что от его имени вершилось правосудие, он назначал судей и обладал правом помилования. Еще в первой национальной Конституции закреплялось: «правосудие осуществляется от имени короля» (ст. 257). Подобное правило содержится и в Конституции 1978 г. (ст. 117.1). Право монарха назначать судей на должность, отстранять и смещать их весьма подробно регламентировалось в Конституции 1812 г. (ст. 251–253). Эти права относились к компетенции монарха и иными основными законами. Конституция 1978 г. предоставляет королю право формировать Генеральный совет судебной власти (ст. 122.3), назначать по его предложению председателя Верховного суда (ст. 123.2), а по предложению правительства и с учетом мнения Генерального совета судебной власти — генерального прокурора (ст. 124).

Право короля на помилование традиционно упоминалось во всех конституциях, но в 1869 г. было запрещено его использование в отношении министров (ст. 73.6). В данном случае очевидно влияние конституционного опыта Великобритании, не допускавшего это по делам об импичменте.¹¹⁷ Право помилования сохраняется и в действующей Конституции (ст. 62.i), при этом не допускается проведение всеобщих амнистий и помилований.

Престолонаследие. В истории испанского конституционализма признавались три основания для ординарного занятия престола новым монархом: смерть предыдущего короля, его отречение или признание неспособным к управлению государством.

¹¹⁶ Fernández Segado F. Las constituciones históricas españolas. P. 145.

¹¹⁷ Ср.: Акт об устройении от 12 июня 1701 г. (Конституции и законодательные акты буржуазных государств XVII–XIX вв. / под ред. П.Н. Галанзы. С. 136).

Первое основание имело место в истории лишь в дважды: после смерти Фернандо VII 29 сентября 1833 г., когда королевой стала его малолетняя дочь Изабелла, и после смерти Альфонсо XII в., последовавшей в 1885 г. Известно, что за несколько часов до смерти последнего два самых авторитетных политических деятеля Кановас и Сагаста договорились о том, что вопрос о престолонаследии необходимо решить мирно («пакт Пардо»). Автоматически регентшей стала жена умершего короля Мария Кристина, сын которой был провозглашен королем Альфонсо III в день своего рождения 17 мая 1886 г. Регентство же имело место до 17 мая 1902 г., до того момента, когда, достигнув совершеннолетия, он был коронован.

В XIX в. монархи несколько раз отрекались от власти: Карлос IV 19 марта 1808 г., Фернандо VII 10 мая 1808 г., Жозеф Бонапарт 11 декабря 1813 г., Изабелла II 25 июня 1870 г. В 1873 г. Амадео I направил в кортесы письмо с отказом от престола, в том числе и от имени своих наследников. Альфонсо XIII в связи с победой республиканцев на муниципальных выборах 1931 г. обратился к нации с посланием, в котором заявил лишь о временном отречении, окончательно же он осуществил его лишь в январе 1941 г. во время пребывания за пределами Испании.

Возможность установления неспособности короля к управлению государством предусматривалась всеми монархическими конституциями, а также Законом 1947 г. Сохраняются положения об этом и в действующей Конституции (ст. 59.2).

Вместе с тем испанская история продемонстрировала разнообразные примеры экстраординарных способов занятия престола:

— захват власти, соединенный с отречением предыдущего монарха (Жозеф Бонапарт);

— в силу договора короля с Наполеоном;

— в силу признания со стороны учредительной власти кортесами (признание в ходе национально-освободительной войны и возвращение на трон в 1814 г. Фернандо VII);

— выборы, предусмотренные переходными статьями Конституции 1869 г. (Амадео I);

— провозглашение восставшими военными, которые подтвердили волю бывшей королевы (Альфонсо XII).

В особом порядке пришел к власти Хуан Карлос I. В соответствии с упомянутым Законом 1947 г. 23 июля 1969 г. он был назначен Франко и утвержден кортесами как принц Испании и наследник престола. 20 ноября 1975 г., в день смерти Франко, регентский совет присвоил ему высшие воинские звания, а 22 ноября 1975 г. он принял присягу и стал королем.

Чтобы занять трон, претендент должен достичь определенного возраста и принести присягу. Конституции указывали возраст, достижении которого означало наступление совершеннолетия монарха. Конституции 1808 г. (ст. 6), 1812 г. (ст. 185), 1869 г. (ст. 82) устанавливали 18-летний возраст, в 1837 г. (ст. 56) и 1845 г. (ст. 56) — 14-летний, 1876 г. (ст. 66) — 16-летний.

Тексту присяги и порядку ее принесения пристальное внимание уделялось только в двух ранних конституциях. Так, в Байоне было определено, что присяга должна быть принесена в присутствии сената, государственного совета, кортесов и королевского совета, называемого Кастильским (ст. 5). А ее текст должен был быть следующим: «Клянусь на Святом Евангелии почитать нашу святую религию и способствовать ее почитанию другими, соблюдать Конституцию и заставлять соблюдать ее других, обеспечивать целостность и независимость Испании и ее владений, уважать личную свободу и собственность и заботиться об уважении их другими, а также управлять государством для счастья и славы испанской нации» (ст. 7). По Конституции 1812 г. король должен был принести в присутствии кортесов (ст. 131.2) клятву следующего содержания: «Я, (Имя Короля), по милости Бога и Конституции испанской монархии, король Испании, клянусь именем Бога и Святым Евангелием, что буду защищать и охранять религию католическую апостольскую римскую, не допуская никакой другой в королевстве, что буду охранять политическую Конституцию и законы испанской монархии и содействовать их охране, не имея другой цели своей деятельности, кроме блага и процветания государства, что не буду отчуждать, уступать и расчленять никакую часть королевства, что не потребую для себя никогда никакой выгоды, средств имущества, кроме тех, что будут определены кортесами, что никогда не нарушу ничьей собственности, что буду уважать политическую свободу нации и личную свободу личности; а если я полностью или частично нарушу то, в чем я клянусь, то буду считаться не выполнившим клятвы, а действия, которыми нарушу ее, будут недействительны. Пусть мне поможет Бог и защитит меня, в противном случае, пусть призовет к ответу» (ст. 173).

Во всех остальных основных законах лишь указывалось, что король, наследник престола, а также регенты приносят кортесам присягу о соблюдении конституции и законов (1837 г. — ст. 40, 1845 г. — ст. 39, 1869 г. — ст. 58, 1876 г. — ст. 45, Закон 1947 г. — ст. 7). В последнем предусматривалось: если пост главы государства окажется вакантным, регентский совет должен созвать кортесы и совет королевства, чтобы принять установленную присягу и провозгласить указанное лицо королем или регентом. Как следствие этого правила 22 ноября 1975 г. при вступлении короля на престол председатель франкистских кортесов произнес следующую формулу: «от имени испанских кортесов и совета королевства сообщаем испанской нации, что провозглашен королем Испании дон Хуан Карлос Бурбон и Бурбон, который будет править под именем дона Хуана Карлоса I».¹¹⁸

Таким образом, в Законе 1947 г. был введен еще один элемент восшествия на престол — прямое провозглашение короля кортесами.

Действующая Конституция 1978 г. также предусматривает принесение королем присяги перед генеральными кортесами в том, что он «будет честно выполнять свои обязанности, исполнять и защищать конституцию и законы, а также уважать права граждан и автономных сообществ» (ст. 61.1). Такую же

¹¹⁸ *Palacios Bañuelos L.* España, del liberalismo a la democracia (1808–2004). Madrid, 2004. P. 451.

присягу приносят наследный принц по достижении совершеннолетия, а также регенты (ст. 61.2).

Корона в Испании издавна передается по наследству, что предполагает преемство поста, титула и власти, не производной от какого бы то ни было другого органа или избирательного корпуса.¹¹⁹ Считается, что эта традиция восходит к *Las Siete Partidas*, который был промульгирован в 1265 г. Альфонсом X и заимствовал правила из 118 новеллы Юстиниана. Во всех монархических конституциях Испании нашел закрепление наследственный принцип замещения престола, детально раскрытый в разделах о наследовании короны, имевшихся во всех конституциях: 1808 г.— раздел II, 1812 г.— раздел IV, 1837 г.— раздел VII, 1845 г.— раздел VII, 1869 г.— раздел V, 1876 г.— раздел VII, 1978 г.— раздел II.

В испанских конституциях установлен порядок наследования престола, базирующийся на признании определенных исходных начал:

- первородства и права представления;
- предпочтения более близкой линии родства более дальней;
- в одной линии более близкой степени родства — более дальней;
- в той же степени мужчины — женщинам;
- среди однополых лиц более старшего возраста — младшим (1812 г.— ст. 176, 1837 г.— ст. 51, 1845 г.— ст. 50, 1869 г.— ст. 77, 1876 г.— ст. 60, 1978 г.— ст. 57.1).

Принцип первородства предполагает наследование престола первым, родившимся в браке, ребенком, а при отсутствии детей — старшим из родственников, призываемых к наследованию. Так, Конституция 1812 г. предписывала наследование по признаку первородства наследниками мужского и женского пола (ст. 174). В Конституции 1876 г. провозглашалось: испанский престол наследуется в порядке первородства (ст. 60). В действующей Конституции закреплено аналогичное правило (ст. 57.1). В конституционной истории Испании имеется прецедент распространения этого принципа и на еще не родившегося ребенка. Так, сын Альфонсо XII, появившийся на свет после смерти отца, стал королем Альфонсо XIII.

Правилом предпочтения лиц мужского пола руководствуются при рассмотрении претендентов одной степени родства. В испанской конституционно-правовой литературе принято выделять три его разновидности, получившие название «салического закона». Все они нашли свое отражение в истории испанских конституций.

Так, выделяется «абсолютный салический закон», согласно которому женщина не может стать королевой, по женской линии не может передаваться и право на престол. Этот принцип, традиционный для Франции, нашел отражение в ст. 2 Байонской конституции: «Корона Испании и Индий должна наследоваться нашими прямыми и законнорожденными потомками мужского пола в порядке первородства, при исключении лиц женского пола». Далее, при

¹¹⁹ Сравнительное конституционное право. С. 350.

определении каждой последующей очереди наследников королевской власти, законодатель указывал исключительно мужчин.

«Средний салический закон» не допускал занятия престола женщиной, но закреплял передачу права на него по женской линии. Эта разновидность нашла реализацию в ст. 11 Закона 1947 г., в которой указывалось, что женщина «не имеет права занимать престол, а может лишь в свою очередь передать это право своим наследникам — лицам мужского пола».

Согласно «минимальному салическому закону» женщина может занять престол, если нет претендента-мужчины в той же очереди наследников. Данный принцип, закрепленный во всех остальных иных конституциях Испании, нашел свое оформление и в ныне действующей, предписывая отдавать «предпочтение мужчине перед женщиной».

«Салический закон» был введен 10 марта 1713 г. в связи с приходом к власти в Испании династии Бурбонов. Филипп V, следуя французской традиции, ввел привычный для него порядок наследования престола.¹²⁰ Однако в 1789 г. кортесы обратились к Карлосу IV с петицией об отмене акта 1713 г., чтобы вернуться к древним традициям, зафиксированным в *Las Siete Partidas*, допускавшим женщин к наследованию трона. Решение об отмене акта 1713 г. держалось долгое время в секрете. Оно было обнародовано и получило юридическую силу лишь весной 1830 г. в качестве «Прагматической санкции» Фернандо VII. Это было сделано в связи с тем, что четвертая жена короля, бездетного в трех браках, ждала ребенка, которому и хотел обеспечить право на престол Фернандо VII, какого бы пола он ни был. 10 октября 1830 г. у королевской четы родилась дочь Изабелла, ставшая наследницей трона. Но политическая ситуация усложнилась болезнью короля в сентябре 1830 г. Под воздействием «карлистов» королева, боявшаяся гражданской войны, согласилась на издание манифеста об упразднении «Прагматической санкции» 1830 г. В присутствии королевы и правительства 18 сентября 1832 г. король подписал документ, обязывающий всех вплоть до его смерти хранить акт в тайне. Однако 31 декабря 1832 г. сам король публично объявил об аннулировании манифеста, ссылаясь на то, что подписал его, будучи больным, и на несоответствие акта основным законам монархии, а также его обязанностям короля и отца.¹²¹ 29 сентября 1833 г. король умер, его вдова была объявлена регентшей и королевой-правительницей. Однако брат умершего дон Карлос заявил о своих претензиях на престол: он родился в марте 1788 г., когда еще действовал акт 1713 г., и потому направил текст декрета о восшествии на престол в Кастильский совет для объявления его королем. Это стало сигналом к началу первой «карлистской» войны, длившейся семь лет.

Принцип предпочтения более близкой степени родства соответствует общим принципам наследования. В Конституции 1812 г. закреплялось: после смерти Фернандо VII де Бурбона престол займут его законные наследники

¹²⁰ González Alonso B. Historia de la sucesión en el trono // Revista de Estudios Políticos. 1981. № 19. P. 25.

¹²¹ Испанские короли. С. 333.

мужского или женского пола; а при их отсутствии — его братья и сестры или их законные наследники в установленном порядке, при этом соблюдается право представления и предпочтение более близкой линии родства (ст. 180).

Предпочтение прямой линии родства перед боковой означает, что пока живы наследники по прямой линии, в круг наследников не включаются родственники по боковой линии. Принцип представления был зафиксирован в Конституции 1812 г. Сын или дочь старшего сына короля, в случае смерти отца, не взошедшего на престол, предпочитают братьям и сестрам отца; и они наследуют престол после дедушки по праву представления (ст. 177).

Действующая Конституция, основываясь на национальном конституционном опыте, оставляет за кортесами право решать вопрос о наследовании престола в наиболее подходящей для интересов Испании форме, если угасают все ветви правящей династии (ст. 57.3).

Регентство и опека. Регентство — временный институт, призванный заменить короля и от его имени осуществлять все полномочия монарха (конституции: 1812 г. — ст. 186–190, 192 и 194; 1837 г. — ст. 57, 58; 1845 г. — ст. 57, 61; 1869 г. — ст. 83, 84; 1876 г. — ст. 67, 71; 1978 г. — ст. 59; Королевский статут 1834 г. — ст. 28, 29; Закон 1947 г. — ст. 3, 8, 9 и 11).

Испанские конституции и конституционная практика признавали три его вида: на время несовершеннолетия короля, на случай признания кортесами его неспособности управлять государством и в случае, если престол окажется свободным. На практике же имели место лишь первый и третий виды. Так, во время несовершеннолетия Изабеллы II ее регентами были мать Мария Кристина де Бурбон, а затем генерал Эспартеро. Первая была назначена регентшей в завещании Фернандо VII и осуществляла свою деятельность с 29 сентября 1833 г., завершив ее отречением 12 октября 1840 г., что не было предусмотрено действовавшей на тот момент Конституцией 1837 г. Однако выход из сложившейся ситуации был найден путем применения ее положений, предусматривавших право Кортесов назначить Регентство, «состоящее из одного, трех или пяти лиц», а до его формирования — возложение его обязанностей временно на отца или мать короля, а при их отсутствии — на совет министров (ст. 57, 58). Так, правительство Эспартеро исполняло функции регентства до 10 мая 1841 г., до назначения Эспартеро регентом. После того как генерал покинул Испанию, с 23 июля 1843 г. и до объявления Изабеллы II совершеннолетней 8 ноября 1843 г., в Испании действовало министерство — регентство Хоакина Марии Лопеса. Во время несовершеннолетия Альфонса XIII в течение 16 лет регентшей была его мать Мария Кристина де Габсбург. Особое место занимали регентские советы, созданные в связи с отсутствием Фернандо VII и до возведения на трон Хуана Карлоса I.

В действующей Конституции, впитавшей предшествующий национальный опыт, традиционному институту регентства уделено много места (ст. 58–61). В случае несовершеннолетия короля, регентом должны стать отец или мать монарха, при их отсутствии — совершеннолетний родственник, второй по праву наследования после несовершеннолетнего короля (ст. 59.1). В случае его неспособности осуществлять свои полномочия, регентом должен

стать наследный принц, если он достиг совершеннолетия; при его несовершеннолетии — родственник, указанный выше (ст. 59.2). При отсутствии того, кто должен стать регентом, кортесы назначают регентство в составе одного, трех или пяти человек (ст. 59.3).

Опека — институт частноправовой, но в связи с личностью опекаемого речь идет о публичной функции. Все монархические конституции устанавливали сходные правила: опекуном несовершеннолетнего короля является лицо, которое названо умершим королем в завещании, при этом оно должно быть испанцем по рождению; если опекун не был назначен, им является отец или мать, пока остается вдовцом или вдовой. При отсутствии родителей-вдовцов кортесы назначают опекунов. Должности регента и опекуна монарха не могут объединяться в одном лице; исключение делается для его отца или матери (1812 г.— ст. 198, 1837 г.— ст. 60, 1845 г.— ст. 63, 1869 г.— ст. 86, 1876 г.— ст. 73).

Королевская семья. В силу публичной значимости личности короля все учредители особое внимание уделяли его семье. Поскольку при монархии пост главы государства передается по наследству, имеется потребность заранее определить преемника. Он стал именоваться принцем Астурийским. Данный титул был введен кортесами, созданными в кастильской Паленсии в 1388 г. во время правления Хуана I, а первым получил его будущий король Энрике III. Свое конституционное оформление титул впервые получил в 1812 г., а затем и во всех последующих основных законах. Однако Хуан Карлос, в 1969 г. назначенный Франко преемником, получил при отсутствии короля титул *ad hoc* — принц Испанский. Конституция 1978 г. вернула исторический титул принца Астурийского (ст. 57.2), который считается в Испании самым аристократическим.

Конституция 1812 г., отразившая стремление законодателя тщательно регламентировать все стороны жизни и деятельности монарха, детально определила титулы членов королевской семьи. Все его дети, кроме принца Астурийского, а также внуки должны именоваться инфантами Испании (ст. 201–204). Они должны были пользоваться всеми традиционными отличиями и почестями и могли быть назначены на любые должности, кроме должностей в правосудии и депутатии кортесов (ст. 205). Принц Астурийский, инфанты, их дети и потомки не могли вступить в брак без согласия короля и кортесов, в противном случае они утрачивали право на наследование престола (ст. 208).

Такое же ограничение было установлено и для самого короля (ст. 171.12). Умаление его свободы при вступлении в брак предусматривали и все последующие конституции страны: в 1837 г. (ст. 48.5) и в 1869 г. (ст. 74.6). Король и возможные наследники престола нуждаются в получении разрешения, предоставляемого путем издания специального закона; согласно конституциям 1845 г. (ст. 47) и 1876 г. (ст. 56) монарх и непосредственный наследник престола должен лишь информировать кортесы о предстоящем браке. По Закону 1946 г. (ст. 12) совет королевства должен информировать законодательный орган о предстоящих браках короля и его возможных

преемников для их окончательного утверждения. В действующей Конституции зафиксировано, что лица, являющиеся наследниками монарха, заключив брак, несмотря на запрет короля или кортесов, лишаются, как и их потомки, родившиеся в неразрешенном браке, права на наследование престола (ст. 57.4).

Имущественное положение короля и его семьи также тщательно регламентировалось в конституциях. При абсолютной монархии не было различия между имуществом государственным и королевским. Тем не менее еще регламентом 1 января 1707 г. бюджет государства был отделен от бюджета королевского дома.

Имущество было разделено, а гражданский лист по английскому образцу введен, начиная с Конституции 1808 г. (ст. 21, 22). Кадисский законодатель установил, что в начале правления каждого короля кортесы назначают ежегодную дотацию для содержания его двора (ст. 213). Они также устанавливают выплаты принцу Астурийскому со дня его рождения и инфантам по достижении ими семилетнего возраста; а инфантам, выходящим замуж, они определяют сумму приданого (после чего прекращается выплата ежегодного содержания). В Конституции определялся круг монаршего недвижимого имущества: королю принадлежали все дворцы, которыми владели его предшественники, а также загородные резиденции, используемые для его отдыха (ст. 214).

Предполагалось, что в начале правления кортесы будут устанавливать содержание короля и его семьи (1812 г.— ст. 220, 1837 г.— ст. 49, 1845 г.— ст. 48, 1869 г.— ст. 76, 1876 г.— ст. 57 1978 г.— ст. 65.2). В настоящее время имущественное состояние королевского дома Хуана Карлоса I определяется в соответствии с Законом 16 июня 1982 г. «О национальном достоянии».

Испанская монархия вызывает в настоящее время большой интерес у специалистов, изучающих государственно-правовые явления, поскольку с различных точек зрения представляет собой «своеобразный идеальный тип».¹²² Сравнение с другими европейскими монархиями неизбежно приводит к выводу о ее исключительности. Прежде всего потому, что она стала результатом и средством мирного перехода от диктатуры к демократии. В этом значительную роль сыграл и сам король Хуан Карлос I.

Политико-правовое развитие Испании XIX–XXI вв. в целом связано с сохранением приверженности монархической форме правления. В рассматриваемый период абсолютная испанская монархия (во время правления Карлоса VI и в основной части правления Фернандо VII) превратилась в конституционную (некоторое время правления Фернандо VII и в правление Изабеллы II, Альфонсо XII, Альфонсо XIII), а с 1978 г. является парламентской.

В течение данного периода испанской истории было предпринято несколько попыток изменения формы правления и отказа от монархии. Страна пережила периоды Первой республики (1871–1874), Второй республики (1931–1936), правления каудильо Франко (1936–1975). Однако в последней четверти

¹²² Медушевский А. Н. Сравнительное конституционное право и политические институты. М., 2002. С. 84.

XX в., как и в последней трети XIX в., в Испания вновь было принято решение о восстановлении монархической формы правления. Закрепление статуса короля в действующей Конституции — результат долгого развития данного института в истории испанского конституционализма, выверенного временем, а потому достойного особого внимания и изучения.

Приложение

Таблица. Монархи и монархические конституции в Испании

Монарх / династия	Начало правления и его основание	Окончание правления и его основание	Наличие Конституции
Карлос IV де Бурбон	13 января 1788 г., в силу наследования	19 марта 1808 г., отречение от престола в пользу сына	—
Фернандо VII де Бурбон	19 марта 1808 г., в силу отречения Карлоса IV	10 мая 1808 г., отречение от престола в пользу отца	—
Карлос IV де Бурбон	10 мая 1808 г., в силу отречения Фернандо VII де Бурбон	6 июня 1808 г. отречение в пользу Наполеона I Бонапарта	—
Жозеф Бонапарт	6 июня 1808 г., в силу акта Наполеона I Бонапарта	11 декабря 1813 г., передача власти Фернандо VII де Бурбону	Байонская конституция 8 июля 1808 г.
Фернандо VII де Бурбон	1) 24 сентября 1810 г., провозглашение и признание генеральными и чрезвычайными кортесами, 2) 4 мая 1814 г., возвращение на трон, признание ординарными кортесами	29 сентября 1833 г., кончина	Конституция 19 марта 1812 г. (признана Фернандо VII 9 марта 1820 г., действовала до 1 октября 1823 г.)

Монарх / династия	Начало правления и его основание	Окончание правления и его основание	Наличие Конституции
Изабелла II де Бурбон	1) 29 сентября 1833 г., в силу наследования (при регентстве матери Марии Кристины), 2) 8 ноября 1843 г., акт Кортесов о провозглашении совершеннолетней	1) 30 сентября 1868 г., отъезд из Испании; 2) 25 июня 1870 г., отречение в пользу сына (будущего Короля Альфонсо XII)	1) Королевский статут от 10 апреля 1834 г., 2) Конституция 1812 г. (с 13 августа 1836 г.), 3) Конституция 18 июня 1837 г., Конституция 23 мая 1845 г.
Амадео I Савойский	16 ноября 1870 г. избрание Кортесами	11 февраля 1873 г., отречение	Конституция 6 июня 1869 г.
Альфонсо XII де Бурбон	1) 29 декабря 1874 г., в результате провозглашения армией; 2) 14 января 1875 г. въезд в Мадрид	25 ноября 1885 г., кончина	Конституция 30 июня 1876 г.
Альфонсо XIII де Бурбон	17 мая 1886 г. наследование; 17 мая 1902 г. признание Кортесами совершеннолетним	14 апрель 1931 г., отъезд из Испании; январь 1941 г., отречение (в пользу сына — Хуана, графа Барселонского, отца будущего короля Хуана Карлоса I)	Конституция 30 июня 1876 г.
Хуан Карлос I де Бурбон	22 ноября 1975 г., провозглашение Королем; 29 декабря 1978 г.	по настоящее время	Конституция, одобренная на референдуме 6 декабря 1978 г. и промульгированная 29 декабря 1978 г.

ПРОЕКТ КОНСТИТУЦИИ Х. БРАВО МУРИЛЬО

1 декабря 1852 г.¹²³

РАЗДЕЛ I. О религии

Ст. 1. Религией испанской нации является исключительно религия католическая апостольская римская.

Ст. 2. Отношения между церковью и государством определяются короной и римским папой в соответствии с Конкордатами, которые должны иметь характер и силу закона.

РАЗДЕЛ II. О законах

Ст. 3. Королю в Кортесах принадлежит право создавать законы.

Ст. 4. Законодательная инициатива принадлежит Королю и каждой из законодательных палат.

Ст. 5. Ни один налог, ни пошлина не могут вводиться или взиматься, если они не были установлены законом.

Ст. 6. Общий бюджет доходов и расходов Государства является постоянным; В них не может быть внесено изменение или дополнение, если это не установлено законом.

Ежегодно для изучения и одобрения Кортесам представляются отчеты о доходах и вложении публичных средств.

Ст. 7. Для того чтобы распорядиться собственностью Государства или для того, чтобы взять заем под гарантию Нации, необходим соответствующий законом.

Ст. 8. Содержание Короля и его семьи устанавливается законом в начале каждого правления.

РАЗДЕЛ III. О Кортесах

Ст. 9. Кортесы состоят из двух законодательных палат, равных в своих правах: Сената и Конгресса Депутатов.

Ст. 10. Сенат состоит из наследственных сенаторов, сенаторов по рождению и пожизненных сенаторов; право назначить их принадлежит Королю.

© Т.А. Алексеева (пер. с исп.), 2012

¹²³ Хуан Браво Мурильо — глава правительства с 14 января 1851 г. по 14 декабря 1852 г. Будучи сторонником усиления власти главы государства, исходил из необходимости изменить Конституцию 1845 г. и ориентировался на пример Луи Наполеона Бонапарта и французской Конституции 1852 г. В начале декабря 1852 г. Х. Браво Мурильо представил проект Конституции и восемь органических законов: об организации Сената, о выборах депутатов, о внутреннем регламенте Кортесов, об отношениях между палатами, о личной безопасности, о гарантиях собственности, об общественном порядке, о величии и титулах Королевства. Основная характеристика проекта Конституции — усиление власти монарха и умаление полномочий Кортесов.

Ст. 11. Особый закон определит категории кандидатов и условия, необходимые для назначения сенатором, форму и условия назначения.

Ст. 12. Сыновья Короля и непосредственного наследника Короны являются сенаторами по рождению с момента достижения ими 25-летнего возраста.

Ст. 13. Помимо законодательных функций Сенат:

- 1) судит министров в случае их обвинении Конгрессом Депутатов;
- 2) рассматривает дела о совершении тяжких преступлений против личности или достоинства Короля, или против безопасности Государства, в соответствии с порядком, установленным законом, после того, как Правительство представит их на рассмотрение в данную палату;
- 3) рассматривать дела своих членов в случаях и в порядке, которые установят законы.

Ст. 14. Конгресс Депутатов состоит из лиц, избранных избирательными хунтами в порядке, предписанном законом, который также предпишет условия и обстоятельства соответствующие выборам и должности Депутата.

Ст. 15. Не может быть созвана одна законодательная палата, если в то же время не заседает другая; за исключением случая, когда Сенат исполняет судебные функции.

Ст. 16. Кроме законодательных полномочий, которые осуществляют Кортесы совместно с Королем, им также принадлежат следующие функции:

- 1) принимать от Короля, непосредственного наследника престола и Регентства или Регента Королевства клятву о соблюдении Конституции и законов;
- 2) избирать Регента или Регентство Королевства и назначать опекуна несовершеннолетнему Королю в случаях, предусмотренных Конституцией.

Ст. 17. Сенаторы и депутаты не могут быть привлечены к ответственности за выраженные суждения и голосование при осуществлении своих обязанностей.

Ст. 18. Сенаторы и депутаты не могут подвергаться уголовному преследованию или быть арестованы во время сессии без разрешения соответствующей Палаты, если они не были задержаны с поличным; в последнем случае, а также в случае, когда они подвергаются уголовному преследованию или аресту в период, когда Кортесы не заседают, об этом как можно скорее сообщается соответственно Сенату и Конгрессу для того, чтобы они были информированы и приняли решение.

РАЗДЕЛ IV. О Короле

Ст. 19. Личность Короля священна и неприкосновенна, и он не может привлекаться к ответственности. Ответственны министры.

Ст. 20. Право исполнять законы принадлежит Королю, его власть распространяется на всё то, что входит в сферу государственного управления внутри страны и за рубежом, и для этого он осуществляет все полномочия и издает необходимые декреты, приказы и инструкции.

В случаях, не терпящих отлагательства, Король может действовать до принятия законодательных предписаний, предварительно заслушав мнение соответствующих высших органов государственного управления и представив ближайшей легислатуре Кортесов отчет о сделанном для изучения и принятия решения.

Ст. 21. Все приказы и распоряжения, сделанные Королем при осуществлении им своей власти, должны быть подписаны соответствующим министром.

Ст. 22. Королю принадлежит право созывать Кортесы, откладывать и закрывать их заседания и распускать Конгресс Депутатов; в последнем случае он должен созвать следующие Кортесы и открыть их заседания в течение шести месяцев.

Кортесы должны собираться на заседания ежегодно.

Ст. 23. Кортесы обязательно созываются в случаях, когда престол оказывается вакантным или Король не способен по какой-либо причине управлять государством.

Ст. 24. Король санкционирует и промульгирует законы.

Ст. 25. Правосудие осуществляется от имени Короля судами и судьями, которые не могут быть отстранены от должности иначе, как с соблюдением процедуры и по основаниям, указанным в органических специализированных законах.

Ст. 26. Королю также принадлежат права:

- 1) объявлять амнистии;
- 2) осуществлять помилование преступников в соответствии с законами;
- 3) объявлять войну и ратифицировать заключение мира, предоставляя затем документированный отчет Кортесам;
- 4) заботиться о выпуске монет, на которых должны быть его изображение и имя;
- 5) осуществлять назначения на все государственные должности и жаловать звания и знаки отличия всех видов;
- 6) назначать и освобождать от должности Министров.

Ст. 27. Король должен быть уполномочен законом:

- 1) для того чтобы предоставить, уступить или обменять какую бы то ни было часть испанской территории;
- 2) для того чтобы ратифицировать договоры о наступательных союзах, торговые договоры и договоры о предоставлении субсидий иностранному государству;
- 3) для того чтобы отречься от престола.

Ст. 28. Король, прежде чем вступить в брак, должен сообщить об этом Кортесам; к их компетенции относится одобрение брачных соглашений и контрактов, которые должны стать предметом закона.

Те же правила устанавливаются в отношении брака непосредственного наследника престола.

Король или непосредственный наследник престола не может вступать в брак с лицом, которое в соответствии с законом исключено из числа наследников короны.

РАЗДЕЛ V. О наследовании Короны

Ст. 29. Наследование трона в обычном порядке должно происходить на основе принципа первородства и права представления, при этом предпочитается более близкая линия родства более дальней; в одной линии более близкая степень родства — более дальней; в той же степени мужчины — женщинам, среди однополых — лицо более старшего возраста младшим.

Ст. 30. При отсутствии законных нисходящих родственников у Дони Изабеллы II де Бурбон, законной Королевы Испаний, ее наследниками становятся в соответствии с установленным порядком ее сестра, дяди и тети — братья и сестры ее отца, а также их законные нисходящие, если они не были исключены из числа наследников.

Ст. 31. Если будут исчерпаны все указанные очереди, иные правила будут установлены законом.

Ст. 32. Всякое фактическое или юридическое сомнение по вопросу о порядке наследования Короны разрешается посредством принятия закона.

Ст. 33. Лица, которые не способны к управлению или которые совершили проступки, являющиеся основанием для утраты ими права на престол, исключаются посредством закона из числа претендентов на наследование.

Ст. 34. Когда на престоле оказывается женщина, ее муж не имеет права участвовать в управлении Королевством.

РАЗДЕЛ VI. О Регентстве и опеке

Ст. 35. Король является несовершеннолетним до достижения 14 лет.

Ст. 36. Если Король не достиг указанного возраста, отец или мать Короля, а в случае их отсутствия, наиболее близкий родственник, являющийся наследником престола в соответствии с порядком, установленным Конституцией, становится Регентом на все время несовершеннолетия Короля.

Ст. 37. Для того чтобы наиболее близкий родственник мог стать Регентом, он должен быть испанцем, достигнуть 20-летнего возраста и не быть исключенным из числа наследников короны. Отец или мать Короля могут быть регентами только в том случае, если они вдовствуют.

Ст. 38. Регент приносит присягу Кортесам в том, что будет верным несовершеннолетнему Королю и будет соблюдать Конституцию и законы.

Если Кортесы не заседают, Регент немедленно созывает их и приносит присягу перед Советом министров, при этом она должна быть повторно принесена перед Кортесами, как только они соберутся.

Ст. 39. Если нет лица, которое вправе стать Регентом, Кортесы назначают Регентство в составе одного лица, трех или пяти лиц. До тех пор

пока они не сделали этого назначения, Королевством временно управляет Совет министров.

Ст. 40. Если Король не способен осуществлять свои полномочия, и его неспособность признана Кортесами, Регентом является его старший сын, если он достиг 14 лет; при его отсутствии — супруга Короля, а при ее отсутствии — лица, назначенные в состав Регентства.

Ст. 41. Регент или Регентство осуществляет все полномочия Короля, от его имени объявляются акты исполнительной власти.

Ст. 42. Опекунем несовершеннолетнего Короля является лицо, которое было названо умершим Королем в завещании, при этом оно должно быть испанцем по рождению; если опекун не был назначен, им является отец или мать, пока остается вдовцом или вдовой. Если их нет, опекуна назначают Кортесы.

Не могут объединяться должности Регента и опекуна Короля в одном лице, исключение делается для его отца или матери.

Дополнительная статья

Управление заморскими провинциями, включая Канарские острова, осуществляется в соответствии со специальными законами.

Мадрид, 1 декабря 1852 г.

Президент Совета Министров

Хуан Браво Мурильо

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ИНОСТРАННЫХ ИНВЕСТИЦИЙ В ГАЗОДОБЫВАЮЩЕЙ ОТРАСЛИ РОССИИ И КИТАЯ

Необходимость привлечения инвестиций в газодобывающую отрасль и формирования инвестиционного климата, соответствующего международным стандартам. Газодобывающая отрасль наряду с нефтедобывающей и атомной энергетикой является одной из самых значимых отраслей отечественной экономики, в том числе, для обеспечения ее развития в целом. На территории Российской Федерации (РФ), являющейся ведущим экспортером природного газа, находятся его крупнейшие месторождения. Более того, минерально-сырьевой комплекс стал главным донором государственного бюджета РФ, а также единственно возможным источником средств для модернизации российской промышленности и социальной сферы. В обозримой перспективе экономические и геополитические позиции России в мире будут по-прежнему в значительной степени определяться количеством, качеством и стоимостью извлекаемого из недр минерального сырья.¹²⁴

Однако, согласно обзору Международного энергетического агентства 2011 г., «Россия вскоре будет не в состоянии удовлетворить спрос на природный газ как отечественных, так и иностранных потребителей, если не будут осуществлены значительные инвестиции...».¹²⁵ По оценкам специалистов, для успешного развития нефтегазового комплекса требуется существенное увеличение притока капиталов,¹²⁶ исчисляемое десятками миллиардами долларов.¹²⁷ Столь значительные затраты объясняются тем, что инвестиционные проекты в энергетике характеризуются наивысшей капиталоемкостью, наибольшей продолжительностью, длительными периодами окупаемости инвестиций, наличием природных рисков и другими особенностями, объективно утяжеляющими экономику инвестиционных проектов в данной отрасли. Новые разрабатываемые месторождения в газодобывающей отрасли с 1970-х годов располагаются, как правило, во всё более сложных природных условиях, зачастую — в неосвоенных районах. Это означает, что на данные проекты ложится бремя формирования

¹²⁴ Ср.: Государственный доклад о состоянии и использовании минерально-сырьевых ресурсов Российской Федерации в 2009 г. М., 2010. С. 5 (<http://www.mnr.gov.ru/regulatory/detail.php?ID=128810>; дата обращения: 20 июня 2010 г.).

¹²⁵ World Energy Outlook 2011 // <http://www.scribd.com/doc/72512781/World-Energy-Outlook-2011> (дата обращения: 20 июня 2012 г.). — Здесь и далее все переводы с иностранных языков осуществлены автором, если не оговорено иное (А. В.).

¹²⁶ Курбанов Р.А. Правовое регулирование иностранных инвестиций в нефтяной и газовой промышленности. М., 2011. С. 3.

¹²⁷ Здесь и далее имеются в виду доллары США.

общеэкономической инфраструктуры по освоению территорий.¹²⁸ Кроме того, новые месторождения являются более сложными для разработки с технической точки зрения, что предопределяет еще и необходимость привлечения иностранных технологий.

Среди прочего недостаток инвестиций приводит к монополизации в отрасли, что в условиях неразвитости политических институтов, ведет не только к уменьшению эффективности деятельности ОАО «Газпром», но и российской экономики в целом,¹²⁹ и может стать для нее «газовым проклятием». Монополизация приведет лишь к закреплению уже сложившейся ситуации, в которой утрачиваются стимулы для предпринимательства и разработки новых месторождений.¹³⁰ Напротив, участие иностранных инвесторов и создание конкурентной среды приведут к открытию новых производств, рабочих мест, усвоению прогрессивного опыта организации производства и труда.

Однако привлечение инвестиций возможно лишь при наличии качественного правового регулирования. Дело в том, что начиная с 1970-х годов освоение месторождений минерального сырья повсеместно осуществляется преимущественно на принципах проектного финансирования,¹³¹ когда большая часть инвестиций обеспечивается за счет привлечения заемных средств под будущие доходы, которые будет генерировать сам проект.¹³² Для осуществления данного вида финансирования необходимо создавать привлекательный инвестиционный климат — как на уровне конкретных проектов, так и на общегосударственном.¹³³ В противном случае инвестор в принципе не сможет получить необходимого для осуществления проекта заемного финансирования от кредитных организаций либо получит его на невыгодных условиях. Одним из важнейших факторов,

¹²⁸ Подробнее см.: Шевалье Ж.-М. Нефтяной кризис. М., 1975; Конопляник А.А., Куренков Ю.В. Динамика издержек производства, цен и рентабельности в мировой нефтяной промышленности // Мировая экономика и международные отношения. 1985. № 2. С. 59–73.

¹²⁹ Более подробно о проблемах монополизма в нефтегазовом секторе экономики см.: Нефть, газ, модернизация общества / под общ. ред. Н.А. Добронравина, О.Л. Маргания. СПб., 2008.

¹³⁰ Подобная ситуация сложилась в финансовом секторе, в котором основные банки контролируются государством. В результате Правительство России разрешило допуск иностранных банков в целях обеспечения развития финансовой системы и поддержания конкурентоспособности банков.

¹³¹ Ныне существует три основных вида финансирования инвестиционных проектов: государственное (финансирование осуществляется правительством), корпоративное (используются механизмы и инструменты фондового рынка) и проектное (финансирование за счет средств кредитных учреждений). Соотношение механизмов корпоративного и проектного финансирования в организации финансирования инвестиционных проектов в нефтегазовых отраслях изменилось со 100:00 в период до 1970-х годов — до 20:80, а иногда и более, в настоящее время. В целях финансирования проектов в нефтегазовом комплексе ни государственное, ни корпоративное финансирование сегодня не может быть использовано в широких масштабах (Конопляник А.А. Россия и Энергетическая Хартия. М., 2010. С. 5).

¹³² Там же.

¹³³ По общепринятым в международном финансовом сообществе правилам, финансовый рейтинг проекта обычно не бывает выше финансового рейтинга корпорации, его осуществляющей, который, в свою очередь не может быть выше финансового рейтинга страны, в которой реализуется данный проект (Там же. С. 6).

обуславливающих привлекательность инвестиционного климата, является качество инвестиционного права в данной сфере. Оценивая последнее в РФ, бывший комиссар ЕС по энергетике А. Пиебалгс утверждает, что Россия нуждается в более надежных и предсказуемых инвестиционных условиях.¹³⁴ На это же указывает и Организация экономического сотрудничества и развития в своем докладе 2008 г.¹³⁵ Проблему признает и российское Правительство, в частности в Распоряжении «Об энергетической стратегии России на период до 2030 г.». ¹³⁶

В Китайской Народной Республике (КНР) энергетическая отрасль не формирует доходную часть бюджета страны, а главным образом обеспечивает развитие китайской промышленности в целом. Привлечение значительных инвестиций в последнюю ¹³⁷ привело к тому, что по сравнению с началом 1990-х годов потребление нефти в стране удвоилось, с 1993 г. КНР стала ее ввозить и сегодня является вторым импортером в мире.¹³⁸ Потребность в данном ресурсе каждый год увеличивается на 4,9 %, а добыча лишь на 1,7 %.¹³⁹ Примерно такая же ситуация сложилась и в угольной энергетике. В связи с этим актуальным становится стимулирование использования альтернативных энергетических ресурсов, в том числе более дорого, если не учитывать экологические преимущества, природного газа.

К настоящему времени газовая промышленность Китая находится в зачаточном состоянии. Природный газ в балансе потребления энергии в стране составляет примерно 2 %. Однако спрос на него растет ежегодно на 9–10 %. Некоторые аналитики прогнозируют еще более быстрый рост потребления газа в КНР.¹⁴⁰ Потребность в данном ресурсе может быть удовлетворена путем налаживания его импорта (в том числе из РФ) или путем расширения добычи внутри страны.

В соответствии с отчетом одной из крупнейших аудиторских компаний *Ernst and Young* «Инвестиционные перспективы в нефтяную и газовую промышленность Азии»,¹⁴¹ Китай, наряду с Австралией, будет являться основным источником природного газа в Азиатском регионе. И действительно

¹³⁴ *Piebalgs A.* EU and Russian Energy Strategies, Speech 06/653 delivered at the EU—Russia Energy Dialogue Conference of 30 October 2006 in Moscow // http://data.ellispub.com/pdf/EN/2006/Rapid/SPEECH-06-653_EN.pdf (дата обращения: 20 июля 2011 г.).

¹³⁵ OECD Investment Policy Review of the Russian Federation: Russia's Energy Investment Policy // <http://www.oecd.org/dataoecd/45/52/40311537.pdf> (дата обращения: 20 июля 2011 г.).

¹³⁶ Распоряжение Правительства РФ от 13 ноября 2009 г. № 1715-р (СЗ РФ. 2009. № 48. Ст. 5836).

¹³⁷ В XXI в. Китай стал мировым лидером по использованию иностранных инвестиций: количество государств, физические и юридические лица которых инвестировали средства в экономику КНР, достигло двухсот.

¹³⁸ *Macbride W.L., Hupp D.L., Chunhe Z.* National Regulation of the Hydrocarbons Industry: China // *Hydrocarbons: Economics, Policies and Legislation. Vol. IV. 2005. P. 821.*

¹³⁹ *Haiying L.* Patching the Oil Pricing, China OGP. June 2004 // <http://www.chinaogp-online.com>

¹⁴⁰ *Бессарабов Г.Д., Собянин А.Д.* Природный газ в Китае // <http://www.abirus.ru/content/564/565/567/11392.html> (дата обращения: 15 сентября 2012 г.).

¹⁴¹ Oil and Gas Investment Perspectives for Asia 2011 // [http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/Oil_and_gas_investments_in_Asia/\\$FILE/Oil-and-gas-investment-perspectives-for-Asia.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/Oil_and_gas_investments_in_Asia/$FILE/Oil-and-gas-investment-perspectives-for-Asia.pdf) (дата обращения: 15 сентября 2012 г.).

каждый год на территории КНР обнаруживается все больше месторождений природного газа, в том числе сланцевого.¹⁴² Доказанные месторождения составляют 1,5–2,3 трлн куб. м.¹⁴³ В Белом докладе Информационного центра Государственного Совета КНР от 2003 г.¹⁴⁴ указывается, что Китай будет главным образом полагаться на эксплуатации собственных ресурсов. С этой целью планируется привлекать иностранные инвестиции и технологии (в Китае нет легкодоступных крупных месторождений), путем улучшения инвестиционного климата, поощрения международной кооперации в соответствии с правилами ВТО и другими международными соглашениями.

Следует отметить, что Китай давно придерживается подобной политики и открыл газодобывающую промышленность для иностранных инвестиций еще в 1982 г.¹⁴⁵ Первый проект с иностранными инвестициями был реализован в 1993 г. в отношении газового месторождения в бассейне Тарим на западе Китая. К 2002 г. удалось привлечь около \$50 млрд в нефтегазодобывающую отрасль. В области разработки шельфовых месторождений было подписано более 50 контрактов с компаниями¹⁴⁶ не менее чем из 20 стран (в том числе Бразилии).¹⁴⁷ В результате к середине 2011 г. разрабатывалось более 700 месторождений, в том числе 165 шельфовых и 315 угольных, на которых также добывается природный газ; построено 60 перерабатывающих станций, 165 заводов сжижения природного газа (СПГ), 27 подземных хранилищ, 167 электрических станций, работающих на газе, 2000 газопроводов.¹⁴⁸

Столь впечатляющие результаты достигнуты в значительной степени за счет качественного правового регулирования инвестиций в газодобывающую отрасль. В связи с этим представляется необходимым более обстоятельное изучение данного опыта.

Источники инвестиционного права в газодобывающей отрасли Российской Федерации и Китайской Народной Республики. Основным источником инвестиционного права России является Конституция Российской

¹⁴² Information Office of the State Council the white paper «China's Policy on Mineral Resources» 2003 // http://english.people.com.cn/200312/23/eng20031223_131048.shtml (дата обращения: 15 сентября 2012 г.).

¹⁴³ Blumental D., Chua T.L., Au A. Upstream Oil and Gas in China // <http://www.velaw.com/uploadedFiles/VEsite/Resources/20-Vol3SecVCh3UpstreamOilandGas.pdf> (дата обращения: 1 сентября 2012 г.).

¹⁴⁴ White Paper of the Information Office of the State Council of the People's Republic of China December 2003, Beijing // <http://www.china.org.cn/e-white/20031223/index.htm> (дата обращения: 1 сентября 2012 г.).

¹⁴⁵ Правда, еще в 1962 г. Китай совместно с СССР разрабатывал крупнейшее нефтегазовое месторождение Daqing в провинции Heilongjiang.

¹⁴⁶ Такими, как «Santa Fe», «Chevron», «Atlantic Richfield Co», «Caltex China», «Chevron», «Shantou Ocean Enterprises», «BP», «Enron», «ENI» и др.

¹⁴⁷ Energy Hungry China Boosts oil resources by 25 % in 2004 // Xinhua Financial news. 1.2.2004 // <http://www.rigzone.com> (дата обращения: 13 августа 2011 г.).

¹⁴⁸ Карта китайского природного газа // <http://www.chinapetroleummap.com/aboutthismap/chinanaturalgasmap.htm> (дата обращения: 15 сентября 2011 г.).

Федерации от 12 декабря 1993 г.¹⁴⁹ В ее тексте фиксируются фундаментальные принципы: единства экономического пространства, свободного перемещения товаров, услуг и финансовых средств, поддержки конкуренции, свободы экономической деятельности, имеющие существенное значение для осуществления инвестиционной деятельности в России (ст. 8). В соответствии со ст. 9 Основного закона закрепляется принцип плюрализма форм собственности на землю и другие природные ресурсы (они могут находиться в частной, государственной, муниципальной и иных формах собственности). Однако в специальном законодательстве, например, в ст. 2 Федерального закона «О недрах»,¹⁵⁰ устанавливается, что недра в границах территории Российской Федерации, включая подземное пространство и содержащиеся в недрах полезные ископаемые, энергетические и иные ресурсы, являются государственной собственностью. Данный подход получил подтверждение и в практике Конституционного Суда РФ: «Несмотря на закрепление различных форм собственности, Конституция тем не менее не обязывает к тому, чтобы все природные ресурсы находились в этих различных формах собственности».¹⁵¹ Эта позиция оправдывается тем, что нефть и газ не созданы трудом человека, и до их извлечения не должны находиться в собственности частных лиц.¹⁵²

Что касается разграничения государственной собственности на недра, то основная проблема состоит в том, что ни Конституция, ни федеральное законодательство не определяют форму государственной собственности на недра (федеральная или субъектов Федерации). До 2004 г. в соответствии с Законом «О недрах» действовало так называемое правило двух ключей, согласно которому распоряжение недрами осуществлялось на основании совместного решения федерального органа и органа власти соответствующего субъекта Федерации. В 2004 г. в Закон «О недрах» внесены изменения, в силу которых отныне основные решения по распоряжению государственным фондом недр принимаются федеральным органом власти. Сфера распорядительных полномочий субъектов Федерации распространяется лишь на, так называемые, участки недр «местного значения» и месторождения общераспространенных полезных ископаемых. При этом законодательство не определило критерии отнесения участка недр к категории местного значения. На практике перечни общераспространенных полезных ископаемых утверждаются по каждому субъекту Федерации совместным распоряжением

¹⁴⁹ Конституция Российской Федерации от 12 декабря 1993 г. с учетом поправок, внесенных законами Российской Федерации о поправках к Конституции Российской Федерации от 30 декабря 2008 г. № 6-ФКЗ и № 7-ФКЗ (СЗ РФ. 2009. № 4. Ст. 445).

¹⁵⁰ Федеральный закон от 21 февраля 1992 г. № 2395-1 «О недрах» // СЗ РФ. 1995. № 10. Ст. 823 (в ред. ФЗ от 14 июня 2012 г. № 74-ФЗ). — Далее: Закон «О недрах».

¹⁵¹ Постановление Конституционного Суда РФ от 9 января 1998 г. № 1-П «По делу о проверке конституционности Лесного кодекса Российской Федерации» // СЗ РФ. 1998. № 3. Ст. 429.

¹⁵² Гудков И.В., Лахно П.Г., Салиева Р.Н., Шмелева Д.Н. Право первичных источников энергии в России // Энергетическое право России и Германии: сравнительно-правовое исследование / под ред. П.Г. Лахно, Ф.-Ю. Зеккера. М., 2011. С. 111.

Министерства природных ресурсов РФ и Правительства соответствующего субъекта.¹⁵³

Помимо принципов в Конституции содержатся общие гарантии осуществления инвестиционной деятельности, в частности, право на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности (п. 1 ст. 34), возможность лишения субъекта своего имущества не иначе, как по решению суда (п. 3 ст. 35). Принудительное отчуждение имущества для государственных нужд может быть произведено только при условии предварительного и равноценного возмещения (п. 3 ст. 35). Владение, пользование и распоряжение землей и другими природными ресурсами могут осуществляться свободно, если только это не наносит ущерба окружающей среде и не нарушает прав и законных интересов иных лиц (п. 2 ст. 36). Устанавливаются и ограничения в виде обязанности обеспечивать благоприятную окружающую среду, предоставлять достоверную информацию о ее состоянии, не нарушать прав и законных интересов иных лиц и возмещать ущерб, причиненный здоровью или имуществу экологическим правонарушением (п. 2 ст. 36, ст. 42).

В Конституции фиксируется разграничение предметов ведения РФ и ее субъектов. На федеральном уровне осуществляется установление основ федеральной политики в области экономического, экологического развития России, определение федеральных налогов и сборов (ст. 71). В совместном ведении находятся, в частности, владение, пользование и распоряжение недрами; разграничение государственной собственности и др. (ст. 72). На основании данной статьи юридической основой управления минерально-сырьевой базой в нашей стране в силу специфики ее исторического развития и современной социально-экономической и политической ситуации является федеральное законодательство.¹⁵⁴ Данный подход был неоднократно подтвержден Конституционным Судом РФ.¹⁵⁵

Конституционное регулирование инвестиционного права Китая не столь богато, как в РФ. В соответствии со ст. 18 Конституции КНР 1982 г.¹⁵⁶ Китайская Народная Республика разрешает иностранным предприятиям и

¹⁵³ Там же. С. 113.

¹⁵⁴ Курбанов Р.А. Правовое регулирование иностранных инвестиций в нефтяной и газовой промышленности. С. 107.

¹⁵⁵ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 7 июня 2000 г. № 10-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений Конституции Республики Алтай и Федерального закона «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации»», Определения Конституционного Суда РФ от 27 июня 2000 г. № 92-О «По запросу группы депутатов Государственной Думы о проверке соответствия Конституции Российской Федерации отдельных положений конституций Республики Адыгея, Республики Башкортостан, Республики Ингушетия, Республики Коми, Республики Северная Осетия–Алания и Республики Татарстан» и от 6 декабря 2001 г. № 250-О «По запросу Государственного собрания — курултая Республики Башкортостан о толковании ряда положений статей 5, 11, 71, 72, 73, 76, 77 и 78 Конституции Российской Федерации» и др.

¹⁵⁶ Конституция КНР 1982 г. с изм. 1988, 1993, 1999, 2004 гг. (http://chinalawinfo.ru/constitutional_law/constitution; дата обращения: 20 октября 2012 г.).

другим иностранным экономическим организациям либо частным лицам в соответствии с законами вкладывать капиталы в экономику страны, осуществлять в различных формах экономическое сотрудничество с китайскими предприятиями или другими хозяйственными организациями. Государство берет на себя обязательство охранять их законные права и интересы. Этими положениями ограничиваются конституционные гарантии для иностранных предприятий на ведение бизнеса в Китае. Напротив, в Основном законе особо подчеркивается, что социалистическая экономика, основанная на системе общенародной собственности, является руководящей силой в народном хозяйстве (ст. 7), и все природные ресурсы принадлежат государству (ст. 9). Социалистическая общественная собственность объявляется священной и неприкосновенной, а законная частная собственность граждан лишь неприкосновенной (ст. 12, 13). В соответствии с Конституцией в случае осуществления национализации частной собственности *граждан* государство лишь *может* выплатить компенсацию (ст. 13). Положения цитируемых статей следует интерпретировать, как ценностные ориентиры для законодателя и правоприменителя с явным «перекосом» в сторону защиты интересов государства, что не способствует созданию благоприятного инвестиционного климата.

В соответствии с п. 4 ст. 15 Конституции РФ общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры России являются составной частью ее правовой системы. К первой категории, в частности, можно отнести принцип государственного суверенитета над природными ресурсами, закрепленный в Декларации «О неотъемлемом суверенитете над естественными ресурсами», принятой в 1958 г. на XIII сессии Генеральной Ассамблеи ООН. В Резолюции признается право суверенитета народов и государств над своими естественными ресурсами, включая право устанавливать над ними контроль и национализировать инвестиции, вложенные в эту сферу. Вместе с тем резолюция предусмотрела выплату соответствующей компенсации, кроме того, в ней содержится требование о необходимости уважения соглашений между иностранными инвесторами и национальными правительствами.

Важной гарантией для иностранных инвесторов являются ратифицированные Россией международные договоры, имеющие в соответствии с ч. 4 ст. 15 Конституции РФ, бóльшую юридическую силу, нежели национальное законодательство. Несмотря на возможность разного толкования данного положения,¹⁵⁷ западноевропейские юристы оценивают включение условий, содержащих прямую отсылку к международному праву в двусторонние соглашения о защите иностранных инвестиций как одну из наиболее эффективных гарантий.¹⁵⁸ Таким образом, система двусторонних инвестиционных договоров (ДИД), также называемых соглашениями о

¹⁵⁷ См., напр.: Усенко Е.Т. Соотношение и взаимодействие международного и национального права в Российской Федерации // Московский журнал международного права. 1995. № 2. С. 23.

¹⁵⁸ Фархутдинов И.З. Международное инвестиционное право: теория и практика применения. М., 2005. С. 331.

поощрении и взаимной защите капиталовложений, и договоров об избежании двойного налогообложения (ДИДН) имеет существенное значение в качестве гарантии иностранных инвестиций. Целью первых является обеспечение дополнительных и более высоких стандартов правовой защиты и гарантий инвестиций для иностранных компаний, чем предлагается национальным законодательством принимающей страны. Соглашения об избежании двойного налогообложения между государствами направлены на то, чтобы согласовать национальное законодательство с помощью договоров сторон в отношении налогообложения доходов и прибылей при инвестировании частного капитала в других странах и таким образом избежать двойного обложения инвестиций.¹⁵⁹ По состоянию на 1 июня 2010 г. в мире насчитывалось 2756 ДИД и 2927 ДИДН.¹⁶⁰ Россия участвует в 71 международном договоре по защите инвестиций¹⁶¹ и 82 соглашениях об избежании двойного налогообложения.¹⁶² Кроме того, существенное значение имеют и договоры о сотрудничестве в отраслях топливно-энергетического комплекса, предусматривающие кооперацию в области разведки, добычи, транспортировки, переработки, очистки, хранения, продажи, и использования природного газа. Подобные соглашения были заключены Россией, в частности, с Венесуэлой, Грецией, Саудовской Аравией, Туркменистаном, Турцией, Украиной, Швецией.

Международные источники инвестиционного китайского права представлены 86 двусторонними договорами об иностранных инвестициях, в том числе с Россией,¹⁶³ содержащими более либеральные по сравнению с национальным правом правила поощрения и защиты капиталовложений.¹⁶⁴ Как правило, они действуют на всей территории государства. Однако все двусторонние договоры КНР о поощрении и защите капиталовложений не применяются к специальным административным районам (САР) Сянган и Аомынь. Для регулирования иностранных инвестиций САР от своего имени заключают двусторонние договоры о поощрении и защите капиталовложений с иностранными государствами (в частности, у Сянгана их 15).¹⁶⁵

¹⁵⁹ Там же. С. 67.

¹⁶⁰ World Investment Report 2010. UNCTAD, 2010, P. 82.

¹⁶¹ Список действующих международных договоров Российской Федерации о поощрении и взаимной защите капиталовложений // <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=LAW;n=126895> (дата обращения: 22 июня 2012 г.).

¹⁶² Список действующих международных договоров Российской Федерации об избежании двойного налогообложения // <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=LAW;n=63276;div=LAW;mb=LAW;opt=1;ts=A9F3C5846815F6F5E039BEE5BE7DE328> (дата обращения: 22 июня 2012 г.).

¹⁶³ См., напр., соглашения между Правительством РФ и Правительством КНР «О поощрении и взаимной защите инвестиций» от 9 октября 2006 г. (http://www.ved.gov.ru/exportcountries/cn/about_cn/laws_ved_cn/?action=showproduct&id=722&parent=0&start=1) и от 27 мая 1994 «Об избежании двойного налогообложения и предотвращении уклонения от налогообложения в отношении налогов на доходы» (<http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=LAW;n=63276>; дата обращения: 22 октября 2012 г.).

¹⁶⁴ У Цюаньлэй. Проблемы соотношения международно-правового и национального регулирования иностранных инвестиций в КНР: Публично-правовой аспект. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Казань, 2008. С. 2.

¹⁶⁵ Там же. С. 15.

Следует отметить, что механизм имплементации международных норм в КНР несовершенен. Не зафиксировано общих способов разрешения коллизий. В Законе «О процедурах заключения соглашений» не содержится положений о приоритете в применении норм международного договора перед нормами национального закона и о возможности прямого действия норм международного договора на территории Китая.¹⁶⁶

Международно-правовое регулирование инвестиций, торговли и транзита осуществляется и многосторонними договорами. РФ, в отличие от Китая,¹⁶⁷ лишь подписала, но не ратифицировала Вашингтонскую конвенцию от 18 марта 1965 г. «Об урегулировании инвестиционных споров между государствами и национальными физическими и юридическими лицами», предусматривающую учреждение Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (ИКСИД). Однако в соответствии с Дополнительным протоколом 1979 г. ИКСИД компетентен урегулировать спор и в том случае, если одна из сторон в споре — государство или государство стороны в споре (инвестора) — не является участником Конвенции.

Следующим по важности источником международного инвестиционного права выступает Сеульская конвенция 1985 г. «Об учреждении Многостороннего агентства по гарантиям инвестиций» (МИГА). Россия является полноправной участницей Конвенции с 29 декабря 1992 г., а Китай с 30 апреля 1988 г. Основной задачей МИГА является всемерное поощрение иностранного инвестирования в странах — участницах Конвенции и оказание содействия по привлечению инвестиций в развивающиеся страны. Это дополнительно обеспечивает деятельность Международного банка реконструкции и развития, Международной финансовой корпорации и других международных финансовых учреждений.

В августе 2012 г. РФ, как и КНР с 2002 г., стала полноправным членом Всемирной торговой организации, что может значительно повлиять на инвестиционный климат страны. Однако до сих пор остается не вполне разрешенным вопрос, в какой степени основополагающие документы Генерального соглашения по тарифам и торговле (ГАТТ), Генерального соглашения по торговле услугами (ГАТС) и Соглашения об инвестиционных мерах торгового характера (ТРИМС) 1994 г. распространяются на торговлю и добычу природного газа. Дело в том, что в 1940-х годах, во время обсуждения ГАТТ, большинство месторождений нефти и газа находились под контролем американских, британских, голландских и французских компаний. Чтобы избежать сложных переговоров в отношении энергоресурсов, они просто не включили их в предмет соглашения.¹⁶⁸ Это же касается и стран-производителей: в 1960 г., когда была создана ОПЕК, ни один из ее членов (Венесуэла, Ирак, Иран, Кувейт, Саудовская Аравия) не являлся участником

¹⁶⁶ Там же. С. 20.

¹⁶⁷ Китай является полноправным участником Конвенции 1965 г. «О порядке разрешения инвестиционных споров» с 6 февраля 1993 г.

¹⁶⁸ *Shih W.-C.* Energy Security, GATT/WTO and Regional Agreements // *National Resources Journal*. Vol. 49. 2009. P. 439.

ГАТТ.¹⁶⁹ Необходимость проведения очередного раунда переговоров ВТО в отношении газа и нефти неоднократно обсуждалась,¹⁷⁰ но многие страны не готовы к правовому урегулированию данной сферы отношений, так как воздерживаются от обязательств в столь чувствительной сфере и не могут отказаться от использования данного ресурса в качестве инструмента политического давления.

Вместе с тем, в тексте Соглашения ТРИМС устанавливаются минимальные условия для реальной защиты иностранных инвестиций, например, запрет ограничения доступа предприятия к иностранной валюте, ограничения права иностранных инвесторов на вывоз доходов от инвестиций, количественных ограничений и др. В результате изменений, внесенных в законодательство Китая на основе ТРИМС, предприятия с иностранными инвестициями получили право закупать сырье, топливо и другие материалы как в КНР, так и за рубежом. Ранее в законодательстве было предусмотрено требование к предприятиям иностранного капитала об обязательности экспорта всей или большей части произведенной ими продукции — после вступления в ВТО «обязанность» была заменена «поощрением» от государства.¹⁷¹

В результате того, что в рамках ВТО государствам не удалось в полной мере урегулировать инвестиционные отношения в сфере энергетики, данные попытки были предприняты на региональном уровне, например, в рамках ЕС, НАФТА, АСЕАН,¹⁷² а также путем заключения отраслевого международного многостороннего инвестиционного акта. Таковым стал Договор к Европейской энергетической хартии (ДЭХ), подписанный 17 декабря 1994 г. в Лиссабоне, вступивший в силу в апреле 1998 г.¹⁷³ Данный акт некоторые ученые оценивают как наиболее значимый международный договор по защите инвестиции в области энергетики.¹⁷⁴ По мнению профессора Т. Вальде, защита, представляемая ДЭХ, является самой широкой по сравнению с ДИД и даже гл. XI НАФТА.¹⁷⁵

¹⁶⁹ *Desta M.G.* OPEC and the WTO: Petroleum as a Fuel for Cooperation in International Relations (2004) // <http://www.mees.com/postedarticles/oped/a47n10d01.htm> (дата обращения: 22 июня 2012 г.). — См.: также: *Desta M.G.* OPEC, the WTO, Regionalism and Unilateralism. *Journal of World Trade*. Vol. 37. 2003. P. 43.

¹⁷⁰ *Champion M., Reppert-Bismark J.* Politics & Economics: EU Trade Chief Poses WTO Rules in Energy Sector. *Wall Street Journal*, 23 июня 2006. Note 4.

¹⁷¹ У Цюаньлэй. Проблемы соотношения международно-правового и национального регулирования иностранных инвестиций в КНР... С. 16.

¹⁷² Важную роль в развитии инвестиций в КНР имеет режим Зоны свободной торговли САФТА, созданный на основе договоров Китая с АСЕАН от 4 ноября 2002 г. Участники приняли на себя обязательство проводить постепенную либерализацию инвестиционной системы посредством переговоров, укреплять сотрудничество в инвестиционной сфере, создавать удобные условия для инвестиций, а также повышать прозрачность законов и других нормативных актов, регулирующих отношения в данной области, а также предоставлять защиту инвестиций.

¹⁷³ Договор к Европейской энергетической хартии от 17 декабря 1994 г. // http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/RU.pdf (дата обращения: 22 июня 2012 г.).

¹⁷⁴ *Blyschak P.M.* Yukos Universal v. Russia: Shell Companies and Treaty Shopping in International Energy Disputes // *Richmond Journal of Global Law & Business*. Vol. 10. 2011. P. 209.

¹⁷⁵ *Walde T.W., Hober K.* The First Energy Charter Treaty Award // *Le contentieux arbitral transnational relative l'investissement*. Paris, 2006. P. 309.

К сегодняшнему дню ДЭХ подписали 51 государство Европы и Азии,¹⁷⁶ а также ЕС и Евратом, 46 из которых ратифицировали Договор, включая все государства ЕС. КНР с 17 декабря 2001 г. получила статус наблюдателя при Конференции по Энергетической хартии. Из пяти государств, подписавших, но не ратифицировавших акт (Австралия, Беларусь, Исландия, Норвегия, Россия), Россия применяла его на временной основе до октября 2009 г.¹⁷⁷ Следует иметь в виду, что стороны, выходящие из договора, обязуются осуществлять защиту действующих инвесторов в течение 20 лет на тех же условиях, как если бы принимающее государство по-прежнему являлось стороной ДЭХ (п/п. b п. 3 ст. 45). В качестве альтернативы представители российской стороны предложили принятие нового акта. 21 апреля 2009 г. на официальном сайте Президента России был размещен «Концептуальный подход к новой правовой базе международного сотрудничества в сфере энергетики»,¹⁷⁸ предполагающий принятие нового универсального международного договора в данной сфере.¹⁷⁹ Однако официальные представители ЕС и отдельные его члены заявили, что отказ от Договора к Энергетической хартии, ставшей уже частью национальных правовых систем более чем 40 государств и международного права в целом, невозможен. Поэтому более вероятным является сценарий, при котором российская инициатива от 21 апреля 2009 г. была бы реализована путем внесения поправок в ДЭХ. 24 ноября 2012 г. Конференция Энергетической хартии приняла дорожную карту «Модернизация Энергетической хартии»,¹⁸⁰ в которой признается необходимость адаптировать Хартию к изменяющимся условиям, в том числе с учетом инициативы российского Президента.

Помимо международного права и Конституции источником инвестиционного права является национальное законодательство. В России это в первую очередь Гражданский кодекс РФ от 30 ноября 1994 г., напрямую, правда, не регулирующий инвестиционную деятельность в нефтегазовом комплексе. Однако в данном акте устанавливаются формы осуществления предпринимательской деятельности на территории РФ, также как, впрочем, и в

¹⁷⁶ Таким образом, договор, несмотря на название, перестал быть региональным и является универсальным.

¹⁷⁷ Выход обоснован неэффективностью ДЭХ. В частности, в ходе российско-украинского газового кризиса в январе 2009 г не было адекватной оценки нарушений Украиной транзитных положений ДЭХ со стороны ЕС и входящих в его состав государств; кроме того руководство Секретариата Энергетической хартии бездействовало до и в ходе газового конфликта. Однако, возможно, были и другие причины выхода РФ, например, рассмотрение дел в отношении активов ОАО «Юкос» в международных арбитражах.

¹⁷⁸ Концептуальный подход к новой правовой базе международного сотрудничества в сфере энергетики // <http://news.kremlin.ru/news/3812/print> (дата обращения: 22 июня 2012 г.).

¹⁷⁹ Подробнее см.: *Belyi A., Nappert S., Pogoretskyi V.* Modernizing the energy charter process? The energy charter conference road map and the russian draft convention on energy security // [http://www.hse.ru/data/2011/03/22/1211145801/ogel\(2011\)-article009.pdf](http://www.hse.ru/data/2011/03/22/1211145801/ogel(2011)-article009.pdf) (дата обращения: 22 июня 2012 г.).

¹⁸⁰ Road Map for the Modernization of the Energy Charter Process 24 November 2010 // http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/Road_Map_ENG.pdf (дата обращения: 22 июня 2012 г.).

федеральных законах от 26 декабря 1995 г. «Об акционерных обществах», от 8 февраля 1998 г. «Об обществах с ограниченной ответственностью» и от 8 августа 2001 г. «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей». Система налогов и сборов, взимаемых в бюджет при ведении деятельности иностранными инвесторами на территории Российской Федерации, устанавливается Налоговым кодексом РФ от 1 января 1999 г. Среди кодифицированных актов, применяемых к иностранным инвесторам, следует упомянуть Кодекс РФ об административных правонарушениях от 30 декабря 2001 г. Специальное законодательство представлено федеральными законами от 21 февраля 1992 г. «О недрах», от 30 декабря 1995 г. «О соглашениях о разделе продукции», от 25 февраля 1999 г. «Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений», от 5 марта 1999 г. «О защите прав и законных интересов инвесторов на рынке ценных бумаг», от 31 марта 1999 г. «О газоснабжении в РФ», от 9 июля 1999 г. «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации», от 29 ноября 2011 г. «Об инвестиционных фондах» и др. Кроме того, инвестиционные отношения в энергетике урегулированы федеральными законами от 17 августа 1995 г. «О естественных монополиях», от 10 января 2002 г. «Об охране окружающей среды», от 23 ноября 2009 г. «Об энергосбережении и о повышении энергетической эффективности и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» и др.

Отличительной чертой российского инвестиционного права является то, что законы, как правило, вступают с момента их опубликования, часто юридические нормы имеют обратную силу, в результате чего инвесторы не могут рассчитывать на стабильность условий их деятельности. Однако отметим, что в значительной степени данный факт объясняется тем, что Россия находится в стадии непрерывного реформирования.¹⁸¹

В КНР законодательство также характеризуется изменчивостью, и недостатком системности. Несмотря на более чем 30-летнюю историю развития законодательства об иностранных инвестициях, до сих пор в Китае в данной сфере не выработано единого закона.¹⁸² В настоящее время в КНР действует свыше двухсот нормативных актов, определяющих различные аспекты отношений с иностранными инвесторами. Основам деятельности иностранных компаний и компаний с иностранным капиталом посвящены законы КНР от 1 июля 1979 г. «О совместных китайско-иностраннных компаниях», от 1 июля 1985 г. «О международных контрактах, имеющих значение для иностранных интересов КНР», от 12 апреля 1986 г. «О компаниях с иностранным капиталом», от 13 апреля 1988 г. «О китайско-иностраннных совместном предприятии», а также постановления Государственного Совета КНР от 24 мая 1985 г. «Об упорядочивании контрактов по привлечению технологий» и от 11 октября 1986 г. «О поощрении иностранных инвестиций».

¹⁸¹ Modalités juridiques et fiscales des investissements français en fédération de Russie // Petites affiches. 25.8.2010. N°169. P. 6.

¹⁸² Существует лишь проект единого Энергетического закона, обсуждаемый с 2007 г.

Налоговые отношения регулируются законами КНР от 9 апреля 1991 г. «О подоходном налоге КНР в отношении компаний с иностранными инвестициями и иностранных компаний», от 4 сентября 1994 г. «О контроле налогообложения», Временным постановлением от 9 апреля 1991 г. «О налоге на добавленную стоимость и налоге на доходы», Постановлением Государственного Совета КНР от 25 декабря 1993 г. «О налогах на ресурсы», Законом КНР «О подоходном налоге» и др.; взимание таможенных сборов — Законом КНР от 22 января 1987 г. «О таможенных сборах». Валютное регулирование осуществляется от 1 августа 1983 г. «Правилами осуществления обменных валютных операций с участием компаний с иностранным капиталом, заморским капиталом КНР и китайско-иностранными совместными предприятиями».

Специальное законодательство в данной сфере представлено Положением Государственного Совета КНР от 11 октября 1986 г. «О поощрении иностранных инвестиций», в сфере недропользования — принятым после семилетней разработки Законом КНР от 19 марта 1986 г. «О минеральных ресурсах» (с изменениями от 29 августа 1996 г.). Целью акта является поощрение разведки, добычи, защиты природных ресурсов. 26 марта 1994 г. Государственный Совет КНР принял Постановление «О правилах реализации Закона КНР “О природных ресурсах”». В дополнение 12 февраля 1998 г. в связи с внесением изменений в закон были приняты еще три подобных постановления.

Помимо указанных актов, основой правового регулирования отрасли являются еще два акта: постановления Государственного Совета КНР от 30 января 1982 г. «Использование нефтяных ресурсов на континентальном шельфе с участием иностранных инвесторов» и от 7 октября 1993 г. «Использование материковых нефтяных ресурсов с участием иностранных инвесторов».¹⁸³

Защита окружающей среды осуществляется на основе Закона от 26 декабря 1989 г. «О защите окружающей среды», Временного постановления Государственного совета КНР от 4 марта 1986 г. «О контроле за состоянием окружающей среды в экономических зонах, открытых для иностранцев». В 1993 г. Государственное агентство по защите окружающей среды КНР приняло «Положения об осуществлении защиты окружающей среды в отношении иностранных инвестиций». Кроме того, активное регулирование в данной сфере осуществляет Министерство земли и ресурсов.¹⁸⁴

Помимо центральных органов регулирование осуществляют еще и местные органы,¹⁸⁵ обладающие как законодательными, так и исполнительными полномочиями в данной сфере (ст. 62, 89, 100 Конституции КНР).

Характеризуя акты, регулирующие иностранные инвестиции в Китае, следует отметить, что они принимались в разное время, на разных уровнях и

¹⁸³ Действие этих актов распространяются также и на добычу природного газа.

¹⁸⁴ До 1999 г. называлось Министерством геологии и природных ресурсов.

¹⁸⁵ Объем полномочий варьируется в зависимости от статуса местного органа.

зачастую противоречат друг другу. Некоторые из них устарели и не отражают произошедших в мире и китайском обществе перемен. Многие положения китайских законов не соответствуют требованиям международных документов, в которых участвует КНР. Так что китайское законодательство в сфере иностранных инвестиций нуждается в совершенствовании, приведении в соответствие с международными обязательствами государства.¹⁸⁶ Кроме того, действуют «скрытые правовые акты». Они не опубликованы, о них осведомлены лишь сотрудники государственных органов.¹⁸⁷

Основные понятийные категории инвестиционного права

Понятие «инвестиции». В Федеральном законе «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» инвестиции определяются как вложение иностранного капитала в объект предпринимательской деятельности на территории Российской Федерации в виде объектов гражданских прав, принадлежащих иностранному инвестору, если такие объекты не изъяты из оборота или не ограничены в обороте в Российской Федерации, в том числе денег, ценных бумаг (в иностранной валюте и валюте РФ), иного имущества, имущественных прав, имеющих денежную оценку исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности (интеллектуальную собственность), а также услуг и информации (ст. 2). В Типовом соглашении «О поощрении и взаимной защите капиталовложений» более подробным образом перечисляются объекты, относимые к инвестициям: движимое и недвижимое имущество; акции, вклады и другие формы участия в капитале коммерческих организаций; право требования по денежным средствам, вложенным для создания экономических ценностей, или по договорам, имеющим экономическую ценность и связанным с капиталовложениями; исключительные права на объекты интеллектуальной собственности (авторские права, патенты, промышленные образцы, модели, товарные знаки или знаки обслуживания, технологию, информацию, имеющую коммерческую ценность, и ноу-хау); права на осуществление предпринимательской деятельности, предоставляемые на основе закона или договора, включая, в частности, связанные с разведкой, разработкой, добычей и эксплуатацией природных ресурсов (ст. 1).

В КНР определения понятия «инвестиции» содержатся в различных нормативно-правовых актах, например, в ст. 8 Закона КНР «О контрактных совместных предприятиях китайского и иностранного капитала» и ст. 5 Закона КНР «О паевых совместных предприятиях китайского и иностранного капитала», а также в Законе КНР «О предприятиях иностранного капитала». Законодательством Китая разрешается инвесторам вкладывать в качестве инвестиций только собственное имущество. При этом перечень объектов иностранных инвестиций, разрешенных законодательством континентального Китая, достаточно узок. В связи с этим принципиальное значение имеют соответствующие положения международных договоров. Категория

¹⁸⁶ У Цюаньлэй. Проблемы соотношения международно-правового и национального регулирования иностранных инвестиций в КНР... С. 4.

¹⁸⁷ Там же. С. 21.

инвестиции в двусторонних договорах КНР охватывает практически все объекты имущественных ценностей: движимое и недвижимое имущество, акции, права на интеллектуальную собственность,¹⁸⁸ обязательственные права, право особого разрешения¹⁸⁹ и др. Предметом инвестиций могут выступать ссуды (соглашения с Аргентиной, Кувейтом и ОАЭ), арендованное имущество (соглашения с Грецией и Португалией), широкий спектр валют, нежели предусмотрено китайским законодательством.¹⁹⁰

Следует обратить внимание, в том числе и законодателя, что в ДЭХ понятие инвестиции определено очень широко. К ним относятся вложения инвестора в форме любых активов, связанные с хозяйственной деятельностью в энергетическом секторе, которая включает разведку, добычу, переработку, производство, хранение, транспортировку по суше, передачу, распределение, торговлю, маркетинг или продажу энергетических материалов и продуктов. Так, под определение инвестиции подпадают «все виды активов, находящихся в собственности или контролируемых прямо или косвенно инвестором», включая движимое и недвижимое имущество; компании и акции; права требования по денежным средствам и контрактам; интеллектуальную собственность; доходы от инвестиций; права, вытекающие из закона, лицензий, разрешений (п. 6 ст. 1). Примечательно, что под инвестициями понимаются не только вложения в объекты предпринимательской деятельности, но и сами компании, учреждаемые инвесторами. Эта деталь отличает ДЭХ от традиционных двусторонних инвестиционных договоров, заключаемых РФ и Китаем, и положений российского и китайского права об иностранных инвестициях.

Из такого широкого определения инвестиций следует, что практически любое вложение иностранного инвестора в энергетический сектор, вне зависимости от его размера, срока и цели, подпадает под защиту ДЭХ. В то же время современная практика идет по пути ограничения определения «инвестиции», для того чтобы защита не распространялась на краткосрочные кредиты и портфельные вложения. Таким образом, в качестве ограничителей используются критерии долгосрочности и цели инвестиции. В связи с этим представляется целесообразным в Федеральном законе «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации», как и в китайском законодательстве, указать, какие ценности не признаются иностранными инвестициями (например, нецелевые государственные займы, краткосрочные коммерческие кредиты).

¹⁸⁸ В КНР нет специального закона, посвященного интеллектуальной собственности. «Общие положения гражданского права» недостаточно регулируют эти отношения, а число объектов интеллектуальной собственности в «Общих положениях» меньше, чем в международных договорах КНР.

¹⁸⁹ «Право особого разрешения», как особый объект инвестиций, предусмотрено в большинстве двусторонних соглашений КНР. В документах оно может быть сформулировано как «право, которое установлено законом или контрактом» либо как «право, которое установлено контрактом на экономическую деятельность на основе закона».

¹⁹⁰ У Цюаньлэй. Проблемы соотношения международно-правового и национального регулирования иностранных инвестиций в КНР... С. 14.

Понятие «иностранный инвестор». Определение круга лиц, признаваемых иностранными инвесторами, также имеет важное практическое значение в правовом регулировании иностранных инвестиций. В российском законодательстве, а именно в Федеральном законе «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации», перечислен круг возможных иностранных инвесторов: иностранное юридическое лицо,¹⁹¹ иностранная организация, не являющаяся юридическим лицом, иностранный гражданин и лицо без гражданства, постоянно проживающее за рубежом, а также международные организации и иностранные государства (ст. 2). Примерно такой же подход реализован и в китайском праве. Исходя из содержания ст. 1 Закона КНР «О предприятиях иностранного капитала», Закона КНР «О паевых совместных предприятиях китайского и иностранного капитала» можно сделать вывод, что под иностранным инвестором понимается иностранная компания, хозяйственная организация, предприятие или частные лица.

Таким образом, в законодательстве обеих стран отсутствует само понятие иностранного инвестора и лишь очерчен круг лиц, которые могут выступать в этом качестве. В связи с этим представляется целесообразным внести соответствующие изменения в законы, определив в качестве главного критерия зарубежное происхождение инвестиций, а не иностранное происхождение инвестора, а также включить положение, согласно которому иностранным инвестором могло бы быть признанным любое лицо, вложившее имущество в экономику.¹⁹² В международных договорах России и Китая, в том числе в Соглашении между Правительством РФ и Правительством Китая от 9 ноября 2006 г. «О поощрении и взаимной защите капиталовложений», содержится схожий с национальным законодательством сторон подход к данному определению. Под инвестором понимается любое физическое лицо, являющееся гражданином государства, и любое юридическое лицо, созданное или учрежденное в соответствии с законами и иными нормативными правовыми актами РФ или Китая, имеющее свое местонахождение на их территории (ст. 1). Однако в договорах с отдельными странами встречаются отступления от этих дефиниций. Например, в соглашениях РФ с Австрией, Бельгией, Люксембургом, США, Францией делается акцент на том, что данные субъекты должны быть правомочными в соответствии с законодательством своей страны осуществлять инвестиционную деятельность на территории другой договаривающейся стороны. В Договоре РФ с ФРГ круг физических лиц — инвесторов значительно расширен: к ним относится любое лицо с постоянным местом жительства в соответствующей сфере действия Договора, правомочное осуществлять капиталовложения (ст. 1).

¹⁹¹ Некоторые специалисты, полагают, что следует использовать теорию контроля. Если контроль над российским предприятием осуществляет иностранное юридическое лицо (предприятие), то оно в целях регулирования иностранных инвестиций может быть отнесено к числу «иностранного инвестора».

¹⁹² *Землячева Е.А.* Государственно-правовое регулирование инвестиционной деятельности в топливно-энергетическом комплексе российской федерации. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2008. С. 9.

В ДЭХ понятие инвестора формулируется очень широко, в него включаются физические лица, имеющие гражданство или подданство этого государства-участника или постоянно проживающее в нем в соответствии с его применимым законодательством; компании или другие организации, учрежденные в соответствии с законодательством этой страны (п. 7 ст. 1 ДЭХ). Такой подход позволяет инвесторам из третьих стран воспользоваться преимуществами ДЭХ посредством создания компаний на территории одной из договаривающихся сторон. Во избежание подобных злоупотреблений устанавливается право принимающей стороны «отказывать в преимуществах»,¹⁹³ установленных Договором, юридическим лицам, если такое юридическое лицо принадлежит гражданам или подданным третьего государства или контролируется ими и если это юридическое лицо не ведет существенной деловой деятельности на территории той договаривающейся стороны, на которой оно создано, а также инвесторам из третьего государства, с которым или в отношении которого отказывающаяся договаривающаяся сторона не поддерживает дипломатических отношений или принимает меры, запрещающие сделки с инвесторами такого государства или меры, которые оказались бы нарушенными, если бы преимущества были предоставлены (ст. 17).

Следует отметить, что в отношении данной статьи существует достаточно богатая правоприменительная практика: *Plama Consortium Ltd (Кипр) против Болгарии* (ICSID № ARB/03/24), *Petrobart Ltd (Гибралтар) против Киргизии* (Arbitration Institute of the SCC, № 126/2003), *Amto (Латвия) против Украины* (Arbitration Institute of the SCC № 080/2005), три дела *Yukos — Yukos Universal Ltd (остров Мэн) против Российской Федерации*, *Hulley Enterprises Ltd (Кипр) против Российской Федерации*, и *Veteran Petroleum Trust (Кипр) против Российской Федерации* (Ad hoc UNCITRAL Arbitration Rules № AA 227).

В делах ОАО «Юкос» Международный коммерческий арбитраж при ТПП Стокгольма указал, что Российское государство не вправе отказывать в преимуществах ДЭХ на том условии, что собственниками компании были граждане РФ (§ 63). В решении *Amto* Суд оценил понятие «существенная деловая деятельность». В данном деле достаточно было того, что компании принадлежала недвижимость в Латвии и в ней работали на постоянной основе хотя бы небольшое количество сотрудников-резидентов (§ 69). В деле *Plama* (§ 159–165), как и в решении *Yukos* (§ 406–407, 455–457), Суд отметил, что право государства по отказу в преимуществах должно осуществляться активно (необходима публикация или нотификация, в том числе общего характера, чтобы инвестор мог сделать вывод о том, что на него не распространяются гарантии, установленные в ДЭХ) и оно не имеет ретроспективного действия.¹⁹⁴

¹⁹³ Подробнее см.: *Mistelis L. A., Baltag C.M. Denial of Benefits and Article 17 of the Energy Charter Treaty // Penn State Law Review. Vol. 113:4. 2009. P. 1302.*

¹⁹⁴ Подробнее см.: *Poulain B. Traité sur la Charte de l'énergie. Premières applications par les tribunaux arbitraux // Les Cahiers de l'Arbitrage, Vol. III. Juillet, 2006, P. 132–138.*

Представляется, что положения ДЭХ и данная судебная практика могут быть также учтены при внесении изменений в российской или китайское инвестиционное законодательство.

Правовой режим иностранных инвестиций. Традиционным — как для российского, так и для китайского инвестиционного права — является предоставление справедливого и равноправного режима,¹⁹⁵ являющегося общепринятым обычаем в международном праве. Как следствие, возникают сложности с установлением его конкретного содержания. Однако неоспоримо, что оно включает в себя принцип недискриминации, обязанность государства-капиталополучателя защищать иностранную собственность. Положения о действии данного режима содержатся в большинстве двусторонних договоров РФ и Китая. Отметим, что профессор Г.М. Вельяминов, комментируя соответствующую статью ДЭХ (п. 1 ст. 10), писал, что «нет ничего, по сути, более подверженного несправедливым толкованиям, чем некие абстрактные юридически расплывчатые «справедливость и равный режим».¹⁹⁶ Неудивительно, что, например, в китайском законодательстве по-прежнему присутствуют нормы, противоречащие данным требованиям.¹⁹⁷

От справедливого и равноправного режима следует отличать режим наибольшего благоприятствования, состоящий в праве требовать льготных, привилегированных условий, предоставляемых или подлежащих предоставлению принимающим государством любому третьему государству. На установление данного режима указывается в большинстве двусторонних договоров Российской Федерации и Китайской Народной Республики. В тексте соглашений также нередко предусматриваются изъятия, которые допускаются при его предоставлении. Так, данный режим может быть условным и безусловным, т. е. применяться автоматически и не требовать соблюдения принципа взаимности. Кроме того, к ограничениям относятся преференции, связанные с созданием общего рынка, таможенного союза¹⁹⁸ и др. Из-под действия клаузулы исключаются положения относительно преимуществ в налоговой сфере и в области защиты интеллектуальной собственности. Сами страны могут ограничить действие клаузулы определенными сферами. Причем, если ранее, например, США указывали список сфер, на которые не распространяется принцип (Типовой ДИД 1994 г.), то начиная с 2004 г. указывают меры, на которые не распространяется принцип.¹⁹⁹ В то же время ИКСИД пытается распространить применение клаузы на все большее число сфер, в том числе на процессуальную, на право обращения в ИКСИД: *Maffezini против Испании* 2000 г. (ARB/97/7), *Siemens против Аргентины* 2004 г.

¹⁹⁵ Кроме того, в международно-правовой практике используется термин «режим абсолютного стандарта» или «международного минимального стандарта».

¹⁹⁶ Вельяминов Г.М. *Международное экономическое право и процесс*. М., 2004. С. 360.

¹⁹⁷ У Цюаньлэй. Проблемы соотношения международно-правового и национального регулирования иностранных инвестиций в КНР... С. 21.

¹⁹⁸ Это исключение под названием «исключения для экономических образований» включается в ДИД ФРГ.

¹⁹⁹ Labidi H. *Ou va la clause de la nation la plus favorisée en droit international des investissements? // Colloque: «Ou va le droit de l'investissement?»*, 3 et 4 mars 2006. Pairs, 2007. P. 38.

(ARB/07/17), *Тестмед против Мексики* (ARB/00/2).²⁰⁰ В связи с обилием и отчасти непредсказуемостью практики применения данного принципа в процессуальной сфере, государства должны быть внимательнее при составлении соответствующих положений договоров или же им необходимо полностью отказаться от этого режима в отношении споров и признать юрисдикцию ИКСИД.²⁰¹

Помимо вышеназванных режимов в теории и практике международного инвестиционного права выделяется национальный режим, характеризующийся тем, что иностранные юридические или физические лица пользуются теми же юридическими преимуществами, как и национальные юридические и физические лица. Учитывая интерес российского государства в привлечении инвестиций, не удивительно, что в Федеральном законе «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации»²⁰² также устанавливается национальный режим (п. 1 ст. 4). Эта практика нашла отражения и во многих ДИД РФ. Однако нередко в соглашениях имеется оговорка, что такого рода режим предоставляется «по мере возможности и в соответствии со своим законодательством (ст. 5 Соглашения РФ с Испанией) или о том, что «каждая из Договаривающихся Сторон оставляет за собой право устанавливать или сохранять в соответствии со своим действующим законодательством изъятия из национального режима» (п. 3 ст. 3 Соглашения СССР с Южной Кореей).

В китайском праве об иностранных инвестициях не закреплено правило о национальном режиме, более того в сфере добычи природного газа в законодательстве Китая устанавливается специальный правовой режим²⁰³ иностранных инвестиций, имеющий, однако, не только ограничительный, но и поощрительный характер (особенно в случаях привлечения новых технологий: ст. 3 Закона «О компаниях с иностранным капиталом»). При этом преобладают акты, имеющие поощрительный характер, что соответствует курсу на активное привлечение иностранных компаний с учетом требования обеспечения экономических интересов, национальной безопасности и концепции «взаимовыгодности». Что касается международных договоров, то в начале XXI в. лишь 12 % двусторонних соглашений КНР предоставляли национальный режим, и даже в тех договорах, в которых он предусмотрен, его положения обычно дополняются элементами режима наибольшего благоприятствования.²⁰⁴

Доступ иностранных инвестиций и правовые формы их осуществления в газодобывающей отрасли. В РФ действует так называемый явочно-нормативный порядок для отечественных и иностранных инвестиций (в силу установленного национального режима), согласно которому предварительного разрешения для допуска не требуется. Однако все же следует

²⁰⁰ *Op. cit.* P. 39.

²⁰¹ *Op. cit.* P. 44.

²⁰² Федеральный закон от 9 июля 1999 г. № 160-ФЗ «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» // СЗ РФ. 1999. № 28. Ст. 3493 (в ред. ФЗ от 6 декабря 2011 г. № 409-ФЗ).

²⁰³ Деятельность иностранных компаний регулируется в отдельных актах.

²⁰⁴ *Юншэн Ван.* Особенности правового положения иностранных лиц — субъектов горного права в Китайской Народной Республике. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006. С. 13.

отметить недостаток необходимых правовых норм национального законодательства, регулирующих условия допуска иностранного инвестора, процедуру оформления начала инвестиционной деятельности, прав и обязанностей вкладчика, его ответственности в случае нарушения действующего инвестиционного законодательства.²⁰⁵ В таких условиях принципиальное значение имеют международные двусторонние соглашения, непосредственно регулирующие проблемы допуска иностранных инвестиций. В тексте подобных актов устанавливается, что каждая договаривающаяся сторона допускает иностранные инвестиции в соответствии со своим законодательством (п. 1 ст. 2 Типового проекта Правительства Российской Федерации о заключении двусторонних соглашений о поощрении и защите зарубежных капиталовложений 2001 г.²⁰⁶). В ДИД, как правило, устанавливается «справедливый режим» (п. 1 ст. 3), «режим, обеспечивающий полную защиту инвестиций» (п. 2 ст. 2). При этом режим должен быть не менее благоприятным, чем режим, который предоставляется капиталовложениям собственных инвесторов (национальный режим) или инвесторов любого третьего государства (режим наибольшего благоприятствования), в зависимости от того, какой из них, по мнению инвестора, является более благоприятным (п. 2 ст. 3). Между тем у РФ с некоторыми странами заключены ДИД, предусматривающие лишь режим наибольшего благоприятствования (ДИД РФ с Великобританией, Испанией, Италией, Китаем, Нидерландами, Францией, ФРГ и др.).

Особо необходимо отметить гарантии, устанавливаемые ДЭХ. В частности, государства обязуются поощрять и создавать «стабильные, равноправные, благоприятные и гласные условия» иностранным инвесторам для осуществления инвестиций (п. 1 ст. 10), «стремятся предоставлять» иностранному инвестору недискриминационный доступ к своему внутреннему рынку, не вводя новых ограничений для иностранных инвесторов в отношении новых инвестиций (так называемое правило «стэнд-стилл» — п/п. «а» п. 5 ст. 10) и постепенно устраняя существующие ограничения (так называемое правило «ролл-бэк» — п/п. «б» п. 5 ст. 10). Введение данных правил отражает международную практику последовательного смягчения/устранения ограничений для прямых иностранных инвестиций, существующую, как минимум, последние 20 лет. Кроме того, государства «стремятся» распространить национальный режим инвестиций или режим наибольшего благоприятствования (в зависимости от того, какой из них является наиболее благоприятным) на физических и юридических лиц других государств, подписавших ДЭХ, которые осуществляют инвестиции в энергетическом секторе (п. 2 ст. 10). Формулировка «стремятся» вызвана следующим

²⁰⁵ Фархутдинов И.З. Доступ и защита иностранных инвестиций в международном праве в международном праве // <http://www.lawmix.ru/comm/1786/> (дата обращения: 22 июня 2012 г.).

²⁰⁶ Постановление Правительства РФ от 9 июня 2001 г. № 456 «О заключении соглашений между Правительством Российской Федерации и правительствами иностранных государств о поощрении и взаимной защите капиталовложений» // СЗ РФ. 2001. № 25. Ст. 2578 (с изм. от 11 апреля 2002 г., 17 декабря 2010 г.).

обстоятельством: в преамбуле ДЭХ предусматривается, что «национальный режим и режим наиболее благоприятствуемой нации будут применяться к осуществлению инвестиций в соответствии с дополнительным договором», переговоры по которому начались в 1996 г., но были приостановлены в 2002 г. (в ожидании прогресса по выработке международного инвестиционного соглашения в рамках ВТО). Кроме того, договаривающиеся стороны приняли на себя обязательства содействовать доступу к энергетическим ресурсам путем недискриминационного распределения на основе опубликованных критериев, разрешений, лицензий, концессий и контрактов на поиск и разведку энергетических ресурсов или на их эксплуатацию или добычу (п. 4 ст. 18). И все же на практике большинство государств (РФ, страны ЕС) поддерживает и вводит новые ограничения доступа иностранных инвесторов, т. е. фактически не соблюдают предынвестиционные нормы ДЭХ.

Следует отметить, что национальный режим, предусмотренный международными и национальными актами все же не имеет абсолютного характера. Российским законодательством предусматривается возможность принятия норм о привилегиях и ограничениях²⁰⁷ иностранных инвестиций (п. 2, 3 ст. 4 Федерального закона «Об иностранных инвестициях в РФ»). Под привилегиями в Законе понимаются льготы, установленные для иностранных инвесторов в интересах социально-экономического развития России, виды и порядок предоставления которых определяются законодательством РФ. Однако из текста Федерального закона не ясно, каким образом и каким законом должны процедурно регулироваться различные виды льгот.²⁰⁸

В норме типового ДИД РФ, нашедшей отражения в ДИД РФ с другими странами, устанавливается, что каждая договаривающаяся сторона сохраняет за собой право применять и вводить изъятия из национального режима в отношении иностранных инвесторов и их капиталовложений (п. 3 ст. 3 Типового ДИД). В перечне к Договору между РФ и США о поощрении и взаимной защите капиталовложений 1992 г.²⁰⁹ указаны отрасли и виды деятельности, в которых могут устанавливаться ограничения для иностранного инвестора, в том числе сфера пользования недрами и природными ресурсами. В национальном праве они установлены в силу федеральных законов от 29 апреля 2008 г. № 57-ФЗ «О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения

²⁰⁷ Причинами установления ограничений, как правило, являются опасения государств в отношении привлечения иностранных инвестиций в те отрасли экономики, которые составляют ее основу или имеют значение для национальной безопасности. Причиной может быть и проведение протекционистской политики с целью защиты собственных предпринимателей от конкуренции с иностранными компаниями.

²⁰⁸ *Скуратовская М.* Об особенностях правового регулирования иностранных инвестиций по российскому законодательству // <http://chickion.ru/swq/2-skuratovskaja-2.html> (дата обращения: 29 августа 2012 г.).

²⁰⁹ Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Соединенных Штатов Америки о содействии капиталовложениям от 3 апреля 1992 г. // Бюллетень международных договоров. 1993. № 9. С. 43–46.

обороны страны и безопасности государства»²¹⁰ и № 58-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации и признании утратившими силу отдельных положений законодательных актов Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона “О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства”».²¹¹ К хозяйственным обществам, имеющим стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства, относятся общества, осуществляющие геологическое изучение недр и (или) разведку и добычу полезных ископаемых на участках недр федерального значения.²¹² Именно такие участки и являются привлекательными для иностранных инвесторов. Их перечень публикуется федеральным органом управления государственным фондом недр. Кроме того, важно отметить, что ограничивается доступ к участкам, пользование которыми ограничено или запрещено в целях обеспечения национальной безопасности и охраны окружающей среды, а также участков на территориях населенных пунктов, загородных зон, объектов промышленности, транспорта и связи, если пользование ими может создать угрозу жизни и здоровью людей или может нанести ущерб хозяйственным объектам или окружающей природной среде (ст. 8 ФЗ «О недрах»).

Отныне иностранные инвесторы не вправе совершать сделки, влекущие за собой установление контроля над хозяйственными обществами, имеющими стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства (п. 2 ст. 2 Закона № 57-ФЗ). В случае приобретения иностранным инвестором акций или долей обществ, осуществляющих пользование недр федерального значения Законом предусматривается разрешительный и уведомительный порядок согласования. Первый распространяется на сделки, в результате совершения которых иностранные инвесторы приобретают право прямо или косвенно распоряжаться более чем 5 % общего количества голосов, принадлежащих на голосующие акции (доли), составляющие уставные капиталы хозяйственных обществ, имеющих стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства и осуществляющих геологическое изучение недр и/или разведку и добычу полезных ископаемых на участках недр федерального значения (п. 3 ст. 2 Закона № 57-ФЗ). Сделки, совершенные без

²¹⁰ СЗ РФ. 2008. № 18. Ст. 1940 (в ред. ФЗ от 1 июля 2011 г. № 169-ФЗ). — Далее также: Закон № 57-ФЗ.

²¹¹ СЗ РФ. 2008. № 18. Ст. 1941. — Далее также: Закон № 58-ФЗ.

²¹² Участки недр федерального значения выделяются в целях обеспечения обороны страны и безопасности государства. К участкам недр федерального значения относятся участки недр, содержащие месторождения стратегических видов полезных ископаемых (месторождения и проявления урана, алмазов и др.), а также месторождения, расположенные на территории субъекта РФ или территориях субъектов РФ и содержащие на основании сведений Государственного баланса запасов полезных ископаемых начиная с 1 января 2006 г. извлекаемые запасы нефти от 70 млн т, запасы газа от 50 млрд м³ и др. Также к участкам недр федерального значения отнесены участки недр внутренних морских вод, территориального моря, континентального шельфа РФ и участки недр, при пользовании которыми необходимо использование земельных участков, имеющих стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства (ст. 2 Закона № 58-ФЗ).

получения согласования, признаются ничтожными. В случае приобретения менее 5 % общего количества голосов, приходящихся на голосующие акции (доли), составляющие уставные капиталы хозяйственных обществ) используется уведомительный порядок.

Следует отметить, что данный Федеральный закон не распространяется на отношения, связанные с осуществлением иностранных инвестиций и урегулированные другими федеральными законами или ратифицированными в установленном порядке международными договорами, участником которых является Российская Федерация (п. 6 ст. 2 Закона № 57-ФЗ).

Еще одно ограничение связано с тем, что отныне пользователями недр на участках недр федерального значения по общему правилу могут быть юридические лица, созданные в соответствии с законодательством Российской Федерации. Пользователями же недр на участках недр федерального значения континентального шельфа Российской Федерации, а также на участках недр федерального значения, расположенных на территории Российской Федерации и простирающихся на ее континентальный шельф, могут быть лишь юридические лица, которые созданы в соответствии с законодательством Российской Федерации, имеющие не менее чем пятилетний опыт освоения участков недр континентального шельфа Российской Федерации и в которых доля/вклад Российской Федерации в уставных капиталах составляет более чем 50 % и/или в отношении которых Российская Федерация имеет право прямо или косвенно распоряжаться более чем 50 % общего количества голосов, приходящихся на голосующие акции (доли), составляющие уставные капиталы таких юридических лиц. Однако пользователями недр на условиях соглашений о разделе продукции могут быть юридические лица и созданные на основе договоров о совместной деятельности (договоров простого товарищества) и не имеющие статуса юридического лица объединения юридических лиц при условии, что участники таких объединений несут солидарную ответственность по обязательствам, вытекающим из соглашений о разделе продукции (ст. 9 ФЗ «О недрах»).

Нововведением стали еще два ограничения. Во-первых, если в процессе геологического изучения недр, осуществляемого, в том числе по совмещенной лицензии, пользователем недр, являющимся юридическим лицом с участием иностранных инвесторов или иностранным инвестором, открыто месторождение полезных ископаемых, по своим характеристикам подпадающее под определение «участки недр федерального значения», Правительство РФ может принять решение об отказе в предоставлении права пользования участком недр для разведки и добычи полезных ископаемых на данном участке недр федерального значения такому лицу. Во-вторых, в случае осуществления геологического изучения недр по совмещенной лицензии, решение о прекращении права пользования участком недр для разведки и добычи полезных ископаемых может быть принято при возникновении угрозы обороне страны и безопасности государства (ст. 2.1 ФЗ «О недрах»).

Соответственно был ограничен и переход права пользования недрами на участках федерального значения; в частности, запрещается такой переход к

юридическому лицу с участием иностранного инвестора или группы лиц, в которую входит иностранный инвестор, которые имеют право:

1) прямо или косвенно более чем 10 % общего количества голосов, принадлежащих на голосующие акции (доли), составляющие уставный (складочный) капитал такого юридического лица;

2) на основании договора или по иному основанию определять решения, принимаемые таким юридическим лицом, в том числе условия осуществления им предпринимательской деятельности;

3) назначать единоличный исполнительный орган и/или более чем 10 % состава коллегиального исполнительного органа и/или имеют безусловную возможность избирать более чем 10 % состава совета директоров (наблюдательного совета) или иного коллегиального органа управления такого юридического лица (ст. 17.1 ФЗ «О недрах»).

Также необходимо отметить, что в целях обеспечения в перспективе потребностей Российской Федерации в стратегических и дефицитных видах полезных ископаемых из непредоставленных в пользование участков недр формируется федеральный фонд резервных участков недр. Участки недр, включенные в федеральный фонд резервных участков недр, не предоставляются в пользование до принятия решения об исключении их из федерального фонда резервных участков недр (ст. 2.2 ФЗ «О недрах»). Решения о включении участков недр в федеральный фонд резервных участков недр и об исключении из него участков недр принимаются Правительством РФ по представлению уполномоченного федерального органа исполнительной власти, что также усложняет доступ инвесторов к недрам.

Принятие данных законов не является чем-то исключительным или противоречащим мировой практике, а также Хартии экономических прав и обязанностей государств, принятой резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН в 1974 г.²¹³ Государства должны сохранять контроль²¹⁴ над использованием природных ресурсов, что и проявляется в подобных ограничениях, к тому же не исключая, а лишь усложняя доступ иностранных инвесторов. Еще одной целью, которую преследовал законодатель, является ограничение осуществления российскими предпринимателями своей хозяйственной деятельности посредством офшорных структур.²¹⁵ Однако следует иметь в виду, что подобные меры существенно снижают инвестиционную привлекательность России.

Основными правовыми формами реализации взаимоотношений собственника недр и инвестора являются лицензия и соглашение о разделе продукции. Кроме того, правда, лишь теоретически в ФЗ «О недрах» в качестве

²¹³ В Хартии экономических прав и обязанностей государств 1974 г. устанавливается, что государства имеют право регулировать и контролировать иностранные инвестиции в пределах действия своей национальной юрисдикции (п. 2 ст. 2).

²¹⁴ Федеральная антимонопольная служба является федеральным органом исполнительной власти, уполномоченным на выполнение функций по контролю за осуществлением иностранных инвестиций в РФ.

²¹⁵ Энергетическое право России и Германии: сравнительно-правовое исследование. С. 139.

самостоятельного основания возникновения права пользования недрами выделяется также государственный контракт, заключенный в соответствии с Федеральным законом от 21 июля 2005 г. «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд» (п. 9 ст. 10.1).

Доступ на основании лицензии. В соответствии с Федеральным законом «О недрах», предоставление недр в пользование оформляется специальным государственным разрешением в виде лицензии, удостоверяющей право ее владельца на пользование участком недр в определенных границах в соответствии с указанной в ней целью в течение установленного срока при соблюдении владельцем заранее оговоренных условий (ч. 3 ст. 11). Определяя сущность лицензионного предоставления недр в пользование, российский исследователь А.И. Перчик указал, «что одна сторона — государство — определяет порядок и условия, на которых оно предполагает передать недра в пользование, другая сторона — недропользователь добровольно решает, подходят ли ему эти условия, и при положительном решении заявляет, что он готов приступить к использованию недр».²¹⁶ Использование разрешительного порядка недропользования обусловлено боязнью государства не обеспечить защиту общественных интересов, применяя договорные формы, а также отсутствием законодательных основ регулирования законодательной базы для их применения.

В целях достижения наилучшего для государства экономического эффекта при распоряжении фондом недр при получении прав пользования недрами используются состязательные процедуры: конкурс и аукцион. При проведении первого учитываются следующие критерии: научно-технический уровень программ геологического изучения недр и использования участков недр, полнота извлечения полезных ископаемых, вклад в социально-экономическое развитие территории, сроки реализации программ, эффективность мероприятий по охране недр и окружающей среды, обеспечение обороны страны и безопасности государства (ст. 13.1 ФЗ «О недрах»). При этом поддерживать национальную оборону и безопасность иностранному инвестору будет сложнее, чем российскому.²¹⁷

На аукционе победителем становится лицо, предложившее наибольший размер разового платежа за право пользования недрами. Этот критерий, исключая субъективного усмотрения, свидетельствует о преимуществе аукциона перед конкурсом.²¹⁸

Принятие решений о проведении конкурсов или аукционов на право пользования участками недр, о составе и порядке работы конкурсных/аукционных комиссий, а также определение порядка и условий

²¹⁶ Перчик А.И. Основы горного права. М., 2002. С. 103.

²¹⁷ Гудков И.В., Лахно П.Г., Салиева Р.Н., Шмелева Д.Н. Право первичных источников энергии в России. С. 139.

²¹⁸ См.: Астанин В.В. Проблема коррупции в сфере недропользования: пробелы законодательства // Нефть. Газ. Право. 2007. № 1. С. 21–26; Ледовских А.А. Прозрачность аукционов на право пользования недрами // Там же. 2006. № 6. С. 9–13.

проведения конкурсов/аукционов в отношении федеральных участков недр осуществляет Правительство РФ, а в отношении нефедеральных недр — Федеральное агентство по недропользованию (решения по участкам недр местного значения отнесены к компетенции соответствующих субъектов Федерации). Однако в силу Указа Президента от 15 июня 2012 г.²¹⁹ в целях координации деятельности по развитию ТЭК, обеспечению промышленной, энергетической и экологической безопасности и эффективного воспроизводства минерально-сырьевой базы создан еще один орган, полномочный решать вопросы предоставления лицензий: Комиссия при Президенте Российской Федерации по вопросам стратегии развития топливно-энергетического комплекса и экологической безопасности. Ее возглавил сам Президент, а в состав вошли представители крупного бизнеса и органов власти.²²⁰

Следует отметить, что правовой режим предоставления прав пользования федеральными и обычными участками недр характеризуется несколькими отличиями. Во-первых, в отношении федеральных участков недр нельзя получить отдельную лицензию на геологическое изучение.²²¹ Право на геологическое изучение может быть предоставлено только по совмещенной лицензии. Во-вторых, при предоставлении лицензии на геологическое изучение и добычу в отношении шельфовых участков недр федерального значения и участков недр федерального значения, содержащих газ, включенных в утверждаемый Правительством РФ перечень участков, предоставляемых в пользование без проведения конкурсов и аукционов, состязание не проводится. Включение в этот перечень шельфовых федеральных участков, вероятно, обосновано тем, что потенциальными пользователями таких участков могут быть всего три подконтрольные государству компании, между которыми нет смысла устраивать состязание.²²²

Закон устанавливает важную для недропользователя гарантию стабильности условий лицензии: они сохраняют свою силу в течение всего срока ее действия. Переход права пользования недрами и переоформление лицензий регулируются положениями ФЗ «О недрах».²²³ В статье ст. 17.1 этого

²¹⁹ Указ Президента РФ от 15 июня 2012 г. № 859 «О Комиссии при Президенте Российской Федерации по вопросам стратегии развития топливно-энергетического комплекса и экологической безопасности» // СЗ РФ. 2012. № 28. Ст. 3879.

²²⁰ При этом продолжают свое существование Правительственная комиссия по вопросам топливно-энергетического комплекса, воспроизводства минерально-сырьевой базы и повышения энергетической эффективности экономики. Как будут в итоге распределены полномочия между ними, пока неизвестно. Предполагается, что президентская Комиссия займется стратегическими вопросами и выдачей лицензий в отношении наиболее важных месторождений, а правительственная более оперативными вопросами.

²²¹ В отношении обычных участков первооткрыватель месторождения имеет преимущественное право на получение лицензии на его разработку.

²²² Гудков И.В., Лахно П.Г., Салиева Р.Н., Шмелева Д.Н. Право первичных источников энергии в России. С. 152.

²²³ Переход права пользования участками недр, предоставленными субъектам предпринимательской деятельности на основании соглашений о разделе продукции, и переоформление лицензий на пользование участками недр осуществляются в соответствии с Федеральным законом «О соглашениях о разделе продукции».

закона устанавливается перечень оснований, условия перехода, а также случаи, в которых он невозможен. Закреплено, что при переходе права пользования участками недр лицензия подлежит переоформлению, и условия, установленные прежней лицензией, пересмотру не подлежат.

Необходимо подчеркнуть, что как ученые,²²⁴ так и недропользователи регулярно поднимают вопрос о необходимости изменения законодательства о недрах: от внесения изменений и дополнений в действующий ФЗ «О недрах» до принятия принципиально новой его редакции или даже Горного кодекса.²²⁵ В частности, предлагается создание «вторичного рынка лицензий»,²²⁶ усиление государственного контроля за ведением работ на участке, выполнением обязанностей со стороны недропользователя. Подчеркивается необходимость разработки эффективной прозрачной системы участия государства в переходе права пользования участками недр в рамках гражданско-правовых сделок.²²⁷ Основным же является предложение перейти от лицензионной системы к договорной, в связи с неэффективностью первой. Дело в том, что так и не удалось в течение довольно длительного времени сформировать не конгломерат, а комплекс правовых норм, регулирующих операции по добыче, а также установить обоснованные рентные платежи при лицензировании.²²⁸ В связи с этим и предлагается перенести акцент на переговорный процесс, закрепив все существенные условия недропользования и платежей в соглашении о разделе продукции, концессии или подряда.

Концессионный договор предоставляет недропользователю больше свободы в планировании добычи, при инвестициях, в управлении и иных сферах, чем при разрешительной системе, лицензионном порядке недропользования. При таком подходе обеспечивается большая защита прав концессионера, так как она опирается на гражданское законодательство, но при этом подчиняется надзору и контролю государственных органов.²²⁹ Таким образом, данная форма привлекательна как для государства, так и для инвестора. К тому же концессии как форма взаимодействия государства и пользователя недр широко применялись в нашей стране в дореволюционный период.²³⁰ Однако на первых этапах развития современного российского законодательства она была предана забвению, не найдя места в законодательстве о недрах. Так, и в Федеральном законе от 21 июля 2005 г. «О

²²⁴ Кимельман С.А., Клюкин Б.Д., Колдаев С.В., Курский А.Н., Махлина М.И., Подмаско В.Б., Сапожников А.В., Храмов Д.Г. и др.

²²⁵ См.: Василевская Д.В. Кодификация законодательства о недрах: проблемы и перспективы // Закон. 2008. № 3. С. 139–144.

²²⁶ См.: Генералов С. Регулирование отношений собственности в недропользовании // Нефть, газ и право. 2002. № 6.

²²⁷ Сидоров И.Н. Правовые аспекты инвестиционной привлекательности недропользования в российской федерации: перспективы сотрудничества в рамках БРИКС // Правовые аспекты БРИКС: сборник докладов и выступлений на научном семинаре 8–9 сентября 2011 г. СПб, 2012. С. 163.

²²⁸ Курский А.Н. Законодательство о недрах // Нефть, газ и право. 2002. № 6. С. 18.

²²⁹ Клюкин Б.Д. Горные отношения в странах Западной Европы и Америки. М., 2000. С. 148.

²³⁰ Подробнее см.: Курбанов Р. А. Правовое регулирование иностранных инвестиций в нефтяной и газовой промышленности.

концессионных соглашениях» не предусматривается использование концессии в нефтегазовом комплексе при разработке и добыче полезных ископаемых.

Доступ на основании соглашения о разделе продукции. В российском законодательстве все же существует механизм договорного пользования участками недр — соглашение о разделе продукции. Данная форма равноправных правовых взаимоотношений между государством, собственником недр, и инвестором была юридически закреплена Федеральным законом от 30 декабря 1995 г. «О соглашениях о разделе продукции».²³¹ В соответствии с Федеральным законом, соглашение о разделе продукции (СРП) является договором, в силу которого Российская Федерация предоставляет инвестору на возмездной основе и на определенный срок исключительные права на поиски, разведку, добычу минерального сырья на участке недр, указанном в соглашении, и на ведение связанных с этим работ, а инвестор обязуется осуществить проведение указанных работ за свой счет и на свой риск (ст. 2). Механизм раздела продукции выглядит следующим образом: инвестор производит продукцию, платит за право пользоваться недрами, компенсирует свои расходы, делит прибыльную продукцию с государством, из своей прибыльной доли платит налог на прибыль.

В соглашении о разделе продукции совместными усилиями государства и инвестора устанавливается реальная цена аренды месторождений. В результате переговоров определяется адекватный состав и размер всех возможных видов налогов и платежей инвестора (арендная плата, различные виды бонусов и отчислений в бюджеты всех уровней, налог на прибыль), пропорции раздела прибыльной продукции, возмещаемость видов затрат, размеры и порядок возмещения предыдущих затрат государства, а также зависимость этих платежей от текущих экономических показателей реализации проекта. Параллельно заключается договор между РФ и ее субъектом, в котором определяются права и обязанности сторон, доля каждой из них в прибыльной продукции государства. Данная модель с одной стороны, позволяет гибко учитывать особые условия разработки того или иного месторождения в соответствии со сроком и объемом платежа инвестора, а с другой — дает иностранному инвестору твердые гарантии. Кроме того, в Законе о СРП предусматривается, что любые споры по вопросам пользования недрами на условиях раздела продукции разрешаются согласно условиям, указанным в соглашении (п. 12 ст. 44). По спорам между участниками договора, возникающим из договорных отношений, стороны вправе в договоре определить порядок их разрешения. В остальных случаях должны применяться общие правила юрисдикции, установленные законодательством России и международными договорами.

Модель соглашения о разделе продукции может обеспечить реальный приток инвестиций, несмотря на инфляцию, отсутствие стройной налоговой

²³¹ Федеральный закон от 30 декабря 1995 г. № 225-ФЗ «О соглашениях о разделе продукции» // СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 18 (в ред. ФЗ от 19 июля 2011 г. № 248-ФЗ). — Далее также: Закон о СРП.

системы, наличие политической и законодательной нестабильности.²³² Именно она позволяет применить проектное финансирование (примером является проект «Сахалин-2»)²³³. Недостатком же модели является множество противоречий, до сих пор существующих в ее правовом регулировании. Так, в Федеральном законе «Об иностранных инвестициях» 1999 г. в качестве прямой инвестиции рассматривается только финансовый лизинг и даже не упоминается соглашения о разделе продукции. В Законе о СРП по-прежнему прямо не указывается, что соглашения о разделе продукции по своей сути функционируют как гражданско-правовой договор. Такая нечеткость имеет отрицательное значение, поскольку инвесторы опасаются ужесточения административных действий контролирующих органов власти и затруднений при разрешении разногласий в арбитраже.²³⁴ Важной проблемой является и то, что на условиях раздела продукции разрешается предоставление не более 30 % разведанных и учтенных государственным балансом запасов полезных ископаемых (ст. 2). В перечень объектов, право пользования которыми может быть предоставлено на условиях СРП, часто включаются слабоизученные перспективные участки недр, на которых инвестор, осуществляя работы за свой счет и на свой риск, может получить новые запасы полезных ископаемых, которые будут приплюсованы к известным и дадут общее превышение 30 % квоты. Поэтому необходимо внести изменения, в соответствии с которыми ограничение по квоте не распространялось бы на запасы, разведанные и поставленные на государственный баланс инвестором после подписания СРП.²³⁵ Не благоволят инвестициям и положения о предоставлении российским юридическим лицам преимущественных прав (п. 2 ст. 7 Закона о СРП), что также противоречит положениям международных соглашений, распространяющим национальный режим и режим наибольшего благоприятствования на сферу прямых инвестиций.

На данный момент в России насчитывается три действующих СРП: «Сахалин-1» от 30 июня 1995 г.,²³⁶ «Сахалин-2» от 22 июня 1994 г.,²³⁷ «Харьяга» от 20 декабря 1995 г. Они были заключены до вступления в силу Закона о СРП, и он применяется к ним лишь в той мере, в которой не противоречит их условиям. Данные соглашения, обеспечив стабильность отношений между государством и инвестором в 1990-е годы, позволили привлечь современные технологии в РФ, что сделало возможным

²³² Конопляник А., Субботин М. «Природные» комитеты сражаются с национальной экономикой // <http://www.yabloko.ru/Publ/Srp-ks/srp-ks-3.html> (дата обращения: 22 июня 2012 г.).

²³³ Подробнее см.: Конопляник А.А. Основные виды и условия финансирования инвестиционных проектов в нефтегазодобывающей промышленности. М., 2009. С. 34–44.

²³⁴ Фархутдинов И.З. Доступ и защита иностранных инвестиций в международном праве в международном праве.

²³⁵ Фархутдинов И.З. Международное инвестиционное право: теория и практика применения // <http://www.lawmix.ru/commlaw/1540> (дата обращения: 22 июня 2012 г.).

²³⁶ Обзор проекта «Сахалин-1» // <http://www.sakhalin-l.com/project/prjoverview.asp> (дата обращения: 22 июня 2012 г.).

²³⁷ Обзор проекта «Сахалин-2» // <http://www.sakhalinenergy.ru/ru/> (дата обращения: 22 июня 2012 г.).

строительство самой мощной буровой установки и первого в РФ терминала по сжижению природного газа.²³⁸

Несмотря на данные преимущества СРП, участки недр по соглашению о разделе продукции в настоящее время не предоставляются. Претенденты на заключение СРП осуществляют разработку месторождений на обычных условиях. Отсутствие практики заключения СРП, по мнению российского ученого Р.А. Курбанова, объясняется тем, что в них наблюдается явный перекокс в сторону интересов инвестора и не был заложен механизм учета интересов государства.²³⁹

В Китае, в отличие от России, действует разрешительный порядок доступа иностранного капитала, предусматривающий индивидуальный подход к рассмотрению и утверждению каждого инвестиционного проекта соответствующими государственными органами. Правовой формой доступа к геологическому изучению и добыче природных ресурсов является лицензия. Порядок ее предоставления на геологическое изучение устанавливается в Постановлении Государственного Совета КНР «О регистрации прав на изучение минеральных ресурсов с использованием блоковой системы» 1988 г. Посредством блоковой регистрационной системы (блок представляет собой квадрат 1 градус долготы на 1 градус широты — примерно 343 га) определяются территории подлежащие изучению. Максимальное количество предоставляемых блоков варьируется в зависимости от ресурса. Для природного газа — это 2500 блоков (ст. 3). Как правило, лицензия на изучение выдается на срок 7 лет с возможностью продления, но не более чем до 15 лет (ст. 10). В ст. 18 Постановления устанавливаются требования об информировании, минимальные затраты на изучение, рентные платежи, право обладателя лицензии на преимущественное право получения лицензии на добычу. Однако данное право по политическим мотивам не гарантируется.²⁴⁰

Порядок получения лицензии на добычу устанавливается в Постановлении Государственного Совета КНР от 27 апреля 1987 г. «О регистрации добычи минеральных ресурсов» Лицензию предоставляет Департамент геологии и минеральных ресурсов Государственного Совета КНР на срок до 10 лет с правом обращения для продления срока до 30 лет в зависимости от размера месторождения (ст. 7). В акте устанавливаются требования по уплате рентных платежей и необходимости информировать государство о ходе работ. Компании обязаны осуществлять платежи, рассчитываемые по различным ставкам в зависимости от вида месторождения и количества добытого ресурса (ст. 3). При добыче на континентальном шельфе необходимо также внести в три этапа еще и подписной бонус (бонус при подписании) в размере \$1 млн в пользу компании «China National Offshore Oil

²³⁸ *Waltrip J.M.* The Russian Oil and Gas Industry after Yukos: Outlook for Foreign Investment // *Transnational Law & Contemporary Problems*. Vol. 17. 2008. P. 575.

²³⁹ *Курбанов Р.А.* Правовое регулирование иностранных инвестиций в нефтяной и газовой промышленности. С. 292.

²⁴⁰ *Kwauk B.* The Law in China // *Mining Journal*. 16.7.2004.

Company» (CNOOC), созданной в 1982 г. для разработки шельфовых месторождений.

В соответствии с Постановлением Государственного Совета КНР от 11 октября 2007 г. «О передаче прав на изучение и добычу минеральных ресурсов» с согласия департамента Государственного Совета КНР и соответствующих исполнительных органов провинций и автономных регионов в отношении обеих лицензий допускается уступка прав. Однако на практике такая передача затруднена.

Назначенные государственные компании «China National Petroleum Corporation» (CNPC) с подразделением «PetroChina Ltd», созданная на базе Министерства нефти и действующая на севере КНР, а также «China Petrochemical Corporation» (SINOPEC; действует на юге страны; до реформы 1998 г. занимавшаяся переработкой и дистрибуцией) и CNOOC ответственны за сотрудничество с иностранными партнерами. Компании действуют на основе постановлений Государственного Совета КНР от 7 октября 1993 г. «Использование материковых нефтяных ресурсов с участием иностранных инвесторов» и от 30 января 1982 г. «Использование нефтяных ресурсов на континентальном шельфе с участием иностранных инвесторов».²⁴¹

Данные компании с разрешения Министерства экономики заключают с иностранным инвестором так называемое соглашение о разделе продукции (Production Sharing Agreement).²⁴² Его содержание отличается от того, которое придается подобному контракту в России и определяется в значительной степени модельным договором в редакции 2007 г. В соглашении устанавливаются минимальные обязательства по геологическому изучению, регулируется уплата подписного взноса, могут содержаться положения об использовании китайского оборудования, о защите экологии, нередко включаются положения бухгалтерского характера, о преференциях китайских граждан при устройстве на работу в компанию. Иностранная компания, как правило, становится оператором проекта. Затраты в большинстве случаев распределяются в соответствии с участием (51 % китайская сторона, 49 % — иностранная). Однако возможны случаи, когда китайская компания не участвует в финансировании проекта, тогда инвестор вправе претендовать на больший объем добытого газа с учетом общего объема добычи, размера доли китайской компании, затрат на разработку и других факторов. Порядок данных расчетов является предметом переговоров, причем формула подробно описывается в соглашении. По окончании проекта все активы переходят в собственность китайской компании. По общему правилу стороны могут самостоятельно распоряжаться собственной частью добытого газа, однако в некоторых соглашениях иногда содержатся и ограничения по реализации газа на конкретном рынке.²⁴³

²⁴¹ Данные акты действуют также в отношении добычи природного газа.

²⁴² Как правило, он имеет название *Petroleum contract* и применяется также в отношении природного газа.

²⁴³ *Macbride W.L., Hupp D.L., Chunhe Z. National Regulation of the Hydrocarbons Industry: China // Hydrocarbons: Economics, Policies and Legislation. Vol. IV. 2005. P. 828.*

Соглашение, в зависимости от того, к какой группе инвестиций относится проект, подлежит одобрению государственными органами. В соответствии с Положением от 11 февраля 2002 г. «Об ориентировании иностранных инвестиций», Плановая комиссия, Государственная экономическая комиссия по торговле, Министерство международной торговли и экономического сотрудничества публикуют каталоги «Промышленные направления для привлечения иностранных инвестиций» и «Основные виды промышленности для участия иностранных инвестиций в центральном и западном регионах» (ст. 3). В соответствии со ст. 4 все возможные проекты с иностранными инвестициями делятся на 4 группы: 1) поощряемые (например, предполагающие использование новых технологий — ст. 5);²⁴⁴ 2) разрешенные; 3) ограниченные (например, проекты, не предполагающие улучшения окружающей среды, сохранение ресурсов — ст. 6); 4) запрещенные (загрязняющие окружающую среду, причиняющие вред здоровью человека — ст. 8). Проекты всех категорий, за исключением разрешенных, перечислены в указанных каталогах. Проекты и договор с иностранным инвестором должны быть одобрены различными государственными департаментами и в некоторых случаях департаментами правительств провинций, автономных регионов и муниципалитетов (с 6 апреля 2010 г. это касается всех разрешенных и поощряемых проектов с суммой инвестиций менее \$300 млн²⁴⁵).

Исходя из вышеотмеченного, следует сделать вывод, что правовой режим допуска инвестиций в Китае гораздо менее благоприятный, чем в РФ, да и формы инвестирования иностранного капитала в газодобывающей отрасли гораздо менее развиты.

Основные правовые гарантии иностранных инвестиций. Иностранный инвестор при осуществлении деятельности подвержен самым различным рискам — от утраты и обесценивания имущества в связи с национализацией, военными действиями, гражданскими беспорядками, девальвацией национальной валюты, неплатежеспособностью принимающего государства до расторжения договора по инициативе государства. Для предотвращения данных рисков или минимизации их вредных последствий международным и национальным законодательством предусматриваются гарантии. Среди них к числу основных относятся: защитная, стабилизационная оговорки, гарантии компенсации при национализации, перевода платежей, возможность страхования инвестиций, гарантии обеспечения надлежащего рассмотрения споров, связанных с инвестиционной деятельностью.

Защитная оговорка. Одной из основных гарантий иностранных инвестиций является принцип обязательности выполнения принятых на себя обязательств, или защитная оговорка (*umbrella clause*). В Соглашении между Правительством РФ и Правительством Китая от 9 ноября 2006 г. «О поощрении

²⁴⁴ Могут получать освобождение от уплаты компенсационных платежей на срок до 5 лет.

²⁴⁵ Weidong W. Legal framework for foreign investment in Chinese mineral industry/ Chian Law and Practice. November 2010 // <http://www.chinalawandpractice.com/Article/2712675/Channel/7576/Legal-framework-for-foreign-investment-in-Chinese-mineral-industry.html> (дата обращения: 22 октября 2012 г.).

и взаимной защите капиталовложений» оговорка сформулирована как обязанность государств обеспечивать в соответствии с законами и иными нормативными правовыми актами полную защиту на своей территории капиталовложений инвесторов другой договаривающейся Стороны (п. 2 ст. 2). Нарушение КНР или РФ²⁴⁶ данных обязательств дает право инвестору на обращение в международный арбитраж и влечет международно-правовую ответственность. Тем самым защитная оговорка помещает обязательства перед иностранными инвесторами под зонтик (*umbrella*) международно-правовых средств защиты.

Следует отметить, что в ДЭХ содержание оговорки раскрывается следующим образом: «Каждая договаривающаяся сторона соблюдает все обязательства, которые она приняла в отношении инвестора или инвестиции инвестора любой другой договаривающейся стороны» (п. 1 ст. 10). Данная гарантия сформулирована крайне широко: охватывает обязательства, принятые как перед инвестором, так и перед инвестицией по любым основаниям (как по договорам, так и по закону).

Гарантия от неблагоприятного изменения законодательства. Важной составляющей благоприятного инвестиционного климата является стабильность правового регулирования, предполагающая установление определенного срока, в течение которого действует запрет на законодательные изменения условий инвестирования (стабилизационная оговорка, или «дедушкина оговорка»).

Особенно актуальна данная гарантия в РФ — стране, в которой многие насущные реформы еще даже не начаты и законодатель порою действует непредсказуемо. Примечательно, что в российском законодательстве в этой сфере за прошедшие двадцать лет уже существовали самые различные сроки,²⁴⁷ что опять же подчеркивает ее актуальность.

В Федеральном законе от 25 февраля 1999 г. «Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений» предусматривается, что «в случаях принятия законов, устанавливающих для субъектов инвестиционной деятельности иные правила, чем те, которые действовали при заключении договоров между ними, условия этих договоров сохраняют свою силу, за исключением случаев, когда законом установлено, что их действие распространяется на отношения, возникшие из ранее заключенных договоров» (ст. 15). Однако необходимо отметить недостаточную определенность процитированного положения. Во-первых, неясно, в течение какого срока не действуют вновь издаваемые законы в отношении условий ранее заключенных договоров. Во-вторых, названный акт

²⁴⁶ Следует отметить, что государства ответственны в том числе за деятельность частных компаний, контролируемых ими (ст. 22 ДЭХ). Подробнее см. дело *Nykomb против Латвии* (ARB/03/24).

²⁴⁷ Один год в силу Федерального закона от 26 июня 1991 г. «Об инвестиционной деятельности в РСФСР»; 3 года в силу Указа Президента РФ от 27 сентября 1993 г. № 1466 «О совершенствовании работы с иностранными инвестициями»; 10 лет — в силу Основ законодательства СССР от 5 июля 1991 г. «Об иностранных инвестициях в СССР».

непосредственно предусматривает, что стабилизационный срок не распространяется на ранее возникшие договорные отношения, если тот или иной принятый закон будет содержать соответствующую оговорку.²⁴⁸

Более определенные положения содержатся в Федеральном законе от 9 июля 1999 г. «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации». Стабилизационный период устанавливается на срок окупаемости инвестиционного проекта, но не более семи лет со дня начала финансирования указанного проекта за счет иностранных инвестиций. В исключительных случаях, когда суммарный объем иностранных инвестиций составляет не менее 1 млрд руб., Правительство РФ может продлить этот срок (ст. 9).

Вместе с тем в Федеральном законе содержится ряд предварительных условий, ограничивающих распространение на тот или иной проект с иностранными инвестициями «дедушкиной оговорки». Например, гарантии от неблагоприятного изменения законодательства не касаются случаев вступления в силу нормативных актов, изменяющих размер таможенных пошлин, вызванных применением мер по защите экономических интересов Российской Федерации. Кроме того, стабилизационная оговорка касается изменения лишь федерального законодательства.

На практике стабильность обеспечивается только участникам соглашений о разделе продукции. В связи с этим для придания ей большей эффективности в науке нередко предлагается внести изменения и дополнения в действующее законодательство Российской Федерации, в частности: упростить формулировку «дедушкиной» оговорки в целях устранения существующих неясностей и неточностей; расширить ее действие на нормативные правовые акты субъектов Российской Федерации и органов местного самоуправления; распространить действие на любой инвестиционный проект; включить нормы о «дедушкиной» оговорке в Налоговый кодекс Российской Федерации как специальный налоговый режим для любых инвесторов (а не только для участников СРП).²⁴⁹

В китайском праве отсутствуют положения о стабилизационной оговорке. Гарантией для инвесторов является лишь то, что в случае изменения законодательства соглашение о разделе продукции *может быть* также пересмотрено, чтобы компенсировать потери инвестора, связанных с его принятием.²⁵⁰

Гарантии компенсации при национализации имущества инвестора. Международное право, признавая суверенитета государств над их природными

²⁴⁸ Фархутдинов И.З. Международное инвестиционное право: теория и практика применения. М., 2005. С. 253.

²⁴⁹ Лисица В.Н. Правовое регулирование инвестиционных отношений: теория, законодательство и практика применения. Автореф. ... дис. д-ра юрид. наук. Новосибирск, 2010. С. 36.

²⁵⁰ Macbride W.L., Hupp D.L., Chunhe Z. National Regulation of the Hydrocarbons Industry: China. P. 830.

ресурсами,²⁵¹ допускает возможность национализации²⁵² (для целей настоящей статьи термины экспроприация и национализация равнозначны) соответствующих инвестиций. Помимо прямой национализации, предполагающей принудительное изъятие собственности иностранного инвестора в ходе осуществления инвестиционной деятельности на территории чужого государства, в международной практике запрещаются меры равносильные экспроприации, составляющие так называемую косвенную экспроприацию.²⁵³ В деле *Lena Goldfields Ltd* против Советского правительства от 3 сентября 1930 г. Суд пришел к выводу, что меры, предпринятые против инвестора, формально не подпадающие под определение экспроприации, все же лишили компанию необходимых финансовых средств, парализовали ее деятельность.²⁵⁴ К такого рода мероприятиям следует также отнести увеличение налогов (или даже понижение их для конкурентов), ужесточение правил, в том числе экологической безопасности, отказ в доступе к инфраструктуре, экспортно-импортные ограничения, вмешательство в ценовую политику, отзыв лицензии, наложение ареста на банковские счета, требование установления чрезмерно высокой заработной платы и контроль за ходом перевода платежей, назначение государством менеджеров инвестиционного проекта.²⁵⁵

Разработчики ДЭХ при формулировании соответствующих положений учли косвенные формы национализации; экспроприация определяется ими как мера или меры, имеющие аналогичные национализации или экспроприации последствия, которые осуществляются с целью, отвечающей государственным интересам, без дискриминации и с соблюдением надлежащих правовых процедур (ст. 13). Несмотря на данное широкое понимание Суд в делах *Nykomb* против Латвии (118/2001) и *Petrobart* против Киргизии (126/2003) все же не признал факта косвенной экспроприации, указав, что требуется определенный уровень контроля собственности (*expropriation must primarily be the degree of possession taking or control over the enterprise*). Хотя в делах ОАО «Юкос» Международный коммерческий арбитраж при ТПП Стокгольма в двух решениях от 17 сентября 2010 г. (*RosinvestCo UK Ltd* (2301-09)) и от 20 июля 2012 г. (*Qasar de Valores Sicav SA, Orgor de Valores Sicav SA, GBI 90000 Sicav SA, Alos 34 SL* (24/2007)) признал факт национализации компании.²⁵⁶

²⁵¹ См. Резолюцию Генеральной Ассамблеи ООН «О национальном суверенитете над природными ресурсами» 1962 г., Декларацию «Об установлении нового международного экономического порядка» 1974 г., ДЭХ и др.

²⁵² Национализация — обращение в государственную собственность имущества, находящегося в собственности граждан и юридических лиц, производимое с возмещением стоимости этого имущества и других убытков в порядке, предусмотренном ст. 306 ГК РФ (ст. 235 ГК РФ).

²⁵³ Подробнее см.: *Manciaux S. Les mesures equivalents à une expropriation dans l'arbitrage international relative aux investissements // Colloque: «Ou va le droit de l'investissement?»*. P. 73.

²⁵⁴ *Ibid.*

²⁵⁵ *Reed L., Martinez L. The Energy Charter Treaty: an Overview // ILSA Journal of International & Comparative Law. Vol. 14:2. 2008. P. 408.*

²⁵⁶ 30 ноября 2009 г. Арбитражный суд в Гааге принял решение о рассмотрении по существу жалобы нескольких компаний, связанных с бывшим основным акционером ОАО «Юкос» — *Group Menatep Ltd* (требования предъявлены на рекордную сумму \$100 млрд).

Кроме того, многие авторы указывают на необходимость различать изменения условий инвестирования от национализации. Первое возможно в отношении долгосрочных договоров, например, в связи с существенным изменением обстоятельств.²⁵⁷ В таком случае заключается новое соглашение или вносятся изменения в предыдущие,²⁵⁸ но это, конечно, не значит, что тем самым правительство может свободно пересматривать договоры и не возмещать потерь инвестора.²⁵⁹

В законодательстве России и Китая не нашли отражения перечисленные нюансы. В Федеральном законе «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» предусматривается, что «имущество иностранного инвестора или коммерческой организации с иностранными инвестициями не подлежит принудительному изъятию, в том числе национализации, реквизиции, за исключением случаев и по основаниям, которые установлены федеральным законом или международным договором Российской Федерации» (ст. 8). К сожалению, законодатель не указал, какие это случаи и основания.

В китайском праве законодательство предоставляет инвестору чуть больше гарантий. В ст. 5 Закона «О предприятиях с иностранным капиталом» устанавливается общий запрет на осуществление национализации компаний с иностранным капиталом, за исключением особых случаев, в целях защиты публичных интересов. Кроме того, гарантии содержатся и в специальных актах. В ст. 5 Постановления Государственного Совета КНР «Использование материковых нефтяных ресурсов с участием иностранных инвесторов» от 7 октября 1993 г. указывается, что государство не будет экспроприировать инвестиции и доходы иностранных предприятий, участвующих в совместной эксплуатации материковых нефтяных ресурсов.

Наибольшее споры, как правило, вызывает вопрос объема компенсации. Если развитые государства апеллируют к формуле Халла (по имени государственного секретаря США Корделла Халла, выступившего с подобными требованиями в отношении Мексики), которая предполагает «достаточную, действительную и незамедлительную компенсацию», то развивающиеся страны предпочитают использовать формулу справедливой компенсации. В целом судебная практика, склоняется в пользу выплаты в качестве компенсации рыночной стоимости. В деле *British Petroleum* судья Ларерген заявил, что полная компенсация не является нормативом, применимым к законным национализациям. В решении о компании «Lialco» арбитр утверждал, что стандарт Халла заменен стандартом «удобной и достаточной компенсации».²⁶⁰ Следует отметить, что в ДЭХ устанавливается правило о быстрой,²⁶¹

²⁵⁷ *Walde T.W.* Revision of Transnational Investment Agreements: Contractual Flexibility in Natural Resources Development // *Lawyer of the Americas*. 1978. P. 267.

²⁵⁸ *Op. cit.* P. 281–282.

²⁵⁹ *Konoplyanik A., Walde T.* Energy charter treaty and its role in international energy // *Journal of Energy and Natural Resources Law*. Vol. 24. N 4. 2006. P. 535.

²⁶⁰ *Фархутдинов И.З.* Международное инвестиционное право: теория и практика применения. С. 274.

²⁶¹ Компенсация считается быстрой, если осуществляется без задержек.

достаточной и эффективной²⁶² компенсации на основе «справедливой рыночной цены» (ст. 13).

В российском законодательстве устанавливается, что при национализации иностранному инвестору или коммерческой организации с иностранными инвестициями возмещаются стоимость национализируемого имущества и другие убытки (ст. 8 ФЗ «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации»). Таким образом, в действующем Законе не упоминается, что компенсация, выплачиваемая иностранному инвестору, должна соответствовать реальной стоимости принудительно отчуждаемых инвестиций. Не устанавливается, что компенсация должна выплачиваться без необоснованной задержки в той валюте, в которой первоначально были осуществлены инвестиции, или в любой другой иностранной валюте, приемлемой для иностранного инвестора.

Китайское законодательство также не содержит четких положений на данный счет. В ст. 5 Закона «О предприятиях с иностранным капиталом» устанавливается правило предоставления *соответствующей* компенсации, а в ст. 5 Постановления Государственного Совета КНР «Использование материковых нефтяных ресурсов с участием иностранных инвесторов» — о *соизмеримой* компенсации.

До приведения российского и китайского законодательства в соответствие с международно-правовыми стандартами в данной сфере его недостатки в определенной степени компенсируют ДИД. В связи с тем, что национальное законодательство не достаточно определено в отношении вопросов компенсации, в ДИД включаются чисто коммерческие условия: определяются сроки (продолжительность, начало течения), последствия неисполнения обязательства по выплате. Что касается положений об объеме компенсации, то они формулируются по-разному. В Соглашении РФ с Великобританией (ст. 5) утверждается, что размер «должен соответствовать реальной стоимости экспроприированных капиталовложений». В другой группе ДИД, устанавливается необходимость выплаты «быстрой, адекватной и эффективной компенсации» (Соглашения РФ с Грецией, Данией, Румынией и др.). В Соглашении РФ с Канадой указывается на принцип своевременной, достаточной и эффективной компенсации (ст. 4). В договоре РФ с США предполагается выплата быстрой, адекватной и эффективной компенсации (ст. 3). В международных договорах КНР (с Голландией, РФ, Финляндией и др.) предусматривается, что компенсация формируется из стоимости инвестиций до момента национализации или конфискации и процента до момента выплаты компенсации.²⁶³

Гарантия перевода платежей, связанных с иностранной инвестиционной деятельностью. В большинстве ДИДН РФ и КНР устанавливается, что

²⁶² Возмещение убытков осуществляется в валюте, ввезенной инвестором, если только она остается конвертируемой в другую валюту, названную Международным валютным фондом в качестве свободно используемой, или в валюту, на получение которой согласен инвестор.

²⁶³ У Цюаньлэй. Проблемы соотношения международно-правового и национального регулирования иностранных инвестиций в КНР... С. 22.

регулирование перевода платежей осуществляется в соответствии с действующим валютным законодательством той Договаривающейся Стороны, на территории которой капиталовложения осуществлены. Аналогичное положение закреплено и в Типовом соглашении, утвержденном Постановлением Правительства РФ в 2001 г. (ст. 6).²⁶⁴

В соответствии с Федеральным законом от 9 июля 1999 г. «Об иностранных инвестициях в РФ» подтверждается гарантия перевода за пределы РФ доходов, прибыли и других правомерно полученных денежных сумм в иностранной валюте в связи с ранее осуществленными инвестициями, в том числе: доходов от инвестиций, полученных в виде прибыли, дивидендов, процентов и других доходов; компенсаций от национализации; денежных сумм во исполнение обязательств коммерческой организации с иностранными инвестициями, по договорам и иным сделкам иностранных инвесторов после уплаты предусмотренных законодательством России налогов и сборов (ст. 11). Следует отметить, что в последнее десятилетие происходит значительное развитие российского законодательства в данной сфере. Согласно требованиям Федерального закона от 10 декабря 2003 г. «О валютном регулировании и валютном контроле»²⁶⁵ не допускается установление органами валютного регулирования требования о получении резидентами и нерезидентами индивидуальных разрешений (п. 3 ст. 5). В 2007 г. было отменено правило об обязательном резервировании (ст. 16), продаже части валютной выручки резидентов в размере 30 % суммы валютной выручки²⁶⁶ (ст. 21). На данный момент резиденты должны лишь предоставлять уполномоченным банкам информацию для последующего ее отражения в ведомостях банковского контроля, устанавливаемых Центральным банком России (ст. 19). Кроме того, последний в целях обеспечения учета и отчетности по валютным операциям и осуществления валютного контроля устанавливает единые правила оформления резидентами в уполномоченных банках паспорта сделки при осуществлении валютных операций между резидентами и нерезидентами (п. 1 ст. 19).

Основными актами, регулирующими предоставление данной гарантии в Китае являются постановления Государственного Совета КНР от 1 апреля 1966 г. «Об обмене валют» (с поправками от 1997 г.), от 1 августа 1983 г. «Правила осуществления обменных валютных операций с участием компаний с иностранным капиталом, заморским капиталом КНР и китайско-иностранскими совместными предприятиями» и от 26 января 1996 г. «О валютном

²⁶⁴ Постановление Правительства РФ от 9 июня 2001 г. № 456 «О заключении соглашений между Правительством Российской Федерации и правительствами иностранных государств о поощрении и взаимной защите капиталовложений» // СЗ РФ. 2001. № 25. Ст. 2578 (в ред. Постановления Правительства РФ от 17 декабря 2010 г. № 1037).

²⁶⁵ СЗ РФ. 1999. № 28. Ст. 3493.

²⁶⁶ В соответствии с данными МВФ, обязательное условие о репатриации валютной выручки зафиксировано в правовых актах около 50 государств, в том числе Кипра, КНР, Чехии (*Артемов Н.М.* Валютные ограничения. М., 2001. С. 15.).

регулировании» с изменениями от 1 августа 2008 г.²⁶⁷ С 6 марта 1951 г. запрещается вывоз китайской валюты с территории Китая. В соответствии со ст. 19 Постановления «Об обмене валют» иностранный инвестор может осуществлять перевод за пределы КНР законно полученной прибыли и иных доходов, а также любых активов, остающихся после ликвидации предприятия. Заработная плата и иные доходы иностранного персонала могут быть переведены после оплаты всех налогов.

В целом, положения китайского и российского законодательства все же не отвечают мировым стандартам. При последующем внесении изменений в инвестиционное право, законодатель мог бы учесть положения ДЭХ, провозглашающие свободу переводов на свою территорию и со своей территории первоначального капитала; любого дополнительного капитала с целью поддержания и расширения инвестиции; доходов; платежей в соответствии с контрактом, включая сумму погашения основного долга и уплаты начисленных процентов в соответствии с кредитным соглашением; неизрасходованных заработков и другого вознаграждения персонала, нанятого за границей в связи с этой инвестицией; выручки от продажи или ликвидации всей или любой части инвестиции; выплат, возникающих в результате разрешения спора; выплат в порядке компенсации. При этом переводы должны производиться без задержки и в свободно конвертируемой валюте (ст. 14).

Страхование иностранных инвестиций. В случае экспроприации, введения ограничений на вывод капиталов одной из гарантий компенсации убытков является механизм страхования некоммерческих рисков. Данный институт получил распространение после Второй мировой войны. США инициировали программу страхования политических рисков как часть «плана Маршалла» по оказанию иностранной помощи Европе.

Страхование могут осуществлять частные, государственные (Российское агентство по страхованию экспортных кредитов и инвестиций, экспортное страховое агентство, Китайская экспортная и кредитная страховая корпорация) и межгосударственные региональные (например, Европейское агентство по гарантиям инвестиций) и универсальные организации (Многостороннее агентство по гарантиям инвестиций²⁶⁸). В случае наступления страхового события спор о компенсации страховщику за счет государства, ответственного за причинение ущерба, переходит из частноправовой плоскости в международно-правовую. Другими словами, участниками инвестиционного спора становятся сами субъекты международного права — государство — экспортер капитала, под эгидой которого действовала организация по страхованию инвестиций за рубежом, или международная межправительственная организация и государство — реципиент капитала.

²⁶⁷ Постановление Государственного Совета КНР от 26 января 1996 г. «О валютном регулировании» в ред. 1 августа 2008 г. (http://chinalawinfo.ru/economic_law/statute_foreign_exchange_administration).

²⁶⁸ Россия и Китай подписали Сеульскую конвенцию и являются ее полноправными участниками.

Нормы о переходе прав и обязанностей к другому лицу устанавливаются как в законодательстве, так и в ДИД.

Гарантия обеспечения надлежащего разрешения спора, возникшего в связи с осуществлением инвестиций на территории РФ и КНР. В течение длительного периода времени вопрос о разрешении инвестиционных споров, оставался предметом дискуссий между развитыми и развивающимися государствами. Последние, в особенности государства Латинской Америки, а впоследствии Азии и Африки следовали доктрине К. Кальво (по имени аргентинского историка и дипломата), не признававшей иностранного арбитража над актами суверенных государств. Развитые же страны настаивали на том, что в противном случае суды могут оказаться в положении арбитров в собственном деле, что не гарантирует справедливое рассмотрение.

В российском законодательстве, в частности в Федеральных законах «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» (ст. 10), «О соглашениях о разделе продукции» (ст. 22), предусматривается, что споры с участием иностранного инвестора, возникшие в связи с осуществлением инвестиций и предпринимательской деятельности на территории Российской Федерации, разрешаются в соответствии с международными договорами и федеральными законами в суде или арбитражном суде либо в международном арбитраже (третейском суде). Неудивительно, что в СРП «Сахалин-1», «Сахалин-2» и «Харьяга» указано, что спор передается на разрешение в арбитраж в Стокгольме. Вместе с тем, в Федеральном законе от 30 ноября 1995 г. «О континентальном шельфе Российской Федерации» указывается, что споры между физическими лицами, юридическими лицами, физическими и юридическими лицами по поводу реализации их прав и обязанностей на континентальном шельфе разрешаются в административном порядке или в судах Российской Федерации (ст. 47). Таким образом, применительно к отношениям, связанным с разрешением возможных споров в этой сфере, установлена юрисдикция российского государства и его суда, что не может не вводить в заблуждение иностранного инвестора, учитывая указанное законодательство.

В постановлениях Государственного Совета КНР «Использование материковых нефтяных ресурсов с участием иностранных инвесторов» (ст. 25) и «Использование нефтяных ресурсов на континентальном шельфе с участием иностранных инвесторов» (ст. 24) предусматривается, что после попыток проведения переговоров стороны имеют возможность обращения в арбитраж в соответствии с соглашением сторон. В договорах же обычно указывается на рассмотрение в китайском суде или на международное арбитражное производство в соответствии с правилами ЮНСИТРАЛ.

В договорах об иностранных инвестициях России и Китая устанавливаются более определенные гарантии. Прежде всего, предусматривается необходимость использовать досудебные или так называемых альтернативные способы урегулирования инвестиционных споров в течение 3–6 месяцев. Если же инвестиционный спор не будет разрешен путем переговоров и консультаций, то по требованию одной из договаривающихся

сторон спор будет передан на рассмотрение третейского арбитражного суда на основании Арбитражного регламента Комиссии ООН по праву международной торговли 1976 г., ЮНСИТРАЛ (положение большинства ДИД РФ). Такой вариант урегулирования споров содержат Соглашения РФ с Турцией (ст. 6), со Швейцарией (п. 3, 4 ст. 8), с Канадой (ст. 9), Францией (ст. 7). Кроме того, в соглашениях может предусматриваться обращение в третейский суд в соответствии с Регламентом Арбитражного института Стокгольмской торговой палаты (ДИД РФ с Великобританией (п. 3 ст. 8)) либо в компетентный суд или арбитраж договаривающейся стороны, на территории которой осуществлены капиталовложения (ДИД РФ с Грецией (ст. 9), Польшей (ст. 10)). В редких случаях для разрешения споров может предусматриваться рассмотрение споров в ИКСИД (соглашения РФ со Словакией (ст. 8) и с КНР (ст. 9, но только в отношении споров с участием инвестора)).²⁶⁹ В отличие от России, КНР в последние годы все чаще соглашается в ДИД на урегулирование споров посредством ИКСИД.²⁷⁰

Отметим в связи с этим, что к юрисдикции ИКСИД в последнее время обращаются все чаще и чаще. Вашингтонская конвенция 1965 г. «Об урегулировании инвестиционных споров между государствами и национальными физическими и юридическими лицами» на данный момент действует в отношении 147 государств.²⁷¹ Россия, как отмечено ранее, лишь подписала, но не ратифицировала этот документ. Но в соответствии с Дополнительным протоколом 1979 г. ИКСИД компетентен урегулировать спор и в случае, если одна из сторон в споре — государство или государство стороны в споре (инвестора) — не является участником Конвенции.

Условием обращения сторон в данный орган является письменное согласие сторон на передачу споров на разрешение, такое же положение между прочим содержится в ДЭХ. Следует отметить эволюцию практики в данной сфере, в соответствии с решением ИКСИД по делу Tradex против Албании (ARB/94/2) «согласие подразумевает соответствующее упоминание в национальном законодательстве»,²⁷² а в деле АМТ против Заира (ARB/93/1) ИКСИД пришел к выводу о наличии согласия исходя из текста международного договора.²⁷³

Что касается применимого права, то Конвенция предусматривает свободу его выбора: национальное и/или международное.²⁷⁴ Как правило, применяется

²⁶⁹ Фархутдинов И.З. Иностранные инвестиции в России и международное право // http://www.eurasialegal.info/index.php?option=com_content&view=article&id=885%3A2011-09-20-07-32-53&catid=117%3A2011-09-20-07-18-21&Itemid=37&limitstart=7 (дата обращения: 22 июня 2012 г.).

²⁷⁰ См., напр., Договор ФРГ и КНР от 2003 г. Следует иметь в виду, что Китай является полноправным членом Конвенции 1965 г. «О порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами».

²⁷¹ Изначально участниками являлись 46 государств.

²⁷² *Gara N.* Les nouveaux instruments du consentement à l'arbitrage CIRDI // Colloque, «Ou va le droit de l'investissement?». Р. 48.

²⁷³ Ibid.

²⁷⁴ Между прочим, в соглашении «Сахалин-1» в качестве применимого права выбрано право Англии, в СПС «Сахалин-2» — законодательство штата Нью-Йорк, США, а в соглашении «Харьга» шведское право.

первое.²⁷⁵ В случае если применимое право не было определено сторонами, ИКСИД старается использовать оба порядка (п. 1 ст. 42). Подобные положения содержатся и в ДЭХ: «Арбитражный суд решает спорные вопросы в соответствии с настоящим Договором и применимыми нормами и принципами международного права (п. 6 ст. 26)». Но в деле *Amco против Индонезии* (ARB/81/1) ИКСИД признал вспомогательную роль международного права, указав на возможность его применения в случае коллизии норм или правовых лагун.²⁷⁶ Предусматривается возможность пересмотра дел, однако она реализуется крайне редко.²⁷⁷

В ДЭХ также содержатся гарантии арбитражного рассмотрения споров с участием инвесторов. Под арбитражный механизм договора подпадают споры, связанные с инвестициями (п. 5, 6 ст. 1). Однако споры, касающиеся доступа, особенно неимперативные предынвестиционные обязательства, в соответствии со ст. 10 и 18 не обеспечиваются судебной защитой.

В зависимости от категории спора, определяемой субъектным составом участников (государства — частные инвесторы или государства — государства) различается порядок разрешения споров. Рассмотрение споров с участием частных инвесторов, после применения примирительных процедур, может происходить альтернативно: в трибуналах страны пребывания, в Международном центре по урегулированию инвестиционных споров (рассмотрено 20 дел), в арбитраже, учрежденном в соответствии с правилами ЮНСИТРАЛ (рассмотрено 7 дел), или в Арбитражном институте Международной торговой палаты в Стокгольме (рассмотрено 8 дел).²⁷⁸ Четыре государства: Австралия, Венгрия, Канада и Норвегия до сих пор не дали согласия на рассмотрение споров международными арбитражами (Приложение IA). Остальные договаривающейся стороны приняли на себя обязательство без задержки исполнять арбитражное решение и предусматривать обеспечение их исполнения (п. 8 ст. 26). Что же касается споров между государствами, то прежде всего стремятся их разрешить по дипломатическим каналам, а в случае неудачи могут обратиться в арбитражный суд *ad hoc* (ст. 27).

Эффективность норм ДЭХ подтверждается тем, что за прошедшие 10 лет на его основе было рассмотрено 29 споров. Данная категория дел представляет 9 % всех ежегодно рассматриваемых в международных арбитражах инвестиционных споров. Инвесторы, выбирая, на чем основывать свое

²⁷⁵ *Walde T.* Negotiating for Dispute Settlement in Transnational Mineral Contracts: Current Practice, Trends, and an Evaluation from the Host Country's Perspective // *Journal of International Law and Policy*. Vol. 7:33. 1977–1978. P. 44.

²⁷⁶ *Snoussi M.* Cohérence de la jurisprudence du CIRDI // *Colloque: «Ou va le droit de l'investissement?»*. P. 277.

²⁷⁷ *Op. cit.* P. 264.

²⁷⁸ *Investor-State Dispute Settlement Cases* // <http://www.encharter.org/index.php?id=213&L=0#Vattenfall2> (дата обращения: 22 июля 2012 г.).

обращение — ДИД или ДЭХ, все чаще выбирают Хартию (в 23 из 29 дел существовала возможность обосновать претензии на основе ДИД).²⁷⁹

Прочие гарантии. Приведенные выше основные гарантии правовой защиты деятельности иностранных инвесторов на территории РФ и КНР не являются единственными. В Федеральном законе РФ «Об иностранных инвестициях» упоминаются принцип невмешательства в ее осуществление, предоставления правовой защиты, использования различных форм осуществления инвестиций на территории РФ, гарантия перехода прав и обязанностей иностранного инвестора к другому лицу, права на приобретение ценных бумаг, права участия в приватизации государственной и муниципальной собственности, гарантии предоставления иностранному инвестору права на земельные участки, другие природные ресурсы, здания, сооружения и иное недвижимо имущество и пр. Подобные гарантии закрепляются и в законодательстве Китая.

Другие факторы, влияющие на инвестиционный климат в газодобывающей отрасли. Правое регулирование не существует независимо от политических, экономических, административных условий деятельности иностранного инвестора, в совокупности формирующих инвестиционный климат.

Политические и административные условия. Притоку в сферу добычи природного газа иностранного капитала в России препятствует политическая неопределенность, существующая в силу противоречия между необходимостью привлечения капиталовложений и желанием Правительства контролировать энергетическую промышленность, рассматриваемую в качестве стратегической.

Под предлогом обеспечения защиты экологии, угрожая отзывом лицензии, российские власти добиваются пересмотра ранее заключенных СПС. Так, в 2005 г. были внесены изменения в соглашение 1996 г. «Сахалин-2», в результате чего ОАО «Газпром» стало главным акционером в данном проекте Shell. В 2007 г. подобные события, связанные с предъявлением экологических претензий, произошли и с TNK-BP International. Эта компания была вынуждена уступить ОАО «Газпром» разработку Ковыктинского газового месторождения. Российское правительство предприняло попытки получения контроля и над проектом «Сахалин-1» — последним газовым месторождением в РФ, не контролируемом ОАО «Газпром». На сегодняшний день проект по-прежнему управляется ExxonMobil, но российский монополист обладает исключительными правами на приобретение всего добываемого на месторождении природного газа.

Российское Правительство также произвело расследование в отношении компаний «Total» и «StatoilHydro» на предмет эксплуатации ими Харьягинского месторождения, результатом которого стала уступка вышеупомянутыми компаниями частей своих долей. Кроме того, в 2006 г. ОАО

²⁷⁹ Eliasson N. 10 years of Energy Charter Treaty Arbitration // http://www.sccinstitute.com/filearchive/4/40960/Nils_Eliasson_Report.pdf (дата обращения: 22 июля 2012 г.).

«Газпром» отказал иностранным инвесторам в участии в разработке Штокмановского месторождения. Однако потребность в новых технологиях и средствах все же заставила уступить часть доли французской компании «Total» (25 %) и норвежской «StatoilHydro» (24 %).²⁸⁰

Следует иметь в виду, что подобная практика Правительства РФ не остается без последствий. Так, 19 сентября 2007 г. Комиссия ЕС предложила принять норму «о принципе взаимности» в энергетических отношениях, в целях ограничения доступа российских инвестиций на рынок ЕС.²⁸¹ Данное положение содержится и в Директиве 2009/73/ЕС «Об общих принципах внутреннего рынка природного газа и об отмене Директивы 2003/55/ЕС».²⁸²

Оценивая инвестиционный климат Китая, инвесторы главным образом отмечают несовершенство административной практики. 26 октября 2002 г. опубликован отчет о реализации закона «О природных ресурсах», в котором среди прочих были выделены следующие проблемы в отрасли газодобычи: административный беспорядок в отдельных районах страны, недостаточное финансирование государственных служащих в данной сфере. В качестве мер по улучшению работы властных органов, чиновников, предлагается сделать ее более открытой, эффективной, предсказуемой, установить максимальные сроки для осуществления того или иного действия. Кроме того, необходимо обеспечить соответствие национального законодательства стандартам ВТО. КНР должна стандартизировать, упростить процедуру одобрения иностранных инвестиций. Работа идет, но пока проблемы остаются.

Российское государство также испытывает проблемы, связанные с бюрократией и коррупцией. Председатель правления Сбербанка Г. Греф рассматривает эти факторы в качестве главного препятствия для иностранных инвесторов. В обиход прочно вошел новый термин при подсчете предстоящих расходов — «коррупционная нагрузка».²⁸³ Неудивительно, что Transparency international по фактору коррумпированности отводит РФ 143 место из 183 государств (Китай на 75 месте).²⁸⁴

Нельзя забывать и о том, что сложившаяся в России административная практика не способствует установлению отношений сотрудничества, основанных на доверии. Зачастую исполнительные органы не следуют законам и международным договорам, заключенным Российской Федерацией, особенно это происходит тогда, когда предметом этих нормативных актов является

²⁸⁰ *Peach G.* Russia, Norway will be partners / ConocoPhillips had contended for giant Barents Sea gas project, *Houston Chronicle*, 26.10.2007 // http://www.chron.com/CDA/archives/archive.mpl?id=2007_4449633 (дата обращения: 22 июня 2012 г.).

²⁸¹ Euractiv: «“Gazprom Clause” Issues Russia Ultimatum for Energy Cooperation» // <http://www.euractiv.com/energy/gazprom-clause-issues-russia-ult-news-218748> (дата обращения: 22 августа 2012 г.).

²⁸² Directive 2009/73/EC of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 concerning common rules for the internal market in natural gas and repealing Directive 2003/55/EC // *Official Journal*. 2009. L 211. P. 94–136.

²⁸³ ЭнергодIALOG РФ–ЕС // http://www.energystrategy.ru/press-c/source/8_февраля_12_Shafr.htm (дата обращения: 22 июня 2012 г.).

²⁸⁴ Corruption by country. Russia // <http://www.transparency.org/country#RUS> (дата обращения: 22 августа 2012 г.).

предоставление льгот иностранным инвесторам.²⁸⁵ К тому же, суды не гарантируют справедливого рассмотрения дел.²⁸⁶

В подобных условиях необходимо стремиться к разделению политики и управления. В частности, возможен такой вариант, когда Президент и Государственная Дума РФ могли бы устанавливать основы общей энергетической политики, а предоставление лицензий, заключение СРП, определение экологических норм и стандартов безопасности на определенной территории можно было бы передать независимому органу, состоящему из представителей российских и иностранных инвесторов, общественных организаций и др. Данный орган мог бы заключить возмездный (предполагается уплата роялти) договор с РФ на право управления ресурсами на определенной территории. В результате появится своего рода буфер между государством и иностранным инвестором, что позволит стабилизировать инвестиционный климат.²⁸⁷ Опыт реализации данной модели может быть изучен на примере США. Подобные органы создавались для распределения водных ресурсов при освоении засушливой западной территории страны. Сегодня этот опыт используется при строительстве стадионов, парков, транспортной инфраструктуры. Такие органы обеспечивают соблюдение общественного интереса, профессионализм в управлении, позволяют защищать бизнес от политического манипулирования.²⁸⁸

Экономические условия. Экономисты оценивают инвестиционный климат как соотношение доходности и рисков. Система налогообложения может стимулировать какую-либо деятельность, обеспечив ее прибыльность, либо оказать противоположное влияние.

В РФ налоговая нагрузка достаточно высока и составляет 30–38 % от суммы продаж, а по некоторым месторождениям еще выше. Налоговые ставки по сравнению с другими государствами достаточно высоки.²⁸⁹ В последнее время произошло существенное изменение в налогообложении субъектов газового комплекса. Законодатель установил два вида налогового режима. Общий и специальный — для инвесторов, осуществляющих деятельность на основе СРП. При этом в отношении иностранных инвесторов применяется тот же режим, что и в отношении отечественных. Однако практика показывает, что последние все-таки имеют гораздо больше возможностей.²⁹⁰

²⁸⁵ Землячева З.А. Государственно-правовое регулирование инвестиционной деятельности в топливно-энергетическом комплексе Российской Федерации. С. 16.

²⁸⁶ *Cunningham Jr. R.P.* Corporate Governance and Foreign Investment Nightmares in Russia: A Case Study of Unified Energy Systems // Virginia. Journal of International Law. Vol. 42. 2001–2002. P. 917.

²⁸⁷ *Bamberger N.D.B.* In The Wake of Sakhalin II: How Non-governmental Administration of Natural Resources Could Strengthen Russia's Energy Sector // Pacific Rim Law & Policy Journal Association. 2007. P. 691.

²⁸⁸ *Op. cit.* P. 688–689.

²⁸⁹ Курбанов Р.А. Правовое регулирование иностранных инвестиций в нефтяной и газовой промышленности. Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2005. С. 169.

²⁹⁰ Modalités juridiques et fiscales des investissements français en fédération de Russie // Petites affiches. 25.8.2010. № 169. P. 6.

Общая система налогообложения включает обязательные платежи, предусмотренные Федеральным законом «О недрах», такие как: разовые платежи за пользование недрами при наступлении определенных событий, оговоренных в лицензии, регулярные платежи за пользование недрами, плата за геологическую информацию о недрах, сбор за участие в конкурсе (аукционе), сбор за выдачу лицензии; а также обязательные платежи, предусмотренные Налоговым кодексом — налоги на добычу полезных ископаемых, на прибыль и др.

Установление плоской шкалы налога на добычу полезных ископаемых²⁹¹ имело результатом сдерживание инвестиций в низкодоходные месторождения. Снижается полнота и комплексность извлечения полезных ископаемых из недр. Напротив, в США стимулирование добычи происходит за счет уплаты налога с учетом стоимости запасов полезных ископаемых. В таких условиях компании «не придерживаются» месторождения, а разрабатывают их. С целью стимулирования инновационного воспроизводства представляется целесообразным ввести дополнительную льготу на прирост капитальных вложений и снизить налог на прибыль в соответствии с достигнутым предприятием уровнем инновационной деятельности: чем выше уровень — тем больше налоговых льгот получает предприятие. Возможно предоставление налоговых льгот инвесторам, осуществляющим долгосрочные инвестиции с тем, чтобы компенсировать им убытки от замедленного оборота капитала.²⁹²

Однако основная проблема состоит все же в неясности и изменчивости налогового законодательства РФ и соответственно невозможности просчитать доходность того или иного проекта. К тому же, нарушения налогового законодательства нередко используются Правительством России в качестве повода для получения контроля над компаниями. В подобных условиях иностранные инвесторы стремятся прибегать к специальному налоговому режиму, на основе соглашения о разделе продукции, дающему гарантии стабильности налогообложения. Однако с середины 1990-х годов не было заключено ни одного подобного соглашения.

В Китае в связи с низкой продуктивностью добычи, недостатком современных технологий, слабой развитостью рынка минеральных ресурсов, постоянно обсуждается необходимость дальнейшего осуществления налоговой реформы. Отметим, что в сентябре 2011 г. Государственный Совет КНР обнародовал планы по внесению изменения в Постановление «О налогах на ресурсы», а 28 октября 2011 г. Министерство финансов приняло Правила «Об имплементации Постановления “О налогах на ресурсы”». В сентябре 2011 г. Государственный Совет КНР обнародовал изменения в постановлениях «О китайско-иностранной совместной эксплуатации материковых нефтяных ресурсов» и «О китайско-иностранной совместной эксплуатации оффшорных нефтяных ресурсов», заменивших систему уплаты роялти на налог на ресурсы.

²⁹¹ Недифференцируемый налоговый режим в зависимости от объема добычи, доходности иных факторов.

²⁹² Землячева З.А. Государственно-правовое регулирование инвестиционной деятельности в топливно-энергетическом комплексе российской федерации. С. 9.

До этого размер роялти зависел от объема добычи и составлял от 2 до 15 юаней за кубический метр природного газа. Отныне размер налога составляет 5–10 % от рыночной цены на данный природный ресурс (на данный момент 5 %).

Кроме того, 31 марта 2012 г. Министерство земли и ресурсов приняло Разъяснение «О размере компенсационного платежа в отношении материковых и офшорных месторождений, уплачиваемого китайско-иностранными совместными предприятиями», которое будет действовать до 30 марта 2020 г. Отныне данный сбор взимается, помимо как с материкового газа, также и с природного газа, добытого на континентальном шельфе, и угольного метана. В отношении соглашений заключенных до вступления актов в силу действует прежняя система роялти. Особо указывается, что взимаемый китайским правительством сбор (в соответствии с Административным постановлением от 3 июля 1997 г. «О взимании компенсационного сбора за пользование минеральными ресурсами» в размере 1 %) включается в государственный бюджет и может перераспределяться в целях осуществления поиска и изучения новых месторождений.²⁹³

Важной особенностью инвестиционного климата в КНР является формирование системы районов льготного инвестирования. Гибкая налоговая политика в сочетании с другими инструментами (валютными, таможенными и т.д.) используется китайской стороной для создания в рамках специально выделенных территорий различных типов преференциального режима помещения иностранного капитала. Наиболее полный набор инвестиционных льгот предусматривается на территории специальных экономических зон (СЭЗ), при выборе которых учитываются такие факторы, как близость к морским торговым путям, благоприятные природно-климатические условия и др. В настоящее время действует 5 СЭЗ (Сямынь, о. Хайнань, Чжухай, Шаньтоу, Шеньчжень), расположенные в приморской зоне на юге Китая.

Ограничения в смежных отраслях. Иностранные компании не инвестируют капиталы в добычу природного газа в России не только по причине недостатка инвестиционных гарантий, экономической, политической неопределенности, а главным образом из-за ограничений на осуществление других смежных видов деятельности в газовом секторе. Так, в силу Федерального закона от 17 августа 1995 г. № 147-ФЗ «О естественных монополиях»²⁹⁴ к сфере естественных монополий относится транспортировка газа по трубопроводам; соответственно единая система газоснабжения Российской Федерации принадлежит ОАО «Газпром». В Федеральном законе от 31 марта 1999 г. «О газоснабжении в Российской Федерации»²⁹⁵ устанавливаются некоторые гарантии недискриминационного доступа к сети любых предприятий (ст. 27). Однако в то же время данные положения не являются достаточными для иностранных компаний, в силу потенциального

²⁹³ Improving the Management of Mineral Resources // <http://www.china.org.cn/e-white/20031223/6.htm> (дата обращения: 22 октября 2012 г.).

²⁹⁴ СЗ РФ. 1995. № 34. Ст. 3426 (в ред. ФЗ от 28 июля 2012 г. № 132-ФЗ).

²⁹⁵ Федеральный закон РФ от 31 марта 1999 г. № 69-ФЗ «О газоснабжении в Российской Федерации» // СЗ РФ. 1999. № 14. Ст. 1667 (в ред. ФЗ от 7 ноября 2011 г. № 303-ФЗ).

ограничения доступа, например, на основании технической невозможности. В частности, на это как на основное препятствие для осуществления инвестиций в отрасли указало и французское Правительство в Декрете № 858 от 14 июля 1997 г.²⁹⁶ Кроме того, отказ в доступе к транзиту используется как политический инструмент. Он был применен в отношении компании «ТНК-ВР International», не имевшей возможности транспортировать газ с Ковыктинского месторождения и, как следствие, осуществлять его добычу. В результате Правительство РФ, угрожая отзывом лицензии по причине бездействия компании, вынудило ее уступить свою долю ОАО «Газпром».²⁹⁷

В такой ситуации можно, конечно, пойти по пути усиления существующих гарантий, например, обязать ОАО «Газпром» по каждому случаю отказа обращаться в созданную государственную комиссию, уполномоченную контролировать использование магистральных газопроводов и разрешать споры. Но и эта мера вряд ли будет достаточной гарантией для инвестора, в условиях, когда Российская Федерация является мажоритарным акционером ОАО «Газпром».

В связи с этим возможны следующие варианты разрешения проблемы. Первый, более мягкий: обязать ОАО «Газпром», передать данные активы в управление другой компании и путем осуществления государственного контроля, обеспечивать ее независимую деятельность от материнской организации. Второй вариант, более предпочтительный, предполагает продажу газопроводов акционерным обществам, участниками которых были бы инвесторы и сами компании, добывающие газ, в том числе ОАО «Газпром» (в определенных пределах, не позволяющие последнему осуществлять монопольный контроль). Кроме того, подобный подход позволит ОАО «Газпром» за счет продажи «доли своего участия» в том или ином газопроводе привлечь денежные средства для развития газотранспортной системы России и полностью не утратить контроль над ней.

Данные предложения, безусловно, не являются новинкой и более подробные положения об их правовом оформлении можно обнаружить, изучив, так называемый Третий энергетический пакет ЕС.²⁹⁸

Помимо обеспечения доступа, существует еще и проблема строительства газопроводов. Как отмечает российский исследователь М. Субботин, нельзя предоставлять лицензии на добычу месторождения и ограничивать возможности компаний по вывозу полученного сырья. Особенно в условиях, когда государство само не занимается строительством трубопроводов. Профессор Р.А. Курбанов, полагает, что проблема может быть решена на основании концессионных соглашений. Объект создается концессионером, затем эксплуатируется им в течение времени, для восполнения инвестиционных

²⁹⁶ Décret du gouvernement de 14 juillet 1997 № 858 «Sur l'accès des entreprises indépendantes au réseau gazier de Gazprom» // Recueil de la législation de la FR. N 29. 21.1.1997. P. 3525.

²⁹⁷ Walsh D. BP Feels the Chill as Siberian Court Rejects Gasfield Plea // The Times. 29.5.2007.

²⁹⁸ Directive 2009/73/EC of the Parliament and of the Council of 13 July 2009 concerning common rules for the internal market in natural gas and repealing Directive 2003/55/EC // Official Journal. L 211. 14.8.2009. P. 94–136.

затрат, а затем передается в собственность концедента. Также использование концессии возможно при осуществлении модернизации какого-либо объекта.²⁹⁹

Слабое развитие инфраструктуры является одним из основных препятствий и для развития газовой отрасли в Китае.³⁰⁰ Хотя строительство газопроводов относится к поощряемым категориям инвестиций, реализация соответствующих проектов требует получения многочисленных разрешений. Все газопроводы принадлежат либо CNPC, либо SINOPEC, которые не представляют право свободного доступа третьим лицам к их инфраструктуре.³⁰¹ Подобное регулирование является, очевидно, еще одним сдерживающим фактом для привлечения инвестиций в данную отрасль экономики КНР.

В России в соответствии со ст. 3 Федерального закона от 18 июля 2006 г. № 117-ФЗ «Об экспорте газа»³⁰² исключительное право на экспорт газа предоставляется организации — собственнику единой системы газоснабжения или ее дочернему обществу, в уставном капитале которого доля участия организации — собственника единой системы газоснабжения составляет 100 % (ООО «Газпром экспорт»). Исключительное право распространяется как на трубопроводный, так и на сжиженный газ. Под действие исключительного права не подпадает лишь газ, произведенный в соответствии с соглашениями о разделе продукции, заключенными до вступления закона в силу. Но даже в последнем случае, как уже отмечалось, ОАО «Газпром» удалось «убедить» ExxonMobil уступить эксклюзивное право на экспорт природного газа, добываемого в рамках проекта «Сахалин-1». Таким образом, иностранные компании не имеют возможности экспортировать природный газ или вынуждены это делать, продавая добытый газ ОАО «Газпром». Подобную ситуацию вряд ли можно назвать благоприятной для привлечения иностранных компаний. Объясняется же данная мера необходимостью обеспечения национальной энергетической безопасности, предотвращения исчерпания невозполнимых природных ресурсов, исполнения международных обязательств, поддержания топливно-энергетического баланса России. Однако реальные причины, скорее всего, состоят в желании компенсировать убытки ОАО «Газпром» от поставок газа российским потребителям по низким регулируемым ценам и от реализации программы газификации регионов. Помимо этого единый канал сбыта позволяет исключить конкуренцию поставщиков между собой и практику продаж по демпинговым ценам, приводящую к сокращению суммарной выручки.

Закон не содержит механизма реализации исключительного права на экспорт газа, что оставляет возможность различных толкований. Есть две взаимоисключающие трактовки. Первая состоит в том, что на экспорт может

²⁹⁹ Курбанов Р.А. Правовое регулирование иностранных инвестиций в нефтяной и газовой промышленности. Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. С. 63.

³⁰⁰ Blumental D., Chua T.L., Au A. Upstream Oil and Gas in China.

³⁰¹ Wei W., Peng X., Hou Y., Chen B., Du J., Wang G. Gas in China // The Impacts and Benefits of Structural Reforms in the Transport, Energy and Telecommunications sectors. APEC Policy Support Unit, 2011. P. 374.

³⁰² СЗ РФ. 2006. № 30. Ст. 3293.

поставляться только газ, собственником которого является ОАО «Газпром» или ООО «Газпром экспорт». Вторая предполагает возможность экспорта газа независимыми поставщиками при условии заключения ими договора комиссии или агентирования с субъектами исключительного права. Сторонники данной точки зрения ссылаются, во-первых, на то, что закон не устанавливает ограничений в отношении права собственности на экспортируемый газ, во-вторых, на положение Федерального закона «Об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности», обязывающее субъекта исключительного права на экспорт осуществлять поставки на недискриминационной и рыночной основе.³⁰³ В связи с такой неопределенностью трактовки закона высказываются соображения о желательности принятия подзаконного акта, устанавливающего механизм реализации Федерального закона «Об экспорте газа».

Следует отметить, что организация экспорта газа за рубеж по единому каналу имеет прецеденты в других государствах, например, в Алжире, Канаде, Норвегии. С 1986 г. по июнь 2001 г. Норвегия осуществляла сбыт газа через Комитет по проведению переговоров о сбыте газа (GFU).³⁰⁴ В его состав входили представители норвежских нефтегазовых компаний, в первую очередь, компаний «Statoil» (председатель), «Norsk Hydro» и «Saga Petroleum». Комитет отвечал за подготовку и проведение переговоров об экспорте норвежского газа вплоть до окончательного подписания контрактов, которые затем должны были утверждаться на уровне Правительства и Парламента. Таким образом, перед второй стороной контракта — импортерами газа выступал единый партнер в лице GFU. Однако работа норвежской системы вызывала критику, особенно усилившуюся с началом либерализации рынка газа в ЕС³⁰⁵. Европейская комиссия потребовала от Норвегии упразднить Комитет по проведению переговоров, и с 1 января 2002 г. это было выполнено. После отмены GFU производители газа получили возможность самостоятельно поставлять газ, однако падения цены не произошло, так как основная норвежская нефтегазовая компания «Statoil» сохраняет и в новых условиях решающее влияние на экспорт газа. Подобная ситуация преобладания ОАО «Газпром» существует и в России.

Полагаем, что для обеспечения национальной энергетической безопасности, поддержания топливно-энергетического баланса России и гарантирования интересов инвесторов было бы достаточно установить квоты на экспорт для иностранных компаний или осуществление экспорта на основании лицензии, как это, кстати, делается в Китае³⁰⁶ и США.

³⁰³ Подробнее см.: *Дубик Н.Н.* Правомерность введения единого экспортного канала газа // Нефтегаз, энергетика, законодательство. 2007. С. 153–157.

³⁰⁴ *Митрова Т.А.* Анализ либерализации зарубежных рынков природного газа // <http://gasforum.ru/zarubezhnyj-opyt/45> (дата обращения: 20 июля 2012 г.).

³⁰⁵ Под либерализацией понимается открытие рынка для конкуренции путем снятия ограничений на цены и барьеров для выхода на рынок и для доступа к его инфраструктуре: *Архипченко А.Ю., Грищенко А.И.* О проблемах развития конкурентного рынка электрической энергии // Энергетическое право. 2004. № 2. С. 40.

³⁰⁶ *Blumental D., Chua T.L., Au A.* Upstream Oil and Gas in China.

*
* * *

Приведенный сравнительно-правовой анализ правового регулирования иностранных инвестиций в РФ и Китае показал, что законодательство обеих стран в данной сфере далеко от мировых стандартов. Несмотря на значительное число юридических гарантий, их не следует расценивать в качестве эффективных. Не все из них определены достаточно четко,³⁰⁷ некоторые имеют лишь декларативный характер, в законе могут не определяться процессуальные механизмы их действия.

Следует отметить, что российское законодательство во многих аспектах является более благоприятным. Так, в РФ, по сравнению с КНР, законодательство закрепляет большее число форм доступа к природным ресурсам, а не одну, лицензионную, как в Китае. Также система источников инвестиционного права РФ выглядит более понятной, механизмы имплементации международного права и его соотношение с национальным правом является более определенными, как и формулирование некоторых гарантий. Однако КНР, не имеющей огромных запасов газа, даже несмотря на недостатки ее законодательства, удается привлекать значительные инвестиции. Возможно, это связано с тем, что другие правовые гарантии, не упомянутые выше (например, обеспечения надлежащего разрешения споров), в КНР более развиты, чем в РФ. Вероятно, сказываются и преференции от членства в ВТО. Однако основное объяснение привлекательности Китая состоит в наличии более стабильных политических условий. Таким образом, можно предположить, что для привлечения инвестиций в РФ, необходимо не только приблизить правовое регулирование к мировым стандартам, но прежде всего совершенно четко определить, в какой мере и в каких сферах РФ они требуются, обнаружить точки пересечения частного интереса с интересами общества, государства.³⁰⁸ Без ясных ориентиров, подтвержденных политической волей и практикой (а не текстом энергетической стратегии) нет смысла писать новые законопроекты, обсуждать их. До тех пор вряд ли следует рассчитывать на доверие иностранных инвесторов, особенно на их участие в долгосрочных дорогостоящих проектах.

³⁰⁷ *Waltrip J.M.* The Russian Oil and Gas Industry after Yukos: Outlook for Foreign Investment. P. 581.

³⁰⁸ *Курбатов А.Я.* Сочетание частных и публичных интересов при правовом регулировании предпринимательской деятельности. М., 2001. С. 156.

**Постановление Государственного Совета КНР № 131 от 7 октября 1993 г.
«ИСПОЛЬЗОВАНИЕ МАТЕРИКОВЫХ НЕФТЯНЫХ РЕСУРСОВ
С УЧАСТИЕМ ИНОСТРАННЫХ ИНВЕСТОРОВ»**

(с изменениями от 23 сентября 2001 г., 18 сентября 2007 г. и
30 сентября 2011 г.)³⁰⁹

Часть первая. Общие положения

Статья 1. Данные положения сформулированы для защиты развития нефтяной промышленности, а также поддержки международного экономического сотрудничества и технологического обмена.

Статья 2. Эксплуатация материковых нефтяных ресурсов в сотрудничестве с иностранной стороной на территории КНР должна осуществляться согласно данным положениям.

Статья 3. Нефтяные ресурсы на территории КНР принадлежат государству КНР.

Статья 4. Правительство КНР защищает совместную деятельность иностранных компаний, принимающих участие в совместной эксплуатации материковых нефтяных ресурсов, а также их инвестиции, доходы и другие законные права и интересы в соответствии с законом. Использование материковых нефтяных ресурсов в сотрудничестве с иностранными сторонами на территории КНР должно осуществляться согласно соответствующим законам, нормам и правилам КНР и должно являться предметом контроля соответствующих органов власти Правительства КНР.

Статья 5. Государство не будет экспроприировать инвестиции и доходы иностранных предприятий, участвующих в совместной эксплуатации материковых нефтяных ресурсов. При необходимости, для защиты общественных интересов государство может экспроприировать часть [нефти] или всю нефть, полученную иностранными предприятиями при совместной эксплуатации, законным путем и предоставить соизмеримую компенсацию.

Статья 6. Специальный отдел, созданный Государственным Советом, отвечает за распределение совместных блоков в областях, утвержденных Государственным Советом, определяет формы сотрудничества, организует разработку соответствующих планов и политики, а также изучает и утверждает планы общей разработки нефтяных (газовых) месторождений в сотрудничестве с иностранными сторонами.

© А.К. Волков (пер. с англ.), 2012

³⁰⁹ Перевод осуществлен с англоязычной версии текста Постановления Государственного Совета КНР № 131 от 7 октября 1993 г. «Использование материковых нефтяных ресурсов с участием иностранных инвесторов» в редакции от 23 сентября 2001 г., размещенного на официальном сайте Министерства экономики КНР (<http://www.chinamining.org/Policies/2006-08-04/1154678789d449.html> и http://www.fdi.gov.cn/pub/FDI_EN/Laws/GeneralLawsandRegulations/RegulationsonForeignInvestment/P020070319536738591484.pdf). Перевод поправок к постановлениям от 18 сентября 2007 г. и от 30 сентября 2011 г. осуществлен с англоязычной версии текстов, размещенной на сайте: <http://www.sourcejuice.com/1479623/2011/10/11/State-Council-Revising-Ministry-Foreign-Exploitation-Onshore-Oil-Resources> (дата обращения: 1 сентября 2012 г.).

Статья 7. Китайская национальная нефтяная корпорация (China National Petroleum Corporation) и Китайская нефтехимическая корпорация (China Petroleum Chemical Corporation) (далее: Китайские нефтяные компании) отвечают за эксплуатацию материковых нефтяных ресурсов в сотрудничестве с иностранными сторонами; отвечают за ведение переговоров, заключение и исполнение контрактов с иностранными предприятиями о совместной эксплуатации материковых нефтяных ресурсов; имеют эксклюзивные права на изучение нефтяных месторождений, разработку и добычу в сотрудничестве с иностранными компаниями в областях, предназначенных для эксплуатации материковых нефтяных ресурсов в сотрудничестве с иностранными предприятиями, утвержденных Государственным Советом.

Статья 8. Китайские нефтяные компании посредством проведения тендеров и переговоров с иностранными предприятиями заключают договоры для осуществления совместной эксплуатации материковых нефтяных ресурсов в рамках совместных блоков в областях, предназначенных для добычи материковых нефтяных ресурсов в сотрудничестве с иностранными партнерами, утвержденных Государственным Советом. Эти контракты считаются заключенными только после того, как они были одобрены Министерством внешней торговли и экономического сотрудничества КНР. Китайские нефтяные компании также могут заключать иные совместные контракты, нежели указанные в предыдущем параграфе, в областях, предназначенных для добычи материковых нефтяных ресурсов в сотрудничестве с иностранными партнерами, подлежащие утверждению Государственным Советом. Данные контракты должны вестись Министерством внешней торговли и экономического сотрудничества КНР.

Статья 9. После создания совместного блока, за исключением случая использования материковых нефтяных ресурсов китайскими нефтяными компаниями в сотрудничестве с иностранными предприятиями, другие предприятия не могут войти на территорию выделенного блока для проведения исследовательских работ или заключить какие-либо экономические или технические совместные соглашения с иностранными предприятиями по добыче нефти в данном блоке. Если до объявления иностранного совместного блока предприятие уже вступило в этот блок для проведения нефтяных изысканий (в случае если изучение проводится на региональном уровне), оно должно покинуть этот блок после того, как Китайские нефтяные компании заключили контракт с иностранным предприятием. Китайские нефтяные компании несут ответственность за продажу исследовательских данных, полученных от предыдущего предприятия для обеспечения надлежащей компенсации за ее вложения. Если в этом блоке обнаруживается нефтяное (газовое) месторождение с коммерческой эксплуатационной ценностью, предприятие, которое покинуло этот блок, может принять участие в развитии блока путем осуществления инвестиций. Отдел, назначенный Государственным Советом, должен периодически корректировать ранее обозначенные в смысле определения границ иностранные совместные блоки в связи с подписанием и исполнением контрактов.

Статья 10. При эксплуатации материковых нефтяных ресурсов совместно с иностранными партнерами, следует придерживаться следующих принципов: учета национальных и местных интересов, в частности, местным интересам должны быть даны соответствующие преимущества при распределении средств соответствующих фондов для освоения нефтяного (газового) месторождения с коммерческой эксплуатационной ценностью. Соответствующее местное народное правительство должно в соответствии с законом защищать производственную и предпринимательскую деятельность в совместных областях и обеспечивать эффективную помощь таким мероприятиям в области землепользования, доступ к дорогам и каждодневным услугам.

Статья 11. Использование материковых нефтяных ресурсов в сотрудничестве с иностранными партнерами должно подлежать налогообложению в соответствии с законом. Работники предприятий, осуществляющих эксплуатацию материковых нефтяных ресурсов совместно с иностранными сторонами, платят налог на доходы.

Статья 12. Снижение налогов, освобождение от них или другие льготы относительно налогов должны осуществляться в отношении оборудования и материалов, импортируемых для выполнения условий контрактов, в соответствии с законодательством государства. Конкретные методы должны быть разработаны Министерством финансов совместно с Главным таможенным управлением.

Часть вторая. Права и обязанности иностранных участников

Статья 13. Сотрудничество между китайскими нефтяными компаниями и иностранными предприятиями в отношении использования материковых нефтяных ресурсов должно оформляться в виде контракта. Если иное не предусмотрено законодательством или правилами, или не оговорено в контрактах, договаривающиеся иностранные предприятия (далее «иностранная сторона») должны быть единственными участниками, инвестирующими в поиск месторождения, для того чтобы стать ответственными за исследовательские работы и нести связанные с этим риски. После обнаружения нефтяного (газового) месторождения с коммерческой ценностью, иностранная сторона и Китайские нефтяные компании должны совместно инвестировать в развитие данного месторождения и иностранная сторона должна приступить к разработке и добыче на месторождении до тех пор, пока китайская нефтяная компания не начнет участвовать в производстве в соответствии с условиями контракта.

Статья 14. Иностранная сторона может вернуть свои инвестиции и затраты и получить доход от производства нефти согласно условиям контракта.

Статья 15. Нефть, полученная или купленная иностранным подрядчиком, может быть направлена за границу в соответствии с законодательством государства и условиями контракта. Инвестиции, прибыль и другие законные доходы иностранной стороны также могут быть экспатрированы за границу в соответствии с законом. Если иностранная сторона продает нефть, полученную

на территории КНР, такая нефть, как правило, покупается китайскими нефтяными компаниями, но она также может быть продана иными способами, согласованными сторонами, при условии, что данные способы продажи не противоречат законодательству государства относительно реализации нефтепродуктов на территории КНР.

Статья 16. При открытии валютных счетов, совершении других валютных операций иностранная сторона должна соблюдать законы КНР, акты Управления по регулированию операций с иностранной валютой, а также другие положения государства в отношении регулирования иностранной валюты.

Инвестиции иностранной стороны должны осуществляться в американских долларах или другой свободно конвертируемой валюте.

Статья 17. Иностранному подрядчику должен в соответствии с законом создать филиал, дочернюю компанию или представительство на территории КНР. Место для создания вышеупомянутой организации должно быть согласовано иностранной стороной и Китайскими нефтяными компаниями.

Статья 18. В ходе выполнения контракта иностранная сторона должна своевременно и точно сообщать Китайским нефтяным компаниям о своих нефтяных операциях, полностью и точно сохранять данные, записи, образцы, свидетельства и другую информацию о своих нефтяных операциях и предоставлять информацию и образцы, а также различные отчеты относительно технических, экономических, бухгалтерских и административных вопросов.

Статья 19. За исключением лизингового оборудования, полученного от третьих лиц, право собственности на имущество, приобретенное или созданное иностранной стороной, в соответствии с планами и бюджетом, указанным в контракте, должно быть оформлено на Китайские нефтяные компании после компенсации вложений иностранной стороны, оговоренных в контракте, или по истечении срока добычи на нефтяном (газовом) месторождении. В течение срока действия контракта иностранная сторона может использовать лишь те активы, которые оговорены в контракте.

Часть третья. Нефтяные операции

Статья 20. Компания-оператор должна разработать план общего развития нефтяного (газового) месторождения и получить разрешение от отдела, учрежденного Государственным Советом, прежде чем осуществить разработку и производственные операции.

Статья 21. Персонал, необходимый для проведения нефтяных операций, должен быть оговорен в нефтяном контракте, и компания-оператор может нанять преимущественно китайских граждан.

Статья 22. При проведении нефтяных операций компания-оператор и подрядчик должны соблюдать законы, правила и стандарты государства относительно защиты окружающей среды и безопасной эксплуатации, а также следовать международной практике по защите сельскохозяйственных земель, водных, лесных и других природных ресурсов и предотвращать загрязнение и

поражение атмосферы, океанов, рек, озер, подземных вод и других природных объектов, подлежащих охране.

Статья 23. Использование земли во время проведения нефтяных операций должно осуществляться в соответствии с законами КНР, актами Управления по земельному праву и другими положениями государства.

Статья 24. Правом собственности на данные, записи, образцы, свидетельства и другую подлинную информацию различных нефтяных операций, изложенных в статье 18, обладают Китайские нефтяные компании. Использование, передача, дарение, обмен, продажа или публикация данных, записей, образцов, примеров, свидетельств и другой подлинной информации, изложенной в предыдущих параграфах, отгрузка или передача их с территории КНР должны осуществляться согласно соответствующим нормам законодательства.

Часть четвертая. Разрешение споров

Статья 25. В случае возникновения спора между сторонами договора о совместной эксплуатации материковых нефтяных ресурсов в связи с исполнением договора, спор должен быть разрешен путем переговоров или процедуры примирения. Если стороны отказываются проводить переговоры или идти на примирение либо если переговоры и примирение не достигают своей цели, спор может быть передан в арбитраж китайской страны или другое арбитражное учреждение согласно арбитражным положениям контракта или арбитражного соглашения, совершенного впоследствии в письменной форме. Если стороны не оговорили арбитражные положения в контракте и не вступили впоследствии в арбитражные соглашения в письменной форме, иск может быть направлен в народный суд.

Часть пятая. Ответственность

Статья 26. В случае, нарушения данных положений путем совершения любого из перечисленных ниже деяний, отдел, учрежденный Государственным Советом, требует в соответствии с его полномочиями исправления нарушений в определенный срок и выносит предупреждение. Если нарушение не исправлено в положенный срок, данный отдел может распорядиться об остановке проведения нефтяных операций. Следующие деяния являются преступлениями, за которые предусмотрена уголовная ответственность: 1) Нарушение параграфа 1 статьи 9 — вступление в иностранный совместный блок без разрешения проводить нефтяные исследования или заключение договора с иностранным предприятием о добыче нефти в этом совместном блоке; 2) Нарушение статьи 18 — отказ в ходе исполнения контракта своевременно и точно сообщать о нефтяных операциях китайским нефтяным компаниям, предоставлять информацию и образцы, а также различные отчеты относительно технических, экономических, бухгалтерских и административных вопросов китайским нефтяным компаниям по мере необходимости; 3) Нарушение статьи 20 — проведение разработок и производственных операций без разрешения и до того, как общий план развития нефтяных (газовых)

месторождений был одобрен; или 4) Нарушение второго параграфа статьи 24 — использование, передача, дарение, обмен продажа или публикация данных, отчетов, образцов, свидетельств и другой подлинной информации относительно нефтяных операций либо транспортировка или передача их за пределы территории КНР без соответствующего разрешения.

Статья 27. Если кто-либо нарушил статьи 11, 16, 22 или 23, соответствующие органы власти налагают наказания в соответствии с законами и правилами. Если нарушение является преступлением, уголовное преследование осуществляется по закону.

Часть шестая. Дополнительные положения

Статья 28. Следующие термины в данном Постановлении имеют следующее значение: 1) «Нефть» означает сырую нефть и природный газ, находящиеся под землей, добываемые или уже добытые. 2) «Материковые нефтяные ресурсы» означают подземные нефтяные ресурсы, находящиеся в любой части земли (в том числе на пляжах, островах, морских территориях, простирающиеся на глубину до 5 метров). 3) «Использование» включает разведку, разработку, использование и продажу нефти и мероприятия, связанные с данными действиями. 4) «Нефтяные операции» означают исследование, разработку, добычу и связанные с ними виды деятельности, осуществляемые при исполнении контракта. 5) «Изыскательские работы» включают все работы, которые производятся при использовании геологических, геофизических и геохимических методов, включая бурение скважин для обнаружения нефтяных ловушек и работу по оценке бурения скважин, составление технико-экономического обоснования и создание плана по общему развитию нефтяного (газового) месторождения, которая производится при обнаружении нефтяных ловушек для определения их коммерческой ценности. 6) «Операции по разработке» включают проектирование, строительство, монтаж, бурение и связанные с данными действиями исследования, проводимые после того как принят план по общему развитию нефтяного (газового) месторождения, в целях обеспечения добычи нефти, включая производственные мероприятия, предшествующие коммерческой деятельности. 7) «Операции по добыче» означают все операции и связанные с ними мероприятия, осуществляемые для производства нефти, начиная с даты коммерческого использования нефтяного (газового) месторождения.

Статья 29. Положения статей 4, 11, 12, 15, 16, 17, 21 применяются к иностранным сторонам.

Статья 30. Добыча метана из угольных пластов в сотрудничестве с иностранными сторонами должна осуществляться только компанией China United Coalbed Methane Co., Ltd со ссылкой на данное Постановление.

Статья 31. Данное Постановление вступает в силу с момента публикации.

**ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО О ЗАЩИТЕ КОНКУРЕНЦИИ
КАК ЭЛЕМЕНТ ПУБЛИЧНОГО ПОРЯДКА
В МЕЖДУНАРОДНОМ АРБИТРАЖЕ
В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ**

1. Публичный порядок и международный арбитраж. В настоящей статье публичный порядок рассматривается с двух позиций: во-первых, как доктрина, обосновывающая отмену или отказ в признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения; во-вторых, как основание для отступления от общего принципа запрета пересмотра иностранных арбитражных решений государственными судами по существу.

Право международного арбитража закрепляет ряд оснований для отмены арбитражного решения, а также для отказа в его признании и приведении в исполнение. Среди них выделяют группу оснований, объединенную общей характеристикой — «публичный порядок». Эта группа перечислена в пунктах «а» и «b» части 2 ст. V Нью-Йоркская конвенция от 10 июня 1958 года о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (далее — Нью-Йоркская конвенция). В частности, эти положения допускают отказ в признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения, если: а) «объект спора не может быть предметом арбитражного разбирательства» или б) «признание и приведение в исполнение [арбитражного] решения противоречат публичному порядку». И хотя лишь в одном из этих пунктов напрямую говорится о противоречии публичному порядку, оба основания считаются аспектами доктрины публичного порядка с точки зрения воспрепятствования признанию и приведению в исполнение иностранного арбитражного решения.³¹⁰

Второй аспект публичного порядка, который рассматривается в настоящей статье — публичный порядок в качестве основания, допускающего пересмотр государственным судом решения арбитров по существу. Одно из важных положений международного арбитража — запрет государственным судам пересматривать по существу принятое арбитрами решение. Этот запрет содержится в ряде источников. Так, его выводят из положений Нью-Йоркской конвенции. Устанавливая в ст. V Конвенции перечень оснований, по которым может быть отказано в признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения, авторы Конвенции не предусмотрели в качестве такого основания неверное применение норм материального права арбитрами при разрешении спора. Поэтому, рассматривая заявление о признании и приведении в исполнение арбитражного решения, государственный суд не вправе

³¹⁰ См.: *Berg A.J., van den.* The New York Arbitration Convention of 1958. Kluwer Law International, 1981. P. 368; *Lew J., Mistelis L., Kröll S.M.* Comparative International Commercial Arbitration. Kluwer Law International, 2003. P. 720 (здесь и далее перевод с английского наш. — А. Г.).

оценивать правильность применения арбитрами тех или иных положений национального материального права. Даже в случае неверного их применения государственный суд будет обязан (при отсутствии иных оснований для отказа) признать и привести в исполнение такое арбитражное решение.

Пожалуй, единственным исключением из правила о недопустимости пересмотра решения арбитров по существу является наличие опасений того, что арбитражное решение нарушает публичный порядок государства, в суд которого поступил запрос о признании и приведении в исполнение.³¹¹ В такой ситуации государственному суду будет необходимо оценить, соответствует ли вынесенное арбитрами решение императивным положениям национального законодательства.

В этом исключительном случае государственный суд может оценить выводы арбитров по вопросам фактов и права, иными словами, в отношении обстоятельств дела и примененного права допускается «second look» (дословно: «повторный взгляд», т. е. повторное рассмотрение).

2. Возникновение и развитие доктрины «second look». Вопрос о возможности повторной оценки обстоятельств дела и примененных норм права активно обсуждался в литературе, посвященной международному арбитражу и рассматривался в судах.³¹² В результате сформировалась доктрина «second look».³¹³

О применении этой доктрины говорят в различных случаях нарушения публичного порядка в международном арбитраже — от случаев пристрастности арбитров и отсутствия мотивировочной части решения до нарушения основополагающих принципов материального права.³¹⁴ Однако наиболее часто «second look» упоминается, когда речь идет о возможном нарушении антимонопольного законодательства. Дело в том, что возникновение этой доктрины традиционно связывается с решением Верховного Суда США от 2 июля 1985 г. по делу *Mitsubishi Motors Corp.* (далее — *Mitsubishi*) против *Soler Chrysler-Plymouth, Inc.* (далее — *Soler*).³¹⁵ Верховный Суд США рассмотрел вопрос о том, обязаны ли стороны передать на разрешение в

³¹¹ *Mistelis L., Pietro D., di.* New York Convention, Article V. Grounds to refuse enforcement of foreign arbitral awards // *Mistelis L. (ed.) Concise International Arbitration.* Kluwer Law International, 2010. P. 15. — См. также п. 19 Решения Верховного Суда Правосудия (Люксембург) от 24 ноября 1993 г. по делу *Kersa Holding Company Luxembourg* против *Infancourtage, Famajuk Investment and Isnny* (XXI Yearbook Commercial Arbitration / *Berg A.J., van den* (ed.). Kluwer Law International, 1996. P. 624.)

³¹² *Berg A.J., van den.* Grounds for Refusal of Enforcement — No Re-examination of the Merits of the Arbitral Award // XXI Yearbook Commercial Arbitration — 481; *Radicati di Brozolo L.G.* The Present — Commercial Arbitration as a Transnational System of Justice: The Control System of Arbitral Awards: A Pro-Arbitration Critique of Michael Reisman's «Architecture of International Commercial Arbitration» // XVI Arbitration: The Next Fifty Years / ICCA Congress Series. Kluwer Law International, 2012. P. 87–88.

³¹³ *Born G.B.* International Arbitration: Cases and Materials. Kluwer Law International, 2011. P. 444; *Park W.W.* Private Adjudicators and the Public Interest: The Expanding Scope of International Arbitration // *Brooklyn Journal of International Law.* 1986. N 12. P. 642.

³¹⁴ *Dalhuisen J.H.* The Arbitrability of Competition Issues // *Arbitration International.* Kluwer Law International, 1995. N 11(2). P. 154; *Mistelis L., Brekoulakis S.L.* Arbitrability: International and Comparative Perspectives. Kluwer Law International, 2009. P. 326.

³¹⁵ 473 US 614, 105 S. Ct. 3346 (1985).

международный арбитраж возникший между ними спор. Mitsubishi и Soler заключили договор поставки и были участниками дистрибьюторского соглашения вместе с компанией Chrysler International (далее — Chrysler). Договор поставки предусматривал обязанность Soler каждый год приобретать определенное количество автомобилей у Mitsubishi, а также содержал арбитражное соглашение, обязывавшее стороны разрешать споры в Японской коммерческой арбитражной ассоциации. Из-за проблем на рынке автомобилей Пуэрто-Рико весной 1981 г. Soler не выполнил свои обязательства по договору поставки. Mitsubishi инициировала арбитражное разбирательство в Японии и обратилась в окружной суд федерального округа Пуэрто-Рико с требованием обязать Soler принять участие в арбитраже. Soler возражал, указывая на сговор Mitsubishi и Chrysler о разделе рынка, и настаивал на разрешении спора в государственном суде. После рассмотрения спора в окружном и апелляционном судах дело было разрешено в Верховном Суде США.

Верховный Суд США пришел к выводу, что необходимость уважения компетентности арбитров и то обстоятельство, что международный арбитраж должен быть предсказуемым способом разрешения споров, требуют признать действительность соглашения сторон об арбитраже. Кроме того, одним из преимуществ арбитража является возможность выбора арбитра, в том числе по критерию наличия у него экспертных знаний в определенной области или по предмету арбитража. Поэтому потенциальная сложность спора о защите конкуренции не означает, что арбитры не в состоянии справиться с этим делом. В заключение Верховный Суд США указал, что допуская арбитрабельность таких споров, национальные суды смогут на стадии приведения арбитражного решения в исполнение убедиться в соблюдении требований антимонопольного законодательства. В противном случае суд откажет в признании и приведении в исполнение решения, противоречащего публичному порядку. И хотя возможность пересмотра арбитражного решения на стадии признания и приведения в исполнение должна сводиться к минимуму, суду не потребуется глубокий анализ решения арбитража, чтобы установить учтены ли нормы о защите конкуренции в данном решении. Таким образом, Верховный Суд США обязал Soler принять участие в арбитраже в Японии.³¹⁶

Необходимо обратить особое внимание на следующие выводы суда: 1) в случае, если арбитры не примут в расчет антимонопольные аспекты спора, вынесенное ими решение будет рассматриваться как противоречащее публичному порядку; 2) Верховный Суд США допускает возможность частичного пересмотра арбитражного решения на стадии приведения в исполнение для того, чтобы убедиться, что требования законодательства о защите конкуренции соблюдены. Именно такую возможность частичного пересмотра решения арбитров по существу для удостоверения соблюдения

³¹⁶ XI Yearbook Commercial Arbitration 1986 / Berg A.J. van den (ed.). Kluwer Law International, 1986. P. 555–565.

требований публичного порядка и стали впоследствии называть доктриной «second look».³¹⁷

Следующей вехой в развитии доктрины «second look» послужило решение Европейского Суда Справедливости (далее — ЕСС) от 1 июня 1999 г. № C-126/97 по делу *Eco Swiss China Time Ltd* (далее — *Eco Swiss*) против *Benetton International NV* (далее — *Benetton*).³¹⁸ В своем решении ЕСС также рассмотрел соотношение понятия «публичный порядок» с точки зрения Нью-Йоркской конвенции и положений национального законодательства о защите конкуренции.

Benetton и *Eco Swiss* являлись участниками лицензионного соглашения, предусматривавшего разрешение споров в Нидерландском арбитражном институте. После того как *Benetton* нарушил положения договора, *Eco Swiss* инициировал арбитражное разбирательство. Арбитры вынесли решение в пользу *Eco Swiss*. *Benetton* обратился в государственный суд в Нидерландах с требованием об отмене решения арбитров как противоречащего публичному порядку. *Benetton* указывал на то, что заключенное между ними лицензионное соглашение недействительно, поскольку нарушает требования защиты конкуренции, закрепленные в ст. 85 Договора от 25 марта 1957 г., учреждающего Европейское Сообщество (далее — Римский договор).³¹⁹ После того как суд первой инстанции отказал в удовлетворении этого заявления, *Benetton* обжаловал отказ в вышестоящие суды Нидерландов. В результате дело оказалось на рассмотрении Верховного Суда Нидерландов, который передал на разрешение в ЕСС ряд вопросов о толковании положений ст. 85 Римского договора.³²⁰

ЕСС указал, что в интересах эффективности арбитражного разбирательства пересмотр решений международного арбитража должен быть минимальным. Статья 85 Римского договора содержит положения очень важные для выполнения тех функций, которые возложены на Европейское Сообщество. Соответственно, несоблюдение требований ст. 85 Римского договора в арбитражном решении должно рассматриваться как нарушение публичного порядка и служит основанием для отмены или отказа в признании и приведении в исполнение такого решения.

Таким образом, для стран Европейского Союза нарушение в арбитражном решении антимонопольных требований статьи 85 Римского договора

³¹⁷ *Baron P.M., Liniger S.* A Second Look at Arbitrability // XIX(1) *Arbitration International*. Kluwer Law International, 2003. P. 32; *Mourre A.* Arbitrability of Antitrust Law from the European and US Perspectives // *EU and US Antitrust Arbitration: A Handbook for Practitioners*. Kluwer Law International, 2011. P. 29.

³¹⁸ *Bermann G.A.* Navigating EU Law and the Law of International Arbitration // XXVIII(3) *Arbitration International*. Kluwer Law International, 2012. P. 413, f. 62; *Born G.B.* *International Arbitration: Cases and Material* — 438–439.

³¹⁹ В настоящее время эти положения содержатся в ст. 101 консолидированной версии Договора о функционировании Европейского Союза. Текст доступен по адресу: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:115:0047:0199:en:PDF> (здесь и далее все Интернет-ссылки сверены 28 ноября 2012 г.).

³²⁰ Текст решения доступен на правовом портале Европейского Союза по адресу: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61997J0126:EN:HTML>.

приравнивается к нарушению публичного порядка. При этом суд не указал, допустим ли и в какой мере пересмотр арбитражного решения государственными судами в ситуации, когда одна из сторон заявляет о нарушении ст. 85 Римского договора. ЕСС лишь ограничился замечанием о необходимости минимального пересмотра решений арбитров в целях обеспечения эффективности международного арбитража.

3. Последствия применения доктрины «second look». Приведенные выше решения являются самыми значимыми из вынесенных к настоящему времени в рамках рассматриваемой темы.

Из них можно вывести две основные характеристики антимонопольного законодательства как элемента публичного порядка в международном арбитраже. Во-первых, споры, затрагивающие антимонопольное законодательство, признаются арбитрабельными. В решении по делу Mitsubishi против Soleg отмечается, что передача на разрешение в арбитраж таких споров не означает отказ от каких-либо прав, гарантированных государством. То обстоятельство, что арбитры вправе применять нормы права любого государства, в зависимости от того, как об этом договорятся стороны, не является препятствием для разрешения антимонопольных споров в арбитраже. Ведь если стороны договорились о рассмотрении арбитрами определенных споров, включая те, которые требуют применения положений антимонопольного законодательства, арбитраж будет обязан применить соответствующие нормы. Признание арбитрабельности этих споров обеспечивает предсказуемое и эффективное проведение международного арбитражного разбирательства. Таким образом, в США и странах Европейского Союза стороны вправе передавать на разрешение в международный арбитраж споры из нарушения антимонопольного законодательства. Во-вторых, национальные суды в месте вынесения арбитражного решения или месте его приведения в исполнение могут отменить такое решение или отказать в его признании и приведении в исполнение со ссылкой на нарушение публичного порядка, если в таком решении нарушаются требования антимонопольного законодательства. Из решения ЕСС не ясно, будет считаться нарушением публичного порядка нарушение антимонопольных положений лишь Лиссабонского договора о внесении изменений в Договор о Европейском союзе и Договор об учреждении Европейского Сообщества или также нарушение положений законодательства о защите конкуренции стран-участниц Европейского Союза. Для того чтобы убедиться в отсутствии нарушений антимонопольного законодательства в решении арбитров, государственный суд может пересмотреть это решение. Такой пересмотр, однако, должен быть ограниченным. Для того чтобы убедиться в отсутствии нарушений антимонопольного законодательства в решении арбитров, государственный суд может пересмотреть это решение. Такой пересмотр, однако, должен быть ограниченным.

4. Антимонопольное законодательство в международном арбитраже и публичный порядок в Российской Федерации. Обратимся к положению дел в рассматриваемой сфере в Российской Федерации. Можно ли с уверенностью

говорить о том, что антимонопольные споры являются арбитрабельными в России? Прямого ответа на этот вопрос в законодательстве не найти.

Россия является участником Нью-Йоркской конвенции.³²¹ Однако, как упоминалось выше, в конвенции закреплены лишь общие правила относительно арбитрабельности публичного порядка. Соответственно, регулирование того, какие категории споров следует отнести к арбитрабельным, оставлено на усмотрение государств — участников Конвенции.

В нормативные источники российского права, регулирующих данный вопрос, не содержится положений, которые регулировали бы вопрос об арбитрабельности антимонопольных споров.³²² Так, Закон о международном арбитраже в п. 2 ст. 1 определяет арбитрабельность споров следующим образом: «В международный коммерческий арбитраж могут по соглашению сторон передаваться [споры] из договорных и других гражданско-правовых отношений». В пункте 4 той же статьи содержится уточнение: «Настоящий Закон не затрагивает действия какого-либо другого закона Российской Федерации, в силу которого определенные споры не могут передаваться в арбитраж или могут быть переданы в арбитраж только в соответствии с положениями иными, нежели те, которые содержатся в настоящем Законе». Следовательно, запрет на передачу в арбитраж антимонопольных споров, мог бы содержаться, например, в Законе о защите конкуренции. Последний, в свою очередь, не ограничивает компетенцию международных арбитражных трибуналов.

Таким образом, российское законодательство не содержит прямого запрета на разрешение в международном арбитраже споров, возникающих из нарушения антимонопольного законодательства Российской Федерации.

Однако при этом в юридической литературе говорится о неарбитрабельности подобных споров.³²³ В обоснование приводится довод о том, что международный арбитражный трибунал может разрешить переданный ему спор таким образом, что обойдет императивное регулирование Российской Федерации.

К настоящему моменту Президиум Высшего Арбитражного Суда России не рассматривал споры, в которых затрагивалась бы эта проблема. Однако

³²¹ Указ Президиума Верховного Совета СССР от 10 августа 1960 г. «О ратификации Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений» // Ведомости Верховного Совета СССР. 1960. № 46. Ст. 421.

³²² Закон Российской Федерации от 7 июля 1993 г. N 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже» // Ведомости СНД и ВС РСФСР. 1993. № 32. Ст. 1240 (далее — Закон о международном арбитраже); Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24 июля 2002 г. № 95-ФЗ // СЗ РФ. 2002. N 30. Ст. 3012 (далее — АПК); Федеральный закон от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» // СЗ РФ. 2006. № 31, ч. 1. Ст. 3434 (далее — Закон о защите конкуренции).

³²³ См., напр.: *Монастырский Ю.Э.* Оспаривание компетенции третейских судов участниками сделок М&А в Российской Федерации // Московский журнал международного права. 2010. № 1. С. 168; *Нешатаева Т.Н.* Суд и арбитраж: о границах частного и публичного // Вестник ВАС РФ. 2010. № 11. С. 71–72.

существует практика иных арбитражных судов Российской Федерации, которые уже столкнулись с данным вопросом.

Пока судебная практика по этой категории споров немногочисленна, но она позволяет сформировать представление об отношении арбитражных судов к данной проблеме. Один из примеров — Постановление Федерального Арбитражного суда Северо-Западного округа (далее — ФАС СЗО) от 10 мая 2011 г. по делу № А56-68936/2010 по спору между компаниями Borregaard Industries Ltd (далее — Borregaard) и ОАО «Выборгская целлюлоза» (далее — Выборгская целлюлоза).³²⁴ Компании заключили договор поставки, включавший в себя арбитражную оговорку. После того как между ними возник спор, Borregaard инициировал арбитражное разбирательство. Состав арбитров Института арбитража и разрешения споров Торговой Палаты Осло рассмотрел спор и вынес решение в пользу Borregaard, которая обратилась в Арбитражный суд города Санкт-Петербурга и Ленинградской области с заявлением о признании и приведении в исполнение арбитражного решения. Арбитражный суд удовлетворил это заявление.³²⁵ Выборгская целлюлоза обжаловало определение суда первой инстанции в ФАС СЗО. В своем Постановлении ФАС СЗО отметил, что арбитры, разрешая спор, руководствовались в том числе и положениями Закона о защите конкуренции. При этом арбитражный суд не стал анализировать правильность применения арбитрами положений антимонопольного законодательства и постановил оставить определение суда первой инстанции без изменения.

Таким образом, суд принял во внимание, что для разрешения спора арбитры были вынуждены применить положения законодательства о защите конкуренции. При этом суд не поставил вопрос о том, что подобная категория споров не может быть предметом арбитражного разбирательства. Следовательно, в данном случае ФАС СЗО косвенно признал, что спорные правоотношения, частично регулируемые антимонопольным законодательством, являются арбитрабельными.

Арбитрабельность споров из законодательства о защите конкуренции признается еще в нескольких актах арбитражных судов. Они будут рассмотрены ниже.

Таким образом, законодательство не дает прямого ответа на вопрос об арбитрабельности антимонопольных споров. В юридической литературе это умолчание толкуется таким образом, что споры из законодательства о защите конкуренции являются неарбитрабельными. В то же время имеется незначительное количество решений арбитражных судов, которые толкуют те же положения нормативных актов как разрешающие передавать в арбитраж антимонопольные споры. Однако ни первый, ни второй вид толкования не является обязательным для судов, которые в будущем столкнутся с этой проблемой (все имеющиеся решения вынесены судами на уровне федерального

³²⁴ Текст постановления доступен по адресу: http://ras.arbitr.ru/PdfDocument/62091dc6-ea80-4cab-be19-a88e9d5d1703/A56-68936-2010__20110510.pdf

³²⁵ Текст определения доступен по адресу: http://kad.arbitr.ru/PdfDocument/721c49cf-e02f-4a36-8b3f-48d7d628b4bd/A56-68936-2010_20110303_Opredelenie.pdf

арбитражного округа). А Президиумом Высшего Арбитражного Суда РФ, который дает обязательное для судов толкование норм права (п. 5 ч. 3 ст. 311 АПК), к настоящему времени не рассмотрен ни один спор данной категории. Таким образом, российские суды по-прежнему вправе толковать рассмотренные выше положения законодательства свидетельствующими как в пользу арбитрабельности антимонопольных споров, так и против этого.

Является ли нарушение положений антимонопольного законодательства нарушением российского публичного порядка? Законодательство некоторых государств определяет, какие споры следует относить к арбитрабельным, а какие нет. Например, ст. 2060 Гражданского кодекса Франции устанавливает неарбитрабельность споров по вопросам гражданского состояния и правоспособности лиц.³²⁶ Однако практически ни одно государство не закрепляет напрямую, какие положения национального права относятся к положениям публичного порядка.³²⁷ Таким образом, приняты во внимание изменяющиеся со временем представления о публичном порядке и создается запасной выход из ситуации, в которой признание и приведение в исполнение иностранного арбитражного решения затрагивает особо важные положения национального законодательства.

Российское законодательство не определяет, как следует оценивать положения Закона о защите конкуренции с точки зрения публичного порядка. Текст Нью-Йоркской конвенции, Закон о международном арбитраже и АПК содержат лишь общие указания на возможность отказа в признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения в случае, если последнее нарушает положения публичного порядка Российской Федерации. Само понятие «публичный порядок» в этих источниках используется, но не раскрывается.

В отечественной юридической литературе также нет прямого ответа на вопрос о том, следует ли относить нарушение антимонопольного законодательства к нарушению публичного порядка РФ.

Обратимся к судебной практике. 4 октября 2006 г. Федеральный Арбитражный Суд Московского округа (далее — ФАС МО) вынес Постановление по делу № А40-46077/05-25-206 по спору между ОАО «Тамбовская энергосбытовая компания» (далее — ТЭК) и ОАО «Тамбовкурорт» (далее — Тамбовкурорт). Между ТЭК и Тамбовкурорт был заключен договор энергоснабжения, предусматривавший разрешение споров в Третейском суде при РАО ЕЭС России. После того как возникший между сторонами спор был разрешен третейским судом, Тамбовкурорт обратилось в Арбитражный суд города Москвы с заявлением об отмене решения Третейского суда. После ряда обжалований дело поступило на рассмотрение в ФАС МО. В качестве одного из аргументов в пользу отмены решения третейского суда

³²⁶ Текст Кодекса на английском языке размещен на портале подразделения французского правительства, ответственного за публикацию нормативных актов в Интернете: http://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1950/13681/version/3/file/Code_22.pdf (по состоянию на 17 октября 2012 г.).

³²⁷ *Lew J., Mistelis L., Kröll S.M. Comparative International Commercial Arbitration — 723.*

Тамбовкурорт указывало на то, что третейский суд, разрешая дело, нарушил положения Закона РСФСР от 22 марта 1991 г. № 948-1 «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» (далее — Закон РСФСР о конкуренции), а также что решение третейского суда нарушает основополагающие принципы российского права, в том числе об ограничении монополистической деятельности. ФАС МО отметил, что даже неправильное применение третейским судом норм материального права, в том числе Закона РСФСР о конкуренции, само по себе не может расцениваться как основание для отмены третейского решения по мотиву нарушения основополагающих принципов российского права. А доводы, касающиеся существа спора, должны были быть заявлены в рамках процедуры третейского разбирательства, а не в государственном суде.

Таким образом, ФАС МО обратил внимание на то, что в споре должны быть применены положения антимонопольного законодательства. Однако он указал, что применение положений Закона РСФСР о защите конкуренции, как норм материального права, должно осуществляться третейскими судьями, и не стал оценивать правильность применения положений антимонопольного законодательства арбитрами. Суд лишь отметил, что даже неправильное их применение само по себе не будет означать нарушения основополагающих принципов российского права. Следовательно, в данном случае арбитражный суд не ставит знак равенства между нарушением законодательства о защите конкуренции и нарушением российского публичного порядка. Арбитражный суд применил более либеральный подход в отношении третейского разбирательства антимонопольных споров, чем ЕСС при разбирательстве дела *Eco Swiss против Venetton*. Напомню, что в решении ЕСС говорилось о необходимости признавать нарушение публичного порядка в любом случае, когда антимонопольные положения Римского договора не были соблюдены в арбитраже.

Особо следует отметить то обстоятельство, что в рассматриваемом решении ФАС МО речь шла об отмене не иностранного арбитражного решения, а решения третейского суда. Большинство исследователей отмечают, что, как правило, регулирование в международном арбитраже более либерально, нежели решения, выносимые внутригосударственными третейскими судами.³²⁸ Характерным примером этого является вывод Верховного Суда США по уже рассмотренному в настоящей статье делу *Mitsubishi против Soler*. За 17 лет до вынесения решения по делу *Mitsubishi*, американское правосудие сталкивалось с проблемой, возможна ли передача во внутригосударственные третейские суды споров, проистекающих из антимонопольного законодательства: Апелляционный суд США второго округа, рассматривая дело по спору между *American Safety Equipment Corp* и *JP Maguire* (далее — дело *American Safety*), указал, что «он не верит, что Конгресс [США] желает, чтобы [антимонопольные] споры разрешались где бы то ни

³²⁸ Ibi — 728.

было, кроме как в судах».³²⁹ В решении по делу Mitsubishi Верховный Суд США, проанализировав выводы суда по делу American Safety, указал, что в международном арбитраже не следует руководствоваться той же логикой в отношении разрешения споров, проистекающих из законодательства о защите конкуренции, что и в третейском разбирательстве. Необходимость обеспечения предсказуемости при разрешении споров в международной коммерческой системе требует более либерального подхода к международному арбитражу по сравнению с третейскими судами.

Значит, можно предположить, что если бы ФАС МО имел дело с применением составом арбитров положений антимонопольного законодательства в международном арбитраже, суд использовал бы еще более либеральный подход, чем тот, который отражен в решении по делу Тамбовкурорта.

*
* *

Таким образом, во-первых, в России в настоящее время отсутствует нормативная база для того, чтобы определить, как соотносятся публичный порядок и законодательство о защите конкуренции в международном арбитраже.

Во-вторых, доктринальное толкование положений российского права предполагает неарбитрабельность антимонопольных споров. В то же время, судебное толкование исходит из их арбитрабельности.

В-третьих, юридическая литература не дает ответа на вопрос о соотношении нарушения законодательства о защите конкуренции и нарушения публичного порядка РФ. Вместе с тем, судебное толкование предоставляет пример либерального толкования — не всякое нарушение антимонопольного законодательства оценивается арбитрами при разрешении спора как нарушающее публичный порядок.

**РЕШЕНИЕ ЕВРОПЕЙСКОГО СУДА СПРАВЕДЛИВОСТИ
ОТ 1 ИЮНЯ 1999 ГОДА
ПО ДЕЛУ ECO SWISS CHINA TIME LTD
ПРОТИВ BENETTON INTERNATIONAL NV³³⁰**

Решение Европейского Суда Справедливости от 1 июня 1999 г. — Eco Swiss China Time Ltd против Benetton International NV. — Преюдициальный запрос: Верховный Суд Нидерландов. — Защита конкуренции — Применение

³²⁹ 391 F.2d 821 (1968).

© А.Д. Гурков (пер. с англ.), 2012

³³⁰ Текст решения доступен на правовом портале Европейского Союза: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61997J0126:EN:HTML>.

положений ст. 81 Договора о ЕС (ст. 85 в предыдущей редакции Договора о ЕС) по собственной инициативе арбитров — Полномочия национальных судов по отмене арбитражных решений. — Дело C-126/97.

Стороны

По делу C-126/97,

по ПРЕЮДИЦИАЛЬНОМУ ЗАПРОСУ в Суд на основании ст. 177 Договора о ЕС (ст. 234 Договора о ЕС в действующей редакции) направленному Верховным Судом Нидерландов по спору между

Eco Swiss China Time Ltd

и

Benetton International NV

об истолковании положений статьи 85 Договора о ЕС (статья 81 в действующей редакции Договора о ЕС),

СУД,

в составе: G.C. Rodríguez Iglesias, председатель, P.J. G. Kapteyn, J.-P. Puissochet, G. Hirsch and P. Jann (председатели палат), G.F. Mancini, J.C. Moitinho de Almeida (докладчик), C. Gulmann, J.L. Murray, D.A.O. Edward, H. Ragnemalm, L. Sevón и M. Wathelet, Судьи,

Генеральный адвокат: A. Saggio,

Секретарь: H. von Holstein, заместитель секретаря,

рассмотрев письменные заявления от:

— Eco Swiss China Time Ltd, направленные P.V.F. Bos и M.M. Slotboom, адвокатская палата Роттердама, и S.C. Conway, адвокатом, адвокатские палаты округов Колумбия и Иллинойс,

— Benetton International NV, направленные I. Van Bael и P. L'Ecluse, адвокатская палата Брюсселя, и H.A. Groen, адвокатская палата Гааги,

— Правительства Нидерландов, направленные M.A. Fierstra, заместителем юридического советника Министерства иностранных дел, действующим в качестве представителя,

— Правительства Франции, направленные K. Rispal-Bellanger, главой подразделения международного экономического права и права Европейского Сообщества юридического департамента Министерства иностранных дел, и R. Loosli-Surrans, главой миссии того же департамента, действующими в качестве представителей,

— Правительством Италии, направленные профессором U. Leanza, главой департамента по дипломатическим конфликтам в составе Министерства иностранных дел, действующим в качестве представителя, при поддержке I.M. Braguglia, адвоката,

— Правительства Соединенного Королевства, направленные J.E. Collins, помощником солиситора Казначейства, действующим в качестве представителя, при поддержке V.V. Veeder KA,

— Европейской Комиссии, направленные С.В.А. Timmermans, заместителем генерального директора, W. Wils и H. van Vliet, сотрудниками юридического департамента, действующими в качестве представителей,

приняв во внимание доклад по делу,

заслушав объяснения Eco Swiss China Time Ltd, представляемого P.V.F. Bos, L.W.H. van Dijk и M. van Empel, из адвокатской палаты Брюсселя; Benetton International NV, представляемого H.A. Groen и I. Van Bael; Правительства Нидерландов, представляемого M.A. Fierstra; Правительства Франции, представляемого R. Loosli-Surrans; Правительства Италии, представляемого I.M. Braguglia; Правительства Соединенного Королевства, представляемого S. Boyd КА и P. Stanley, барристером; и Комиссии, представляемой С.В.А. Timmermans, W. Wils и H. van Vliet, на слушаниях 7 июля 1998 г.,

заслушав Мнение Генерального адвоката на заседании 25 февраля 1999 г., выносит следующее

Решение

Обстоятельства дела

1. Постановлением от 21 марта 1997 г., полученным Судом 27 марта 1997 г., Верховный Суд Нидерландов передал на рассмотрение Суда преюдициальный запрос по ст. 188 Договора о ЕС (ст. 234 Договора о ЕС в действующей редакции), пять вопросов о толковании ст. 85 Договора о ЕС (ст. 81 Договора о ЕС в действующей редакции).

2. Вопросы возникли в рамках производства, инициированного Benetton International NV (далее — Benetton). Benetton требовал приостановить приведение в исполнение арбитражного решения, обязывающего его возместить убытки Eco Swiss China Time Ltd (далее — Eco Swiss), возникшие вследствие нарушения лицензионного соглашения, заключенного между Benetton и Eco Swiss. Benetton обосновывал свое требование тем, что арбитражное решение противоречило публичному порядку в смысле статьи 1065(1)(e) Гражданского процессуального кодекса Нидерландов (далее — Кодекс) по причине недействительности лицензионного соглашения по ст. 85 Договора о ЕС.

Национальное законодательство

3. Статья 1050(1) Кодекса предусматривает:

«Если стороны не договорились об обратном, арбитражное решение не может быть обжаловано в вышестоящий третейский суд».

4. Статья 1054(1) Кодекса устанавливает:

«Вынося решения, третейские суды должны применять нормы права».

5. Статья 1059 Кодекса предусматривает:

«1. Арбитражное решение, полное или частичное, не приобретает преюдициальную силу, пока оно не станет окончательным. Такую силу оно должно приобретать со дня его вынесения.

2. Однако, в случаях, когда соглашение сторон предусматривает возможность обжалования полного или частичного решения в вышестоящий третейский суд, такое решение должно получить преюдициальную силу с даты истечения срока обжалования или, если жалоба подана, с даты вынесения апелляционного решения, если и постольку, поскольку апелляционное решение подтверждает обжалованное арбитражное решение».

6. По вопросу пересмотра арбитражных решений ст. 1064 Кодекса предусматривает:

«1. Заявление об оспаривании (а) окончательного арбитражного решения, полного или частичного, которое не может быть обжаловано в вышестоящий третейский суд или (b) окончательного арбитражного решения, полного или частичного, адресованное в вышестоящий третейский суд, может быть подано только в качестве заявления или ходатайства об отмене решения, в соответствии с положениями настоящего раздела.

2. Заявление об отмене должно быть подано в окружной суд Нидерландов, в реестре которого должен храниться оригинал арбитражного решения, в соответствии со ст. 1058(1).

3. Сторона может подать заявление об отмене с момента, когда арбитражное решение приобретает преюдициальную силу. Срок для подачи такого заявления — три месяца с момента занесения решения в реестр окружного суда Нидерландов. В случаях, когда арбитражное решение, в отношении которого вынесено постановление о приведении в исполнение, доведено до сведения другой стороны в процессе, такая сторона может, невзирая на истечение трех месяцев, о которых говорилось в предыдущем пункте, подать заявление об отмене в течение трех месяцев со дня такого доведения до сведения.

4. Заявление об отмене промежуточного арбитражного решения может быть подано лишь одновременно с заявлением об отмене полного или частичного окончательного арбитражного решения.

<...> ».

7. Статья 1065 Кодекса предусматривает:

«1. Арбитражное решение может быть отменено лишь по одному или нескольким из следующих оснований:

(a) отсутствует действительное арбитражное решение;

(b) третейский суд был сформирован в нарушение применимых норм;

(c) третейский суд нарушил акт о полномочиях арбитров;

(d) решение не было подписано, или в нем не указаны мотивы, в нарушение положений ст. 1057;

(e) арбитражное решение или способ, в котором оно было вынесено, нарушает публичный порядок или признанные нормы морали.

...

4. Арбитражное решение не может быть отменено по основанию, указанному в пункте 1(с), указанном выше, если сторона, заявляющая об этом, участвовала в арбитражном разбирательстве и, зная о нарушении третейским судом акта о полномочиях арбитров, не заявляла о таком нарушении.

8. Наконец, ст. 1066(1) и (2) Кодекса устанавливает, что подача заявления об отмене арбитражного решения не приостанавливает исполнение арбитражного решения. Однако суд, в который подано такое заявление, может, если сторона об этом просит и приостановление обоснованно, постановить о приостановлении приведения арбитражного решения в исполнение, до момента вынесения решения по заявлению об отмене арбитражного решения. Заявление о приостановлении должно основываться на существовании разумной вероятности отмены арбитражного решения.

Производство по делу

9. 1 июля 1986 г. Benetton, компания, учрежденная в Амстердаме, заключила лицензионное соглашение на восемь лет с Eco Swiss, учрежденной в Коулуне (Гонконг) и Bulova Watch Company Inc. (далее — «Bulova»), учрежденной в Вуд Сайде (Нью-Йорк). По этому соглашению Benetton передал Eco Swiss право производить часы с нанесением на них надписи «Benetton by Bulova», которые впоследствии могли быть проданы компаниями Eco Swiss и Bulova.

10. Статья 26.A лицензионного соглашения предусматривает, что все споры и разногласия, возникающие между сторонами, должны быть разрешены в арбитраже в соответствии с регламентом Нидерландского арбитражного института, а также, что назначенные арбитры должны применять право Нидерландов.

11. Письмом от 24 июня 1991 г. Benetton направил уведомление о прекращении соглашения с 24 сентября 1991 г. — за три года до окончания периода, о котором стороны договорились изначально. Арбитражное разбирательство между Benetton, Eco Swiss и Bulova было инициировано в связи с прекращением соглашения.

12. В решении от 4 февраля 1993 г., поименованном «Частичное окончательное решение» (далее — «ЧОР»), занесенном в реестр окружного суда Нидерландов (далее — «Окружной Суд») в тот же день, арбитры решили, помимо прочего, что Benetton обязан компенсировать Eco Swiss и Bulova убытки, которые они понесли в результате прекращения лицензионного соглашения со стороны Benetton.

13. После того, как стороны не смогли достичь соглашения по вопросу размера убытков, которые Benetton обязан компенсировать Eco Swiss и Bulova, 23 июня 1995 г. арбитры вынесли решение, поименованное «Окончательное арбитражное решение» (далее — «ОАР»), внесенное в реестр Окружного Суда 26 июня 1995 г. По этому решению Benetton был обязан уплатить 23 750 000 долларов США Eco Swiss и 2 800 000 долларов США Bulova в

качестве компенсации убытков. Председатель Окружного Суда Постановлением от 17 июля 1995 г. разрешил приведение в исполнение ОАР.

14. 14 июля 1995 г. Venetton обратился в Окружной Суд с требованием об отмене ЧОР и ОАР. Venetton заявлял, помимо прочего, что арбитражные решения противоречат публичному порядку вследствие недействительности лицензионного соглашения по ст. 85 Договора о ЕС. При этом во время арбитражного разбирательства ни стороны, ни арбитры не заявляли о недействительности лицензионного соглашения по этому основанию.

15. Решением от 2 октября 1996 г. Окружной Суд отказал в удовлетворении заявления. Venetton обжаловал отказ в Региональный Апелляционный Суд Нидерландов, на рассмотрении которого дело находится в настоящий момент.

16. В заявлении, внесенном в реестр Окружного Суда 24 июля 1995 г., Venetton также просил суд приостановить приведение в исполнение ОАР или, в качестве альтернативы, приказать Eco Swiss предоставить обеспечительные меры.

17. Постановлением от 19 сентября 1995 г. Окружной Суд удовлетворил только альтернативное требование.

18. Venetton обжаловал это решение. Постановлением от 28 марта 1996 г. Региональный Апелляционный Суд Нидерландов удовлетворил требования Venetton.

19. Региональный Апелляционный Суд исходил из того, что ст. 85 Договора о ЕС является положением публичного порядка в смысле ст. 1065(1) Кодекса, нарушение которого может повлечь отмену арбитражного решения.

20. При этом Региональный Апелляционный Суд Нидерландов отметил, что в рамках производства о приостановлении приведения в исполнение арбитражного решения он не в состоянии определить, нарушает ли частичное окончательное арбитражное решение ст. 1065(1)(e) Кодекса, поскольку Venetton не подал заявление об отмене в течение трех месяцев с момента внесения арбитражного решения в реестр Окружного Суда, как того требует ст. 1064(3) Кодекса.

21. Несмотря на это, Региональный Апелляционный Суд Нидерландов решил, что он вправе оценить ОАР на соответствие ст. 1065(1)(e), в частности, определить влияние ст. 85(1) и (2) Договора о ЕС на оценку убытков. Поскольку присуждение возмещения убытков, возникающих из досрочного прекращения лицензионного соглашения, означало бы признание действительности такого соглашения, тогда как оно, хотя бы частично, недействительно по ст. 85(1) и (2) Договора о ЕС. Лицензионное соглашение позволяло сторонам участвовать в разделе рынка, так как Eco Swiss не мог более продавать часы в Италии, а компания Vulova не могла продавать часы в иных странах, которые на тот момент были участниками Европейского Сообщества. Venetton и Eco Swiss признали, что не уведомили Европейскую Комиссию о лицензионном соглашении, а также, что это соглашение не подпадает под исключение из случаев обязательного уведомления.

22. Региональный Апелляционный Суд Нидерландов решил, что в рамках производства по отмене, ОАР может быть признано противоречащим публичному порядку. И поэтому удовлетворил заявление о приостановлении в части, касающейся ОАР.

23. Eco Swiss обжаловал последнее решение в Верховный Суд Нидерландов, а Benetton заявил встречную жалобу.

24. Верховный Суд решил, что арбитражное решение может быть признано нарушающим публичный порядок в смысле ст. 1065(1)(e) Кодекса, только если его приведение в исполнение противоречит настолько значимой императивной норме, что никакие процессуальные ограничения не должны препятствовать ее реализации. Суд также отметил, что по праву Нидерландов, то обстоятельство, что вследствие приведения в исполнение арбитражного решения норма законодательства о защите конкуренции не исполняется, как правило не расценивается как нарушение публичного порядка.

25. Однако, принимая во внимание решение по делам C-430/93 и C-431/93 Van Schijndel и Van Veen против SPF [1995] ECR I-4705, Верховный Суд задается вопросом о том, следует ли принимать аналогичное решение в случае, если, как это имеет место в настоящем деле, спорное положение является частью права Европейского Сообщества. Верховный Суд выводит из упомянутого решения правило о том, что ст. 85 Договора о ЕС не должна толковаться как настолько значимая императивная норма, что никакие процессуальные ограничения не должны препятствовать ее реализации.

26. Более того, поскольку стороны не оспаривают то обстоятельство, что вопрос о недействительности лицензионного соглашения по ст. 85 Договора о ЕС не поднимался в арбитражном разбирательстве, Верховный Суд считает, что арбитры вышли бы за пределы переданного им на рассмотрение спора, если бы рассмотрели и разрешили этот вопрос. В этом случае, арбитражное решение могло бы быть отменено на основании ст. 1065(1)(c) Кодекса, поскольку арбитры нарушили бы Акт о полномочиях арбитров. Кроме этого, Суд указал, что стороны не могут в первый раз заявлять о недействительности лицензионного соглашения в рамках производства об отмене арбитражного решения.

27. Верховный Суд определил, что использование подобных процессуальных правил оправдывается пользой, которую приносит эффективно функционирующая арбитражная система, и что в отношении них применение норм права Европейского Сообщества не будет иметь приоритета перед применением норм национального законодательства.

28. Однако Верховный Суд не может определить, применяются ли в отношении арбитров принципы, заложенные Европейским Судом Справедливости в деле Van Schijndel и Van Veen, указанном выше, принимая во внимание, что в соответствии с решением по делу 102/81 Nordsee против Reederei Mond [1982] ECR 1095 третейский суд, назначенный в соответствии с частноправовым соглашением, без вмешательства государства, не должен рассматриваться как «суд или трибунал» для целей ст. 177 Договора о ЕС и, как следствие, не может направить преюдициальный запрос по этой статье.

29. Верховный Суд разъясняет, что по процессуальному праву Нидерландов, в случае, если арбитры разрешили часть спора в промежуточном решении, имеющем силу окончательного решения, такое решение имеет преюдициальную силу. Если такое промежуточное решение не было обжаловано в установленный срок, возможность обжалования последующего арбитражного решения, вытекающего из промежуточного решения, ограничена принципом преюдиции. Тем не менее, Верховный Суд выражает неуверенность относительно того, ограничивает ли право Европейского Сообщества Региональный Апелляционный Суд Нидерландов в применении такого процессуального правила в случае, если, как это имеет место в настоящем деле, последующее арбитражное решение, заявление об отмене которого подано с соблюдением установленного срока, вытекает из ранее вынесенного арбитражного решения.

30. В связи с указанными обстоятельствами Верховный Суд Нидерландов решил приостановить производство и направить в Европейский Суд Справедливости преюдициальный запрос по следующим вопросам:

«(1) В какой степени решение Европейского Суда Справедливости по делам C-430/93 и C-431/93 *Van Schijndel и Van Veen против SPF* [1995] ECR I-4705 применимо по аналогии, если в споре, касающемся частноправового соглашения, рассматриваемом арбитрами, а не национальными судами, стороны не делают отсылки к ст. 85 Договора о ЕС и, по нормам национального процессуального права, применимого к ним, арбитры не вправе применять соответствующие положения по собственной инициативе?

(2) Если суд решит, что арбитражное решение действительно противоречит ст. 85 Договора о ЕС, обязан ли суд на этом основании, и не принимая во внимание положения процессуального права Нидерландов, указанные в пунктах 4.2 и 4.4 выше [в соответствии с которыми сторона может требовать отмены арбитражного решения лишь в ограниченных случаях, один из которых — противоречие решения публичному порядку, что обычно не включает в себя то обстоятельство, что в арбитражном решении или в порядке его приведения в исполнения не соблюдается запрет, установленный положениями о защите конкуренции], удовлетворить заявление об отмене арбитражного решения, если такое заявление соответствует прочим установленным в законе требованиям?

(3) Не принимая во внимание положения процессуального права Нидерландов, указанные в пункте 4.5 выше [в соответствии с которыми арбитры обязаны не выходить за пределы спора и соблюдать Акт о полномочиях арбитров], обязан ли суд удовлетворить такое требование, если вопрос о применимости положений ст. 85 Договора о ЕС оставался за пределами рассмотрения в арбитражном разбирательстве и арбитры, как следствие, не решили этот вопрос?

(4) Требуется ли право Европейского Сообщества не применять положения процессуального права Нидерландов, указанные в пункте 5.3 выше [в соответствии с которыми промежуточное арбитражное решение приобретает преюдициальную силу и может быть обжаловано лишь в течение трех месяцев

с момента внесения решения в реестр Окружного Суда], если это необходимо для того, чтобы определить в рамках производства по отмене последующего арбитражного решения, может ли соглашение, которое признано действительным в соответствии с имеющим преюдициальную силу промежуточным арбитражным решением, тем не менее, быть недействительным, если оно противоречит ст. 85 Договора о ЕС?

(5) Или же в ситуации, описанной в Вопросе 4, необходимо воздерживаться от применения правила о том, что в той мере, в которой промежуточное арбитражное решение является по своей природе окончательным решением, нельзя требовать отмены такого решения одновременно с отменой последующего арбитражного решения?»

Второй вопрос

31. Во втором вопросе, который лучше всего разрешить в первую очередь, обращающийся суд, по сути, спрашивает, должен ли национальный суд, получивший заявление об отмене арбитражного решения, удовлетворить такое заявление в случае, если, по его мнению, такое решение противоречит ст. 85 Договора о ЕС, хотя в соответствии с внутригосударственным процессуальным правом, он может удовлетворить такое заявление лишь по ограниченному числу оснований, одно из которых — нарушение публичного порядка. При этом о нарушении последнего, в соответствии с применимым национальным правом, обычно нельзя вести речь на том лишь основании, что вследствие приведения в исполнение арбитражного решения не будет соблюден запрет, установленный в национальном праве о защите конкуренции.

32. Следует отметить в первую очередь, что в случаях, когда вопросы права Европейского Сообщества поднимаются в арбитраже, инициированном на основании соглашения, государственным судам, возможно, придется исследовать эти вопросы, в частности, во время пересмотра арбитражного решения, которое может быть более или менее тщательным, в зависимости от обстоятельств дела. При этом национальные суды будут обязаны пересмотреть арбитражное решение по требованию об отмене арбитражного решения, об отказе в его приведении в исполнение или в рамках любого другого производства по пересмотру арбитражного решения, предусмотренного национальным законодательством (Nordsee, процитированное выше, п. 14).

33. В пункте 15 решения в деле Nordsee Европейский Суд Справедливости разъяснил, что на национальных судах и трибуналах лежит обязанность устанавливать необходимость направления запроса в Европейский Суд Справедливости по ст. 177 Договора о ЕС с целью получения толкования или оценки применимости положений права Европейского Сообщества, необходимость применять которые может возникнуть в рамках производства по пересмотру арбитражного решения.

34. В связи с этим Европейский Суд Справедливости указал, в пунктах с 10 по 12 упомянутого решения, что третейский суд, назначенный в соответствии с соглашением сторон, не является «судом или трибуналом

Государства-Участника» в смысле ст. 177 Договора о ЕС, поскольку на сторонах не лежит никакой обязанности передавать споры в арбитраж. При этом органы власти соответствующего Государства-Участника не участвуют в принятии решения о выборе арбитража в качестве способа разрешения спора и не обязаны вмешиваться в арбитражное производство.

35. Кроме того, в интересах эффективного арбитражного разбирательства пересмотр арбитражных решений должен быть сведен к минимуму, а отмена или отказ в признании арбитражного решения могут быть возможны лишь по ограниченному кругу оснований.

36. Однако в соответствии со ст. 3(g) Договора о ЕС (на текущий момент, после внесения изменений, ст. 3(1)(g) Договора о ЕС), ст. 85 Договора о ЕС является основополагающим положением, имеющим существенное значение для достижения целей, поставленных перед Сообществом и, в частности, для функционирования внутреннего рынка. Важность этого положения заставила составителей Договора о ЕС напрямую предусмотреть в ст. 85(2) Договора о ЕС, что любое соглашение или решение, запрещенное в данной статье, автоматически является недействительным.

37. Следовательно, в случаях, когда национальные нормы процессуального права требуют, чтобы суд удовлетворил заявление об отмене арбитражного решения в случае, если такое требование основано на несоблюдении публичного порядка, суд также должен удовлетворить такое заявление в случае несоблюдения в арбитражном решении требований ст. 85(1) Договора о ЕС.

38. На этот вывод не влияет тот факт, что Нью-Йоркская конвенция от 10 июня 1958 г. о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений, которая была ратифицирована всеми Государствами-Участниками, устанавливает, что в признании и приведение в исполнение иностранного арбитражного решения может быть отказано только по определенным основаниям, в частности, если решение вынесено по спору, не предусмотренному или не подпадающему под условия арбитражного соглашения, если решение не стало обязательным для сторон или если приведение в исполнение этого решения противоречит публичному порядку страны (ст. V(1)(c) и (e) и 2(b) Нью-Йоркской конвенции).

39. По причинам, указанным в п. 26, положения ст. 85 Договора о ЕС могут расцениваться как положения публичного порядка в смысле Нью-Йоркской конвенции.

40. Наконец, следует помнить, что, как это указано в п. 34 выше, арбитры, в отличие от национальных судов и трибуналов, не вправе направлять преюдициальный запрос в настоящий Суд по вопросам толкования права Европейского Сообщества. Однако очевидно, что правопорядок Европейского Сообщества нуждается в единообразном толковании правовых норм вне зависимости от того, в каких условиях норма применяется, в целях предупреждения различной интерпретации положений (Дело C-88/91 *Federconsorzi* [1992] ECR I-4035, п. 7). Следовательно, в обстоятельствах настоящего дела, в отличие от *Van Schijndel* и *Van Veen*, право Европейского

Сообщества требует, чтобы вопросы толкования запрета, установленного в ст. 85(1) Договора о ЕС, могли быть исследованы национальными судами, когда к ним обращаются с запросом об определении действительности арбитражного решения. Кроме того, национальные суды должны иметь возможность направлять преюдициальные запросы в Европейский Суд Справедливости по таким вопросам.

41. Ответ на второй вопрос: национальный суд, в который подано заявление об отмене арбитражного решения, должен удовлетворить такое заявление, если считает, что спорное арбитражное решение противоречит ст. 85 Договора о ЕС, если внутригосударственные процессуальные правила требуют, чтобы суд удовлетворил такое заявление в случае нарушения национальных правил публичного порядка.

Первый и третий вопросы

42. С учетом ответа, данного на второй вопрос, нет необходимости отвечать на первый и третий вопросы.

Четвертый и пятый вопросы

43. В четвертом и пятом вопросах, которые могут быть исследованы вместе, суд, по сути, спрашивает, требует ли право Европейского Сообщества от национального суда воздерживаться от применения национальных процессуальных правил, в соответствии с которыми промежуточное арбитражное решение, являющееся по существу окончательным решением и в отношении которого не было подано заявление об отмене в течение установленного срока, приобретает преюдициальную силу и не может быть более изменено последующим арбитражным решением, даже в том случае, если это необходимо, в рамках производства по отмене последующего арбитражного решения, для оценки того, является ли соглашение, признанное в промежуточном решении действительным, тем не менее недействительным по ст. 85 Договора о ЕС.

44. Согласно соответствующим внутригосударственным процессуальным нормам, заявление об отмене промежуточного арбитражного решения, являющегося по своей природе окончательным арбитражным решением, может быть сделано в течение трех месяцев с момента внесения такого решения в реестр полномочного суда.

45. Такой срок, — не представляющийся излишне коротким, по сравнению со сроками, установленными в правовых системах иных Государств-Участников, — не делает излишне сложным или практически невозможным осуществление прав, предоставленных правом Европейского Сообщества.

46. Более того, внутригосударственные процессуальные нормы, — которые, по истечении указанного срока, ограничивают возможность подачи заявления об отмене арбитражного решения, следующего после

промежуточного арбитражного решения, являющегося окончательным по своей природе и приобретшего преюдициальную силу, — оправданы основополагающими принципами национальной правовой системы, в том числе принципом правовой определенности и вытекающим из него признанием преюдициальности.

47. С учетом данных обстоятельств право Европейского Сообщества не требует от национального суда воздерживаться от применения этих правил, даже если это необходимо для того, чтобы в рамках производства по отмене последующего арбитражного решения оценить является ли соглашение, признанное в промежуточном решении действительным, тем не менее недействительным по ст. 85 Договора о ЕС.

48. На четвертый и пятый вопрос следует дать следующие ответы: право Европейского Сообщества не требует от национального суда воздерживаться от применения национальных процессуальных правил, в соответствии с которыми промежуточное арбитражное решение, являющееся по существу окончательным решением и в отношении которого не было подано заявление об отмене в течение установленного срока, приобретает преюдициальную силу и не может быть более изменено последующим арбитражным решением, даже если это необходимо для того, чтобы в рамках производства по отмене последующего арбитражного решения оценить, является ли соглашение, признанное в промежуточном решении действительным, тем не менее недействительным по ст. 85 Договора о ЕС.

Решение по вопросу расходов

Расходы

49. Расходы, которые понесли Правительства Нидерландов, Франции, Италии и Соединенного Королевства, а также Комиссия, предоставившие свои соображения Суду, не подлежат возмещению. Поскольку настоящее разбирательство является для сторон в основном производстве одним из этапов рассмотрения требования национальным судом, решение по вопросу расходов должен принять этот суд.

Резолютивная часть

На основании этого,
СУД,

отвечая на вопросы, поставленные перед ним Верховным Судом Нидерландов в Постановлении от 21 марта 1997 г., решил:

1. Национальный суд, в который подано заявление об отмене арбитражного решения, должен удовлетворить такое заявление, если считает, что спорное арбитражное решение противоречит ст. 85 Договора о ЕС (ст. 81 в действующей редакции Договора о ЕС), если внутригосударственные

процессуальные правила требуют суд удовлетворить такое заявление в случае нарушения национальных правил публичного порядка.

2. Право Европейского Сообщества не требует от национального суда воздерживаться от применения национальных процессуальных правил, в соответствии с которыми промежуточное арбитражное решение, являющееся по существу окончательным решением и в отношении которого не было подано заявление об отмене в течение установленного срока, приобретает преюдициальную силу и не может быть более изменено последующим арбитражным решением, даже если это необходимо для того, чтобы в рамках производства по отмене последующего арбитражного решения оценить, является ли соглашение, признанное в промежуточном решении действительным, тем не менее недействительным по ст. 85 Договора о ЕС.

СИСТЕМА ПАТЕНТНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА КИТАЯ

В настоящий момент Российская Федерация проходит этап роста информационных технологий. Немаловажное значение в их формировании получают результаты интеллектуальной деятельности, вовлекаемые в хозяйственный оборот.³³¹ Поэтому определяющую роль в обеспечении устойчивого технологического развития современных стран с рыночной экономикой играет интеллектуальная собственность.

Термин «интеллектуальная собственность» употребляется сегодня во внутригосударственных и международных правовых актах, научной литературе и юридической практике различных стран мира. Однако до сих пор возникают вопросы, касающиеся его содержательного наполнения и целесообразности использования в законодательстве. В отечественной юридической науке, как правило, под интеллектуальной собственностью понимают совокупность прав, возникающих в отношении ряда нематериальных объектов — результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации.³³² Отмечается, что данное понятие является собирательным применительно к различным интеллектуальным продуктам и должно пониматься как «обобщающее по отношению к таким используемым в законодательстве и в юридической литературе понятиям, как “литературная художественная собственность” и “промышленная собственность”». ³³³ Последнее в полной мере согласуется с международной практикой, в частности, с аналогичным содержанием оно употребляется в Парижской конвенции по охране промышленной собственности от 20 марта 1883 г., Стокгольмской конвенции, учреждающей Всемирную организацию интеллектуальной собственности, от 14 июля 1967 г. и национальном законодательстве многих стран мира.³³⁴

Однако при обращении к российскому законодательству можно увидеть несколько иную картину. Термин «интеллектуальная собственность» содержится в ст. 128 Гражданского кодекса РФ (часть первая) от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ³³⁵ и дважды упомянут в ст. 1225 Гражданского кодекса РФ (часть четвертая) от 18 декабря 2006 г. № 230-ФЗ³³⁶ (далее: ГК РФ). Из перечисленных норм следует, что законодатель под интеллектуальной собственностью понимает охраняемые результаты интеллектуальной

³³¹ Черненко В.А. Пчелина В.С. Регулирование интеллектуальной собственности в сфере услуг. СПб., 2010. С. 2.

³³² Право интеллектуальной собственности / под ред. И.А. Близнец. М., 2011. С. 3 (авторы раздела Э.П. Гаврилов, К.Б. Леонтьев).

³³³ Сергеев А.П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации. М., 2001. С. 19.

³³⁴ Мозолин В.П. О концепции интеллектуальных прав // Журнал российского права. 2007. № 12. С. 101.

³³⁵ СЗ РФ. 1994. № 32. Ст. 3301 (в ред. от 27 июня 2012 г.).

³³⁶ СЗ РФ. 2006. № 52, ч. 1. Ст. 5496 (в ред. от 8 декабря 2011 г.).

деятельности и средства индивидуализации. Д.В. Мурзин, комментируя ст. 1225 ГК РФ, пишет о парадоксальности использования законодателем слово «собственность» в давно не употреблявшемся, но сохранившемся на бытовом уровне значении «имущество» («у меня есть собственность» в значении «у меня есть имущество, принадлежащее мне на праве собственности»). Следовательно, эта «собственность» не является субъективным правом, а сама является объектом особых интеллектуальных прав (ст. 1226 ГК РФ), абсолютных по своей природе.³³⁷ В.И. Еременко полагает, что позиция нашего законодателя — явная концептуальная ошибка, поскольку интеллектуальная собственность, как следует из Конвенции, учреждающей Всемирную организацию интеллектуальной собственности 1967 г., участницей которой является Россия, — это права на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации, а не сами эти результаты и средства.³³⁸ Таким образом, налицо явное противоречие между нашей ГК РФ и международной терминологией.

Правда, имеются авторы, которые считают, что внутреннее законодательство большинства зарубежных стран не содержит этого данного понятия.³³⁹ Также существует мнение, что термин «интеллектуальная собственность» представляется юридически недостаточно корректный. Он может создать впечатление о распространении на результаты интеллектуальной деятельности и вообще нематериальные объекты режима, установленного законом для права собственности.³⁴⁰ На указанное можно ответить следующее. Однако, во-первых, понятие «большинство» чаще всего имеет оценочный характер, а также зависит от содержания, вкладываемого в сравниваемые с его помощью понятия. Например, дефиниция «зарубежные страны» может охватывать как страны Европы, так и страны Латинской Америки, а термин «законодательство» использоваться в узком или широком смыслах. Кроме того, С.П. Гришаев, утверждая, что в большинстве стран не используется понятие «интеллектуальная собственность», не приводит в подтверждение этого какие-либо статистические данные. Во-вторых, юридическое понятие отражает правовые явления или отношения между ними в существенных связях, т. е. представляет собой итог, сумму добытых о них объективных научных знаний. Оно выражается соответствующим термином и логически характеризуется с точки зрения содержания (мыслимые существенные признаки правового явления) и объема (совокупность мыслимых по средствам его правовых

³³⁷ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (учебно-практический). Части первая, вторая, третья, четвертая (постатейный) / под ред. С.А. Степанова. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Екатеринбург, 2009 (доступна в СПС «КонсультантПлюс»).

³³⁸ *Еременко В.И.* Соотношение понятий «интеллектуальная собственность» и «исключительное право» в Гражданском кодексе Российской Федерации // *Законодательство и экономика*. 2008. № 10. С. 35–36.

³³⁹ См., напр.: *Гришаев С.П.* Интеллектуальная собственность. М., 2004. С. 3–4.

³⁴⁰ *Дозорцев В.А.* Интеллектуальные права. Понятие. Система. Задачи кодификации. Сборник статей. М., 2005. С. 37.

явлений).³⁴¹ Другими словами, любое юридическое понятие и термин должны быть адекватным, т. е. точно отражать реальное явление или отношение между ними. Однако фактически для юридических понятий терминов это труднодостижимо, в связи с этим представляется допустимым говорить лишь об определенной степени их точности, соответствия.

Становление интеллектуальной собственности в современный период невозможно без международного сотрудничества, однако сотрудничество с отдельно взятой страной всегда имеет свои особенности, поэтому для выбора его оптимальной формы, необходимо знать правовую среду страны — партнера. В познании правовой среды может помочь сравнительно-правовой метод, который применительно к юридическому исследованию, заключается в сравнении правовых норм, институтов, отраслей и систем.³⁴² Указанный метод, с одной стороны, способствует установлению оптимального сотрудничества, с другой — помогает усовершенствовать существующее законодательство³⁴³ и правоприменительную практику.

Проблемы правового регулирования интеллектуальной собственности занимают важное место в модернизации правовой системы КНР. Китай одно из немногих современных государств, которое совершило стремительный скачок в научно-технической сфере и в исторически краткий срок вышло в ряды мировых экономических лидеров. В настоящее время для Китая является важным приоритетом создание действенной системы интеллектуальной собственности.³⁴⁴ Так, с конца 1980-х годов в стране формируется и совершенствуется система нормативных правовых актов, регламентирующих данную область отношений. Среди них, например, Закон КНР «О патентах» (в ред. от 27 декабря 2008 г.; далее: Закон КНР «О патентах»),³⁴⁵ Закон КНР «О торговых марках» (в ред. от 27 октября 2001 г.),³⁴⁶ Закон КНР «Об авторском праве» (в ред. от 26 февраля 2010 г.),³⁴⁷ а также положения об их применении (в частности, Положение о применении Закона КНР «О торговых марках» (в ред. от 15 сентября 2002 г.)).

Отношения России и Китая в области науки и техники относятся к числу приоритетных и планомерно развиваются. Так, существует ряд международных

³⁴¹ Проблемы методологии и методики правоведения / под ред. Д.А. Керимова, В.Н. Кудрявцева, И.С. Самощенко, Н.М. Кейзера. М., 1974. С. 36.

³⁴² В специальной литературе под ним принято подразумевать сопоставление как государства и права различных стран в целом, так и отдельных элементов, особенностей правовых систем (см., напр.: *Перевалов В.Д.* Теория государства и права. М., 2005. С. 274–275).

³⁴³ Термин «законодательство» в данной работе будет использоваться в широком значении, т. е. как совокупность законов и подзаконных нормативных актов.

³⁴⁴ *Павлова Т.Я.* Развитие законодательства и усилия КНР в сфере защиты права интеллектуальной собственности // Актуальные проблемы международного публичного и международного частного права: сборник научных трудов / отв. ред. Е.В. Бабкина. Минск, 2009. С. 112.

³⁴⁵ Закон КНР «О патентах» // http://chinalawinfo.ru/civil_law (Сайт «Законодательство Китая», созданный консалтинговой группой «Окно в Китай» в 2008 г.). — Все ссылки на интернет ресурсы сверены 22 ноября 2012 г.

³⁴⁶ Там же.

³⁴⁷ Там же.

и межправительственных актов в этой области, например, Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Китайской Народной Республики о научно-техническом сотрудничестве от 18 декабря 1992 г.,³⁴⁸ Протокол о принципах охраны и распределения прав на интеллектуальную собственность от 18 декабря 1992 г.³⁴⁹ и т. д. Кроме того, в конструкции Патентного закона Российской Федерации от 23 сентября 1992 г. № 3517-1,³⁵⁰ который практически в неизменном виде вошел в четвертую часть ГК РФ, была использована модель, воплощенная в Законе КНР «О патентах», в частности, модель правовой охраны одним актом трех объектов промышленной собственности.³⁵¹

В связи с этим представляется целесообразным рассмотреть в рамках данного исследования вопрос, связанный с системой патентного законодательства Китая. Но прежде необходимо определиться терминологией, поскольку именно от ее содержания, будет зависеть ответ на поставленный нами вопрос.

Первое понятие с содержанием, которого необходимо определиться, — «патентное право». В юридической литературе данный термин используется в узком и широком смыслах. К патентному праву в узком смысле относят только нормы по поводу присвоения изобретений. Предметом патентного права в таком случае являются отношения между предпринимателями по использованию в виде промысла изобретений, обладающих промышленной или коммерческой ценностью. В специальной литературе считается, что «в широком смысле предметом патентного права являются отношения по поводу использования не только изобретений, <...> а также других нетелесных благ, влияющих на конкурентоспособность промышленных товаров, возникающие между конкурирующими товаропроизводителями».³⁵² Однако далее начинаются расхождения, заключающиеся в том, какие именно «нетелесные блага» относятся к области патентного права. Например, Б.С. Антимонов и Е.А. Флейшиц относили к изобретательскому праву изобретения и рационализаторские предложения.³⁵³ И.Э. Мамяофа и Н.В. Миронов дополняют перечисленный список открытиями, промышленными образцами, товарными

³⁴⁸ Постановление Правительства РФ от 12 ноября 1992 г. № 866 «О подписании Соглашения между Правительством Российской Федерации и Правительством Китайской Народной Республики о научно-техническом сотрудничестве» // САПП РФ. 1992. № 20. Ст. 1702.

³⁴⁹ Постановление Правительства РФ от 20 ноября 1998 г. № 1360 «О заключении Протокола между Правительством Российской Федерации и Правительством Китайской Народной Республики о принципах охраны и распределения прав на интеллектуальную собственность к Соглашению между Правительством Российской Федерации и Правительством Китайской Народной Республики о научно-техническом сотрудничестве от 18 декабря 1992 года» // СЗ РФ. 1998. № 48. Ст. 5947.

³⁵⁰ Патентный закон Российской Федерации от 23 сентября 1992 г. № 3517-1 // Ведомости СНД РФ и ВС РФ. № 42. Ст. 2319 (в настоящее время утратил силу в связи с принятием Федерального закона от 18 декабря 2006 г. № 231-ФЗ «О введении в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации»).

³⁵¹ *Городов О.А.* Право промышленной собственности. М., 2011. С. 38.

³⁵² См.: *Зенин И.А.* Гражданское и торговое право капиталистических стран. М., 1992. С. 146.

³⁵³ *Антимонов Б.С., Флейшиц Е.А.* Изобретательское право. М., 1960. С. 58.

знаками.³⁵⁴ А.П. Сергеев пишет, что патентное право регулирует отношения, возникающие в связи с созданием и использованием изобретений, полезных моделей и промышленных образцов.³⁵⁵ О.А. Городов полагает, что к кругу объектов отношений, регулируемых нормами патентного права, допустимо отнести биологические решения, как следствие, автор³⁵⁶ поместил параграф «селекционные достижения и его объекты» в главу, поименованную «Объекты патентного права».³⁵⁷

На наш взгляд, ближе к истине позиция А.П. Сергеева, поскольку именно упомянутая ученым группа объектов обладает значительным сходством между собой, с одной стороны, и существенно отличаются от других объектов промышленной собственности — с другой.³⁵⁸ В связи с этим к патентному законодательству мы будем относить нормы, регламентирующие отношения, возникающие в связи с созданием и использованием изобретений, полезных моделей и промышленных образцов.³⁵⁹

В большинстве зарубежных стран отношения в области промышленной собственности³⁶⁰ обычно регламентируются специальными национальными законами (например, Патентный закон ФРГ от 16 декабря 1980 г.),³⁶¹ которые

³⁵⁴ Изобретательское право / отв. ред. Н.В. Миронов. М., 1986. С. 30–31.

³⁵⁵ *Сергеев А.П.* Патентное право. М., 1994. С. 11. — Аналогичной позиции придерживается В.Е. Китайский (Право интеллектуальной собственности: учебник / под ред. И.А. Близнец. М., 2011. С. 241).

³⁵⁶ *Городов О.А.* Право промышленной собственности. С. 7.

³⁵⁷ Там же. С. 934.

³⁵⁸ Объединение трех объектов в рамках единого института патентного права он объясняет следующим. Во-первых, эти объекты являются результатами творческой деятельности, имеют конкретных создателей, права, которых признаются и охраняются законом, совпадают между собой по большинству признаков. Во-вторых, охрана осуществляется в одной и той же форме, а именно путем выдачи патента. В-третьих, в правовом регулировании общественных отношений, связанных с этими тремя объектами, гораздо больше сходства, чем различий, и к тому же оно осуществляется в России единым законодательным актом, а именно Патентным законом РФ (*Сергеев А.П.* Патентное право. С. 11). Конечно, в настоящее время последний признак, приведенный А.П. Сергеевым, отчасти утратил свое значения, поскольку интеллектуальная собственность в нашей стране регламентируется преимущественно ГК РФ (часть четвертая).

³⁵⁹ К тому же, если обратиться к отечественному законодательству, то нормы, касающиеся изобретений, полезных моделей и промышленных образцов, помещены в главу 72 ГК РФ, названную «Патентное право».

³⁶⁰ Данное понятие было введено ст. 1 Парижской конвенции об охране промышленной собственности на Гаагской конференции 1925 г. В соответствии с ним, к промышленной собственности следует относить патенты на изобретения, промышленные образцы, полезные модели, товарные знаки, знаки обслуживания, фирменные наименования, наименования мест происхождения товаров, а также пресечение недобросовестной конкуренции. В связи с этим возникает вопрос о соотношении понятий «промышленная собственность» и «объекты патентного права». Может показаться, что первое понятие более широкое, поскольку не все объекты промышленной собственности относятся к области патентного права. Однако ранее отмечалось, что существует различные подходы к определению состава объектов патентного права, в том числе в законодательстве зарубежных стран, поэтому в зависимости от подхода соотношение этих понятий будет меняться.

³⁶¹ Замена специальных законов Кодексом интеллектуальной собственности имеет место во Франции (Кодекс от 1 июля.1992 г.), Португалии (Кодекс промышленной собственности 1940 г.) и ряде развивающихся стран (Белая книга: история и проблемы кодификации законодательства об интеллектуальной собственности. Сб. документов, материалов и научных статей / под ред. В.Н. Лопатина. М., 2007. С. 110).

дополняются применением норм международных соглашений,³⁶² представляющих собой отдельные акты. Данные акты, как правило, касаются определенной группы результатов интеллектуальной деятельности (например, Парижская конвенция по охране промышленной собственности от 20 марта 1883 г.,³⁶³ Евразийская патентная конвенция от 9 сентября 1999 г.).³⁶⁴ Таким образом, и на международном, и на внутригосударственном уровне регламентация осуществляется с помощью «специализированных» актов, рассчитанных на регулирование отдельных групп отношений в области промышленной собственности.

Что касается правовой природы норм, входящих в систему патентного законодательства, то она является комплексной,³⁶⁵ поскольку включает в себя не только гражданско-правовые нормы, но и нормы административного права (экспертиза заявок, регистрация, государственное регулирование). Правда, в юридической литературе существует мнение, что нормы, регламентирующие, например, отношения по признанию и квалификации заявленных решений (процесс экспертизы заявленных решений), процедурный характер, а не административно-правовой.³⁶⁶

В настоящее время нормы, входящие в систему патентного законодательства Китая, располагаются в различных нормативных правовых актах, которые отличаются по сфере действия, по юридической силе, по отраслевой принадлежности.³⁶⁷ Следовательно, система патентного законодательства Китая объединяет разные по своей отраслевой принадлежности правовые нормы, т. е. имеет комплексный характер.

Представляется, что в системе патентного законодательства КНР условно можно выделить две группы актов: 1) общие нормативные акты, ориентированные на регулирование широкого комплекса отношений; 2) специальные, направленные на регулирование отдельных видов отношений.

Во главе первой группы актов стоит Конституция Китайской Народной Республики 1982 г. (далее: Конституция КНР),³⁶⁸ которая имеет высшую юридическую силу (ст. 5). Конституция КНР закрепляет принципы равенства

³⁶² *Зенин И.А.* Гражданское и торговое право капиталистических стран. С. 144–146.

³⁶³ Парижская Конвенция по охране промышленной собственности. Публикация № 201(R) / Всемирная организация интеллектуальной собственности. Женева, 1990.

³⁶⁴ Содружество. Информационный вестник Совета глав государств и Совета глав правительств СНГ. 1994. № 2 (15). С. 60–80.

³⁶⁵ В юридической литературе выделяются различные уровни комплексности, например, низкий уровень и высокий уровень (см., напр.: *Нефедов Д.В.* Теория и практика комплексности хозяйственного права // Правовые вопросы перестройки хозяйственного механизма в современных условиях. Кемерово, 1988).

³⁶⁶ *Городов О.А.* Право промышленной собственности. С. 9.

³⁶⁷ Система современного права Китая разделена на отрасли и институты. Это в определенной мере является результатом влияния доктрины континентального права, а также правовой системы Японии, где структурирование системы права в XX в. приобрело принципиальный характер (см., напр.: *Скакун О.Ф.* Теория государства и права. Харьков, 2000 // <http://pravouch.com/page/tgpua/ist/ist-16--idz-ax308--nf-254.html> (Портал «Юристы»)).

³⁶⁸ Конституция КНР 1982 г. (с изм. 1988, 1993, 1999, 2004 гг.) // http://chinalawinfo.ru/constitutional_law/constitution (Сайт «Законодательство Китая»).

граждан Китая перед законом и запрещение дискриминации. Граждане страны наделяются как экономическими, социальными и культурными, так и гражданскими и политическими правами. Она также определяет, что государство усиливает экономическое законодательство, совершенствует макрорегулирование [экономики] (ст. 15), охраняет права граждан на частную собственность и право наследования (ст. 13).³⁶⁹ Другими словами, Конституция КНР образуют своего рода юридический фундамент всей конструкции правового регулирования общественных отношений (в том числе в области патентного права).

Следующий акт, входящий в данную группу — это «Общие положения гражданского права Китайской Народной Республики», принятые в 1986 г. (далее: Общие положения гражданского права КНР).³⁷⁰ Они устанавливают основы систематизации гражданского права в целом, его роль и место в системе современного китайского права, а также закрепляют институт интеллектуальной собственности, правда, не раскрыв, его содержания (ст. 94–97). В частности, в нормах, посвященных интеллектуальной собственности, есть лишь общие формулировки, касающиеся признания патентных прав, а также их охраны законом (ст. 95). Однако, несмотря на незначительный объем, эти положения весьма существенны, поскольку они позволяют определить место института интеллектуальной собственности (в том числе место патентного права) в системе права КНР, включая его принадлежность к гражданскому праву.

Среди законодательных актов общей сферы действия, пожалуй, следует затронуть Закон Китайской Народной Республики «О договорах» 1999 г.,³⁷¹ закрепляющий основные положения договорного права, включая заключение, действительность, изменение, исполнение договоров, а также Антимонопольный закон Китайской Народной Республики 2007 г.,³⁷² направленный на предотвращение и ограничение монополистических действий, защиту добросовестной конкуренции на рынке, увеличения экономической эффективности, защиту интересов потребителей и интересов общества и государства, стимулирование «здорового развития социалистической рыночной экономики».

³⁶⁹ Некоторые авторы отмечают, что Конституция КНР в китайском массовом правосознании — это политическая декларация правящей партии в высшей (конституционной) юридической форме. Такой подход разделяют и народные суды, которые крайне осторожно и редко применяют Конституцию при вынесении решений по конкретным делам (*Третьяков К.Н.* Основные источники современного конституционного права Китайской Народной Республики. Автореф. дис. ... к. ю. н. М., 2007. С. 11–12).

³⁷⁰ Общие положения гражданского права КНР. Приняты на 4-й сессии ВСНП шестого созыва 12 апреля 1986 г. Опубликованы Указом Председателя КНР № 37 от 12 апреля 1986 г. (см.: *Сугибин В.А.* Китай. Гражданское, торговое и семейное право. М., 2008. С. 119).

³⁷¹ Закон КНР «О договорах». Принят 2-й сессией ВСНП девятого созыва 15 марта 1999 г. // http://chinalawinfo.ru/civil_law/law_contract (Сайт «Законодательство Китая»).

³⁷² Антимонопольный закон КНР // <http://www.asia-business.ru/law/law2/trade/antimonopoly> (Информационный портал «Бизнес в Китае», созданный компанией «Мега-Пауэр Гонконг Групп Лимитед»).

К еще одному акту, рассчитанному на регулирование широкого круга отношений, думается, можно отнести Нормы и правила «О таможенной защите прав интеллектуальной собственности» 2008 г.,³⁷³ которые имеют подзаконный характер. Данные нормы и правила разработаны в целях реализации таможенной защиты прав интеллектуальной собственности, стимулирования внешнеэкономической деятельности и торговли, технического и культурного обмена, защиты публичных интересов (ст. 1). Этот акт главным образом направлен на пресечения экспорта и импорта товаров, нарушающих права интеллектуальной собственности. В связи с этим правообладателю предоставляются определенные правовые механизмы, направленные на защиту своих прав интеллектуальной собственности (например, обратиться в таможенные органы с заявлением о применении мер по защите прав).

Немаловажное значение имеют Меры по защите прав интеллектуальной собственности во время выставок, изданные Министерством торговли, Государственным промышленно-торговым административным управлением, Государственным управлением по делам авторского права, Государственным управлением по делам интеллектуальной собственности, в 2006 г.³⁷⁴ Так, данный акт устанавливает порядок обращения правообладателей с жалобами, перечень документов, которые необходимо приложить к жалобе, порядок рассмотрения жалоб, а также содержит специальный раздел, посвященный патентной охране во время выставок.

Кроме того, необходимо затронуть «Государственную стратегию по защите прав на интеллектуальную собственность»,³⁷⁵ одобренную Государственным Советом КНР (далее также: Госсовет КНР)³⁷⁶ в апреле 2008 г. По мнению некоторых специалистов, эта стратегия обозначила официальное начало осуществления стратегии защиты прав интеллектуальной собственности в Китае на государственном уровне. В юридической литературе также отмечается: «...Китайские чиновники полагают, что осуществление данной стратегии позволит Китаю к 2020 г. стать страной с высоким уровнем применения, управления и контроля интеллектуальной собственности».³⁷⁷

Также нельзя обойти вниманием в данной области некоторые акты толкования. В целом такие акты, конечно, не относятся к системе

³⁷³ Нормы и правила «О таможенной защите прав интеллектуальной собственности». Опубликовано Постановлением Государственного Совета КНР от 2 декабря 2003 г. № 395 (в ред. от 24 марта 2010 г.) // http://chinalawinfo.ru/economic_law/statute_customs_protection_ipr (Сайт «Законодательство Китая»). — Конечно, данный акт имеет более узкую сферу действия, чем перечисленные ранее, поскольку он регламентирует в определенной степени однородную группу отношений, касающуюся интеллектуальной собственности. Между тем представляется, что его место в системе патентного законодательства именно в первой группе потому, что патентное право является относительно компактным элементом права интеллектуальной собственности.

³⁷⁴ Protection Measures for Intellectual Property Rights during Exhibitions / WIPO // <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=6532>

³⁷⁵ Outline of the National Intellectual Property Strategy / SIPO // http://english.sipo.gov.cn/laws/developing/200906/t20090616_465239.html

³⁷⁶ Госсовет КНР является высшим административно-распорядительным органом.

³⁷⁷ Павлова Т.Я. Развитие законодательства и усилия КНР в сфере защиты права интеллектуальной собственности. С. 120.

законодательства, однако необходимо иметь в виду следующее. В КНР акты толкования права делятся на два вида: акты толкования Конституции КНР и акты толкования законодательства. Толкование Конституции КНР осуществляет в различных формах Постоянный комитет Всекитайского собрания народных представителей (далее: ПК ВСНП), в то время как толкование законодательства осуществляют ПК ВСНП (его толкование имеет силу закона) и уполномоченные им органы — Госсовет, его министерства и комитеты; Верховный Народный Суд; Верховная Народная Прокуратура). Уполномоченные органы, строго говоря, не толкуют положения законов, а разъясняют применение отдельных положений законодательных актов в конкретных ситуациях, однако такие разъяснения имеют прямую юридическую силу для нижестоящих государственных органов.³⁷⁸ В связи с этим представляется целесообразным упомянуть некоторые акты толкования в данной области, в частности, Разъяснения по некоторым вопросам применения законодательства при рассмотрении уголовных дел по фактам нарушения интеллектуальной собственности, принятые совместно Верховным Народным Судом и Верховной Народной Прокуратурой в 2004 г.,³⁷⁹ а также Разъяснения II по некоторым вопросам применения законодательства при рассмотрении уголовных дел по фактам нарушения интеллектуальной собственности, принятые совместно Верховным Народным Судом и Верховной Народной Прокуратурой в 2007 г.³⁸⁰

Специальное законодательство представлено достаточно многочисленными нормативными актами, среди которых и акты представительных, и исполнительных органов КНР. Однако наибольший удельный вес традиционно составляют акты исполнительных органов. Рассмотрим более детально основные акты этой группы.

Центральное место среди них, пожалуй, принадлежит Закону КНР «О патентах». Этот закон относится к числу комплексных нормативных актов, регулирующих патентные отношения различной отраслевой принадлежности. Так, наряду с гражданско-правовыми отношениями им регламентируются и некоторые административно-правовые (ст. 39, 40) и процессуальные (ст. 60, 63, 67) отношения, в нем содержатся отсылки к административному, уголовному и иному законодательству КНР (ст. 63, 71, 72). Необходимо также отметить, что основная часть норм, содержащихся в Законе КНР «О патентах», это нормы прямого действия, а количество норм отсылочного характера незначительно.

Предмет регулирования Закона КНР «О патентах» — это область отношений, возникающих в связи с созданием, правовой охраной и

³⁷⁸ *Третьяков К.Н.* Основные источники современного конституционного права Китайской Народной Республики. С. 13–14.

³⁷⁹ Interpretation by the Supreme People's Court SPC and the Supreme People's Procuratorate SPP on Several Issues of Concrete Application of Laws in Handling Criminal Cases of Infringing Intellectual Property / WIPO // <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=6575>

³⁸⁰ The Interpretation II of the Supreme People's Court SPC and Supreme People's Procuratorate SPP of the Issues concerning the Specific Application of Law in Handling Criminal Cases of Infringement of Intellectual Property Rights / WIPO // <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=6575>

использованием изобретений, полезных моделей и промышленных образцов. В частности, им устанавливается перечень объектов патентных прав, раскрывается их содержание, условия патентоспособности, порядок оформления прав на них и охрана. Наряду с общими условиями закон отдельно прописывает порядок регистрации патента иностранными гражданами и предприятиями. В частности, кроме данного закона, иностранный заявитель при регистрации патента на территории Китая должен руководствоваться соответствующими двусторонними соглашениями между Китаем и страной заявителя или международными соглашениями, в которых участвуют оба государства.³⁸¹

В юридической литературе отмечается, что объединение в одном законе правовых норм, посвященных трем схожим, но вполне самостоятельным объектам промышленной собственности, можно признать вполне удачным.³⁸² Полагаем, что с таким суждением следует согласиться. К тому же в нашей стране ранее существовала подобная и в целом вполне успешная регламентация перечисленных результатов интеллектуальной деятельности, очевидно, и воспринятая правовой системой КНР.

Следующий акт, на котором необходимо акцентировать внимание — это Положение о применении Закона КНР «О патентах» (далее: Положение), принятое Госсоветом КНР в 2001 г.³⁸³ Данный акт относится к числу подзаконных и является комплексным.

Как любой подзаконный акт, он направлен на конкретизацию и развитие первичных положений законодательного акта (в данном случае Закона КНР «О патентах»), а в некоторых случаях на регламентацию отношений, оставшихся за пределами регулирования норм закона. В частности, в нем уточняется перечень документов, необходимых для подачи заявки в отношении объектов патентных прав, конкретизируются требования к оформлению заявок на выдачу патента на изобретение, полезную модель или промышленный образец. Например, указывается, что заявка на полезную модель должна содержать описание полезной модели, раскрывающее ее с полнотой, достаточной для осуществления; формулу полезной модели, выражающую ее сущность и полностью основанную на ее описании; чертежи, если они необходимы, и т. д. (гл. III).

В Положении детализируются процедуры экспертизы заявки, условия подачи повторной экспертизы заявки на патент, порядок признания патента недействительным (гл. IV), устанавливаются механизмы определения вознаграждения и гонораров (в определенных ситуациях). Кроме того, в нем закреплены специальные главы, касающиеся порядка защиты патентных прав и регистрации патента, публикации сведений о выдаче патента (гл. VIII), а также

³⁸¹ Павлова Т.Я. Развитие законодательства и усилия КНР в сфере защиты права интеллектуальной собственности. С. 117.

³⁸² Сергеев А.П. Патентное право. С. 24.

³⁸³ Rules for the Implementation of the Patent Law of the People's Republic of China / WIPO // <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=6504> (ред. от 9 января 2010 г.).

отдельная глава «Пошлины», регламентирующая виды и порядок взимания патентных и иных пошлин (гл. IX).

Еще один важный акт, входящий в данную группу, это Регламент оформления патентов (далее: Регламент).³⁸⁴ Значения этого акта заключается в том, что он раскрывает некоторые ключевые понятия в области оформления патентов, например, «оформление патента», «служба патентных поверенных» (патентные агентства), «патентные поверенные»; устанавливает виды патентных агентств и требования к ним (раздел 2) и патентным поверенным (раздел 3), а также санкции, применяемые к нарушителям (раздел 4). Так, в соответствии с п. 2 Регламента под оформлением патента понимается подача заявки на выдачу патента или рассмотрение других, относящихся к патентным делам, службой патентных поверенных от лица своих адресатов и в пределах своих полномочий. В свою очередь, служба патентных поверенных представляет собой ведомственные учреждения, принимающие заявки на выдачу патента или рассматривающие другие, относящиеся к патентным делам, от лица своих адресатов и в пределах своих полномочий (п. 3 Регламента).

Вместе с Регламентом необходимо затронуть Дисциплинарный устав службы патентных поверенных, который определяет сущность дисциплины, обязанность по ее соблюдению,³⁸⁵ а также Порядок организации управления службой патентных поверенных, утвержденный Государственным управлением по делам интеллектуальной собственности.³⁸⁶ Этот порядок отчасти дополняет Регламент, указанный ранее, путем его детализации, и в некоторых случаях регулирует отношения, оставшиеся за его рамками. Так, им установлен порядок создания, изменения, ликвидации и аннулирования служб патентных поверенных, их представительств, профессиональные требования, предъявляемые к патентному поверенному, например, наличие сертификата, а также условия его получения.

Далее, требуется упомянуть Положение о патентах в области национальной безопасности, изданное Госсоветом КНР и Центральным Военным Комитетом в 2004 г.³⁸⁷ Цель данного Положения — защита патентных прав в области национальной безопасности, сохранение сведений, относящихся к государственной тайне, продвижение науки и технологии в области обороны страны и т. д. (п. 1). В связи с этим Положение о патентах в области национальной безопасности устанавливает понятие «патента в области национальной безопасности», условия утверждения, проведения патентной экспертизы и выдачи разрешения на такой патент, порядок его использования (в частности, особо регламентируются ограничения в использовании).

³⁸⁴ Regulations on Patent Commissioning (04.03.1991) / SIPO // http://english.sipo.gov.cn/laws/lawsregulations/200804/t20080416_380324.html

³⁸⁵ Disciplinary Rules for Patent Agency (01.01.2003) / WIPO // <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=6495>

³⁸⁶ Measures for the Administration of Patent Agency (06.06.2003) / SIPO // http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=182222

³⁸⁷ Regulation on National Defense Patent (17.09.2004) / WIPO // http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=182303

Последнее представляется весьма важным, поскольку направлено на сбалансирование частных и публичных интересов.

В заключении отметим некоторые акты толкования, касающиеся патентного права. Напомним, что акты толкования не относятся к системе законодательства, поскольку современная правовая система КНР по формально-юридическим признакам все-таки тяготеет к континентальной правовой системе. Однако разъяснения Верховного Народного Суда имеют прямую юридическую силу для нижестоящих государственных органов; таковы, в частности, Некоторые указания по вопросу применения законов при прекращении нарушения патентных прав до предъявления иска, изданные Верховным Народным Судом в 2001 г.,³⁸⁸ и Разъяснения по некоторым вопросам применения законодательства при рассмотрении дел о нарушении патентных прав, принятые Верховным Народным Судом в 2009 г.³⁸⁹ Данные акты в основном разъясняют положения законодательства, связанные с нарушением патентных прав, поскольку нарушения прав интеллектуальной собственности в КНР продолжают оставаться серьезной проблемой, которую китайское руководство пытается разрешить.³⁹⁰

МЕРЫ ПО ЗАЩИТЕ ПРАВ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ ВО ВРЕМЯ ВЫСТАВОК,

изданные Министерством торговли, Государственным промышленно-торговым административным управлением, Государственным управлением по делам авторского права, Государственным управлением по делам интеллектуальной собственности в 2006 г.³⁹¹

(Извлечения)

Пункт 2. Настоящие Меры применяются в отношении защиты патентов, торговых марок и литературной собственности на всех видах выставок, торговых ярмарках, экспозициях, рынках и иных показов, касающихся экономической и технической продукции, размещенных на территории Китайской Народной Республики.

Раздел 2. Рассмотрение жалоб

Пункт 6. Если выставка длится более 3 дней и если административное управление выставки полагает, что она нуждается в защите, то во время ее

³⁸⁸ Several Provisions of the Supreme People's Court for the Application of Law to Pre-trial Cessation of Infringement of Patent Right / WIPO // <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=6531>

³⁸⁹ Judicial interpretation of the Supreme People's Court on Several Issues concerning the Application of Law in the Trial of Patent Infringement Dispute Cases / WIPO // <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=6530>

³⁹⁰ Павлова Т.Я. Развитие законодательства и усилия КНР в сфере защиты права интеллектуальной собственности. С. 122.

© А.М. Лаптева (пер. с англ.), 2012

³⁹¹ Protection Measures for Intellectual Property Rights during Exhibitions / WIPO // <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=6532>

проведения организатор выставки должен сформировать подразделение, ответственное за жалобы, касающиеся прав интеллектуальной собственности. Административное управление по правам интеллектуальной собственности, расположенное в месте проведения выставки, должно направить в подразделение, ответственное за жалобы, касающиеся прав интеллектуальной собственности, своих сотрудников для рассмотрения соответствующих дел о нарушениях согласно закону.

В случае отсутствия подразделения, ответственного за жалобы, касающиеся прав интеллектуальной собственности, административному управлению по правам интеллектуальной собственности, расположенному в месте проведения выставки, необходимо усилить контроль и надзор за защитой прав интеллектуальной собственности во время выставки, а также рассматривать дела, относящиеся к ним. Организатор выставки должен разместить информацию, касающуюся контактных данных лиц и порядка работы административного управления по правам интеллектуальной собственности, расположенного в месте проведения выставки, в общедоступных местах помещений, занимаемых выставкой.

Раздел 3. Патентная охрана во время выставки

Пункт 16. Если подразделение, ответственное за жалобы, касающиеся прав интеллектуальной собственности, нуждается в помощи местного управления по интеллектуальной собственности, то местному управлению по интеллектуальной собственности необходимо обеспечить непосредственное сотрудничество и участие в защите прав интеллектуальной собственности во время выставки. Местное управление интеллектуальной собственности обладает следующими полномочиями во время проведения выставки:

(1) Принимает жалобы о предполагаемом нарушении прав интеллектуальной собственности, направленные из подразделения, ответственного за жалобы, касающиеся прав интеллектуальной собственности, и рассматривает их в соответствии с положениями и нормами патентного права;

(2) Принимает обращения о любом споре, касающемся предполагаемого нарушения патентных прав, относящихся к любому выставленному экспонату, и рассматривает их в соответствии с положениями ст. 57 Закона «О патентах КНР»; и

(3) Принимает сообщения о любых признаках незаконного использования чужого патента или об имитации патентных прав, относящихся к любому выставленному экспонату, или расследует и рассматривает любые действия о незаконном использовании чужого патента или имитации патентных прав, относящихся к любому выставленному с разрешения властей экспонату, и применяет меры ответственности в соответствии с положениями ст. 58 и 59 Закона о патентах.

ПОЛОЖЕНИЕ О ПРИМЕНЕНИИ ЗАКОНА КНР «О ПАТЕНТАХ»,
принятого Государственным Советом КНР в 2001 г.³⁹²
(Извлечения)

Глава 3. Рассмотрение и утверждение заявки на патент

Пункт 38. При получении заявки на выдачу патента в отношении изобретения, полезной модели, включающей заявление, описание (содержащее схемы, чертежи в отношении заявки на полезную модель) и одну или более формулы, заявки на выдачу патента на промышленный образец, включающей заявление, комплект изображений или фотографий, описывающий промышленный образец и содержащий краткие пояснения, Управление по патентам Государственного Совета КНР регистрирует заявку с проставлением даты поступления заявки, с присвоением регистрационного номера и уведомляет заявителя.

Пункт 39. Управление по патентам Государственного Совета КНР отказывает в принятии заявки и уведомляет об этом заявителя при наличии любого из перечисленных обстоятельств:

(1) если заявка на выдачу патента в отношении изобретения или полезной модели не содержит заявления, описания (содержащего схемы, чертежи в отношении заявки на полезную модель) и формул, в отношении заявки на выдачу патента на промышленный образец не содержит заявления, комплект изображений или фотографий, описывающий промышленный образец или содержащий краткие пояснения;

(2) если заявка предоставлена не на китайском языке;

(3) если заявка не соответствует положениям § 1 п. 121 данных Правил;

(4) если заявление не содержит имя или наименование, адрес заявителя;

(5) если очевидно, что заявка не соответствует положениям ст. 18 или первого параграфа ст. 19 Закона КНР «О патентах»; или

(6) если тип заявки на выдачу патента (патент на изобретение, полезную модель или промышленный образец) не является ясным и не может быть определен.

Глава 4. Повторная экспертиза заявки на патент и признание патента недействительным

Пункт 59. Комиссия по пересмотру патентов должна состоять из технических экспертов, экспертов по правовым вопросам, назначенных Управлением по патентам Государственного Совета КНР, Председатель Комиссии должен быть ответственным лицом из Управления по патентам Государственного Совета КНР.

Пункт 60. Если заявитель обращается в Комиссию по пересмотру патентов с запросом о проведении повторной экспертизы в соответствии со

© А.М. Лаптева (пер. с англ.), 2012

³⁹² Rules for the Implementation of the Patent Law of the People's Republic of China / WIPO // <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=6504> (в ред. от 9 января 2010 г.).

ст. 41 Закона КНР «О патентах», то он должен указать в нем причины [обращения], а в случае необходимости приложить подтверждающие документы.

Если запрос о проведении повторной экспертизы не соответствует положениям первого параграфа ст. 19 или первого параграфа ст. 41 Закона КНР «О патентах», то Комиссия по пересмотру патентов отказывается его принять, уведомив об этом заявителя в письменной форме с указанием причин отказа.

Если запрос о проведении повторной экспертизы не соответствует установленной форме, лицу, его подавшему, необходимо исправить соответствующие недостатки запроса в течение срока, указанного Комиссией по пересмотру патентов; если лицо, обращающееся с запросом, не исправит эти недостатки, то запрос считается не поданным.

Глава 8. Регистрация патентов и Патентная газета

Пункт 89. Управление по патентам Государственного Совета КНР ведет Патентный Реестр, в котором отражаются следующие сведения, относящиеся к патентным заявкам или патентным правам:

- (1) предоставление патентных прав;
- (2) передача прав на получение патента или патентных прав;
- (3) залог, обеспечительные меры в отношении патентных прав, а также их погашение и снятие;
- (4) лицензионные договоры об использовании патента, предоставленные для официального оглашения;
- (5) аннулирование патента;
- (6) прекращение действия патентных прав;
- (7) восстановление действия патентных прав;
- (8) принудительные лицензии на использование патента; и
- (9) любые изменения наименования, гражданства и место жительства.

Пункт 90 Управление по патентам Государственного Совета КНР обязано опубликовать в Патентной газете, издаваемой на постоянной основе, следующую информацию:

- (1) библиографические данные и реферат описания изобретения;
- (2) запросы о проведении экспертизы заявки по существу в отношении патентов на изобретения и любые решения Управления по патентам Государственного Совета КНР, относящиеся к самостоятельному проведению экспертизы заявки на выдачу патента по существу;
- (3) отклонение, отзыв, отказ, восстановление и передача (уступка) заявки на изобретения после ее публикации;
- (4) предоставление патентных прав и библиографические данные патентных прав;
- (5) реферат описания патента изобретения или патента полезной модели, изображение или фотография для патента на промышленный образец;
- (6) снятие грифа секретности с патента в области национальной безопасности или секретного изобретения;
- (7) аннулирование патента;

- (8) прекращение действия или восстановление патентных прав;
- (9) передача патентных прав;
- (10) лицензионные договоры об использовании патента, предоставленные для официального оглашения;
- (11) залог, обеспечительные меры в отношении патентных прав, а также их погашение и снятие;
- (12) принудительные лицензии на использование патента;
- (13) изменения наименования, гражданства и место жительства патентообладателя;
- (14) вручение документов по средствам опубликования;
- (15) изменения, вносимые Управлением по патентам Государственного Совета КНР, и
- (16) другие относящиеся вопросы.

Глава 9. Пошлины

Пункт 93. При подаче заявки на выдачу патента и выполнении иных юридически значимых действий в Управлении по патентам Государственного Совета КНР лицу необходимо уплатить следующие пошлины.

- (1) регистрационный сбор, дополнительный взнос за подачу заявки, печатный сбор за опубликование заявки, сбор за установление конвенционного приоритета;
- (2) пошлина за проведение экспертизы заявки по существу в отношении патентов на изобретения, пошлина за повторную экспертизу;
- (3) регистрационный сбор за предоставление патентного права, печатный сбор за сообщение о предоставлении патентного права и годовые пошлины за поддержание в силе патента;
- (4) пошлина за заявление о восстановлении прав и пошлина за заявление о продлении срока действия; и
- (5) пошлина за внесение изменений в библиографические данные, пошлина за заявление о проведении оценочного заключения в отношении патента, пошлина за заявление об аннулировании патента.

Размер пошлин, указанных в предыдущем пункте, устанавливается управлением по регулированию цен и финансовым управлением Государственного Совета КНР совместно с Управлением по патентам Государственного Совета КНР.

РЕГЛАМЕНТ ОФОРМЛЕНИЯ ПАТЕНТОВ,

опубликованный 4 марта 1991 г.³⁹³

(Извлечения)

Раздел 1. Общие принципы (положения)

Пункт 1. Настоящий регламент разработан с целью обеспечения законных прав служб патентных поверенных (патентных агентств) и комитентов, а также обеспечения нормального оказания услуг по оформлению патента.

Пункт 2. Под оформлением патента понимается подача заявки на выдачу патента или рассмотрение других дел, относящихся к патентным, службой патентных поверенных от лица своих адресатов и в пределах своих полномочий.

Раздел 2 Служба патентных поверенных (патентные агентства)

Пункт 3. Служба патентных поверенных представляет собой ведомственные учреждения, принимающие заявки на выдачу патента или рассматривающие другие, относящиеся к патентным дела, от лица своих адресатов и в пределах своих полномочий. Служба патентных поверенных включает:

(1) службы патентных поверенных, которые рассматривают иностранные патентные дела;

(2) службы патентных поверенных, которые рассматривают внутренние патентные дела; и

(3) юридические фирмы, которые рассматривают внутренние патентные дела.

Пункт 4. Учреждаемая патентная служба должна соответствовать следующим условиям:

(1) иметь наименование, устав и постоянное местонахождение;

(2) иметь уставный капитал и оборудованные рабочие места;

(3) быть финансово независимой и способной отвечать по своим обязательствам; и

(4) иметь в штате трех или более специалистов, которые обладают статусом патентных поверенных, и пропорциональное число аналогично квалифицированного персонала с частичной занятостью, предусмотренного Управлением по патентам Китая (КУП).

Юридические фирмы для осуществления деятельности по оформлению патентов, должны иметь специальный персонал, указанный в п/п. 4 данного параграфа.

Пункт 5. К заявлению о создании патентной службы необходимо приложить следующее:

© А.М. Лаптева (пер. с англ.), 2012

³⁹³ Regulations on Patent Commissioning (04.03.1991) / SIPO // http://english.sipo.gov.cn/laws/lawsregulations/200804/t20080416_380324.html

- (1) заявление по форме с указанием наименования, рабочего места и имени, фамилии ответственного лица;
- (2) устав патентной службы;
- (3) имена, фамилии патентных поверенных и их квалификационные сертификаты
- (4) документы, подтверждающие оплату уставного капитала и учреждение патентной службы.

Раздел 3. Патентные поверенные

Пункт 14. В соответствии с данным Регламентом под патентными поверенными понимаются лица, обладающие «Квалификационным сертификатом патентного поверенного» и «Лицензией патентного поверенного».

Пункт 15. Заявку о приобретении статуса патентного поверенного могут подать китайские граждане, поддерживающие Конституцию КНР и отвечающие следующим условиям:

- (1) достижение 18-летнего возраста и наличие полной дееспособности;
- (2) наличие высшего образования в области естественных наук (или эквивалентное образование), владение одним иностранным языком;
- (3) разбираться в Патентном законе, а также иметь необходимые правовые знания в области патентного права; и
- (4) ученые или юристы, имеющие опыт работы более двух лет.

Пункт 16. Лица, подавшие заявку о приобретении статуса патентных поверенных, должны получить в КУП «Квалификационный сертификат патентного поверенного» после коллегиальной квалификационной экзаменационной комиссии, подтверждающей его или ее квалификацию.

В состав коллегиальной квалификационной комиссии включаются представители КУП, департамента Государственного Совета и организаций патентных поверенных.

Пункт 17. Патентные поверенные должны оказывать услуги по оформлению патентов только в качестве представителей службы патентных поверенных и не должны заниматься самостоятельной частной практикой.

Пункт 18. Патентные поверенные могут оказывать услуги по оформлению патентов одновременно у двух или более служб патентных поверенных.

До прекращения деятельности в службе патентных поверенных, патентные поверенные должны надлежащим образом завершить незаконченные дела, принятые на себя.

Пункт 19. Если обладатель «Квалификационного сертификата патентного поверенного» не осуществляет деятельность по оформлению патентов или иную, относящуюся к патентам деятельность в течение пяти лет, то его «Квалификационный сертификат патентного поверенного» признается недействительным.

ПРАВОВАЯ ОХРАНА ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ В ЮЖНО-АФРИКАНСКОЙ РЕСПУБЛИКЕ

11–12 ноября 2010 г. в Сеуле (Южная Корея) состоялась пятая встреча глав государств и правительств Группы двадцати, посвященная мировому финансовому кризису, на которой Южно-Африканская Республика выразила желание присоединиться к БРИК (Бразилия, Россия, Индия, Китай). 21 декабря 2010 г. президент Российской Федерации Дмитрий Медведев и премьер-министр Индии Манмохан Сингх одобрили идею присоединения ЮАР к деятельности БРИК. Через три дня, 24 декабря 2010 г., министр международных отношений и сотрудничества ЮАР Маите Нкоана-Машабане сказала, что она получила уведомление по телефону от главы МИД КНР Ян Цзечи, в соответствии с которым Китай по согласованию с другими странами-членами БРИК приглашает ЮАР стать полноправным участником БРИК. Председатель КНР Ху Цзиньтао направил приглашение президенту ЮАР Джейкобу Зуме принять участие в саммите БРИКС в Китае в начале апреля 2011 г. Необходимо отметить, что до 2011 г. по отношению к организации использовалась аббревиатура БРИК. В связи с присоединением ЮАР к БРИК 18 февраля 2011 г. это объединение стало носить название БРИКС (BRICS) — последняя буква означает присоединившуюся к организации Южную Африку — South Africa.³⁹⁴

ЮАР имеет крайне интересную историю, многонациональное и многоязычное население, богатую культуру. Страна обладает богатыми минеральными ресурсами, а также является самой экономически развитой в Африке и имеет относительно прочные мировые позиции.

Своим стремительным развитием ЮАР во многом обязана богатству природных ресурсов, что предопределило лидирующую роль добывающей промышленности в экономике страны. Целый ряд законов, направленных на урегулирование вопросов авторского права, прав собственности, арбитража, налогового регулирования, ставят Южную Африку в разряд стран с наиболее развитым законодательством в отношении инвестиций и торговли. Одним из принципов политического и экономического развития страны на сегодняшний день является всяческое поощрение инвестиций в реальный сектор экономики. Заинтересованность в прямых инвестициях побуждает правительство Южной Африки разрешать перспективным иностранным инвесторам создание предприятий, которые принадлежат им на 100 %, обеспечивать инвесторам выход их продукции на рынки африканских стран и стран бассейна Индийского океана, предоставлять относительно дешевую электроэнергию, открывать свободный доступ к природным ресурсам.³⁹⁵ Нарастающую финансово-

³⁹⁴ ЮАР официально присоединилась к БРИК // <http://www.lenta.ru/news/2011/02/18/bricks/>

³⁹⁵ Ходарин Г. Экономика ЮАР // <http://www.southafrica.ru/eco.php>

экономическую мощь ЮАР обеспечивает в том числе внимание государства к правовой охране интеллектуальной собственности.

В данной статье будет рассмотрено действующее законодательство Южно-Африканской Республики, регулирующие вопросы интеллектуальной собственности, в частности вопросы, касающиеся авторского и патентного права ЮАР, а также охраны промышленной собственности, а именно охраны товарных знаков и промышленных образцов.

На сегодняшний день в ЮАР в части защиты и охраны интеллектуальной собственности действуют следующие законодательные акты:

— Закон о правах интеллектуальной собственности на публично финансируемые исследования и разработки № 51 от 22 декабря 2008 г. (вступил в силу 2 августа 2010 г.);

— Закон о промышленных образцах № 195 от 22 декабря 1993 г.;

— Закон о товарных знаках № 194 от 22 декабря 1993 г.;

— Закон об авторском праве № 98 от 20 июня 1978 г.;

— Патентный Закон № 57 от 26 апреля 1978 г.

Помимо названных законов в ЮАР действует большое число различных Инструкций, которые более детально освещают и регулируют определенные вопросы, затронутые законами.³⁹⁶

1. Авторское право. Основным нормативно-правовым актом в области авторского права является Закон об авторском праве № 98 от 20 июня 1978 г.³⁹⁷ Следуя англосаксонской традиции (до 1961 г. Южная Африка была доминионом Великобритании), Закон об авторском праве объединяет два субинститута: собственно авторское право (творческие произведения) и смежные права (результаты организационной деятельности).³⁹⁸ Также в ЮАР действует Закон о регистрации авторского права на кинофильмы № 62 от 11 мая 1977 г. и Инструкция по авторскому праву № 6252 от 22 декабря 1978 г.

Согласно указанным законам авторское право — это исключительное право на оригинальную работу автора, дизайнера и прочих лиц, предоставленное законом в течение ограниченного времени.

Закон об авторском праве № 98 защищает некоторые классы или категории работ (объектов). Объектами авторского права в ЮАР являются:

— литературные произведения (например, книги, рукописи);

— музыкальные произведения (например, песни);

— художественные произведения (например, картины, рисунки);

— кинофильмы (в том числе программные сигналы, подающиеся на спутники);

— звукозаписи;

³⁹⁶ На официальном сайте CIPC (Companies and Intellectual Property Commission) размещены полные тексты нормативно-правовых актов, регулирующих вопросы интеллектуальной собственности (<http://www.cipc.co.za>).

³⁹⁷ Полный текст закона см.: http://www.cipc.co.za/Copyright_files/Copyright_Act.pdf

³⁹⁸ Подробнее см.: *Еременко В.И.* Законодательство об интеллектуальной собственности Южно-Африканской Республики // Законодательство и экономика. 2011. № 7. С. 62–70.

- телепередачи (включают в себя как трансляцию фильмов, так и музыкальных программ);
- программные сигналы (сигналы, отражающие программы);
- опубликованные издания (напечатанные впервые любым способом);
- компьютерные программы.

Объекты авторского права должны обладать оригинальностью и иметь материальную форму.

Авторское право не нарушается при цитировании текстов автора, в случае изготовления ксерокопий для частного использования. Копирование и воспроизведение публичных лекций или выступлений также не признается нарушением авторского права.

В отношении письменных работ действуют следующие правила:

- необходимо максимально пользоваться разрешением автора на воспроизведение его работы, т. е. по возможности стремиться получить такое разрешение;

- при цитировании необходимо указывать наиболее полную информацию о заимствованном тексте, его авторе, а так же сведения об источнике, из которого взят текст;

- если в письменной работе используется малый объем чужого текста (несколько предложений, абзацев), и автора текста установить невозможно, то разрешения на использование этого текста не требуется;

- в случае если автор планирует в своей работе использовать достаточно большой по объему чужой текст (например, параграф или главу), то сперва необходимо получить разрешение на использование;

- в ЮАР законодательство допускает использование учебных материалов, курсов, лекций, прослушанных в учебных заведениях и т. п.

В ЮАР разделяют использование объектов авторского права в коммерческих целях от личного использования. Не является нарушением копирование или заимствование публичного выступления или лекции, сделанные исключительно в информационных целях, или, к примеру, выкладывание ксерокопий текстов правительством для общего доступа и ознакомления.

Последний вопрос, на который хотелось бы обратить внимание в рамках авторского права ЮАР, это срок такого права, который зависит от охраняемого объекта. Так, срок охраны литературных произведений составляет весь период жизни автора и 50 лет после его смерти,³⁹⁹ аналогичный срок в 50 лет установлен для компьютерных программ (срок охраны составляет 50 лет со дня, когда первая копия стала общественно доступной), для звукозаписей и кинолент (течение срока начинается, соответственно, со дня первой передачи в эфир звукозаписи и первого публичного показа фильма).

2. Патентное право. История патентного законодательства Южной Африки началась с 1860 г., с даты принятия первого Патентного закона. С

³⁹⁹ Такое правило зафиксировано в ст. 7(1) Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений (Конвенция от 3 октября 1928 г.), участницей которой является ЮАР.

1916 г. в стране применялись действовавшие в то время нормы патентного права Британского содружества наций. С середины XX в. в Южной Африке действовал Патентный закон от 10 июня 1952 г., во многом воспроизводивший положения Закона о патентах Великобритании 1949 г. (основной и дополнительный патент, 16-летний срок действия патента со дня подачи полного описания и т. п.).

В настоящее время в ЮАР действует Патентный закон № 57 от 26 апреля 1978 г. (далее — Патентный закон).⁴⁰⁰ Из подзаконных актов необходимо упомянуть Патентную инструкцию от 15 декабря 1978 г. (которая включает перечень пошлин, взимаемых Патентным ведомством) и Инструкцию по проведению патентной экспертизы от 17 января 2003 г.

По законодательству ЮАР патент представляет собой официальный охраняемый документ, удостоверяющий исключительное право на авторство изобретения, в роли которого могут выступить определенный продукт или действие, содержащие элементы новизны или предлагающие новое техническое решение проблемы. Патент нужен для того, чтобы обеспечивать защиту прав патентообладателя в течение срока действия патента: он предоставляет патентообладателю исключительное право на использование своего изобретения. В соответствии со ст. 45 Патентного закона ЮАР, патентообладателю предоставляется право исключить других лиц от изготовления, использования, осуществления, распоряжения или предложения к распоряжению либо ввоза предмета изобретения на территорию Республики.

Южная Африка является одной из 142 стран-участниц Договора о патентной кооперации (Patent Cooperation Treaty, PCT), заключенного в 1970 г. Договор выступает основой системы PCT, которая обеспечивает единую процедуру подачи международных патентных заявок для защиты изобретений в каждом из договаривающихся государств. Для получения патента необходимо подать предварительную заявку в Получающее ведомство (Receiving Office, RO). Подача заявки возможна через патентных поверенных. При подаче заявки на патент важно грамотно и четко предоставить описание изобретения, так как ведомство осуществляет формальную проверку заявки требованиям, а также контролирует оплату патентной пошлины. Если заявка соответствует всем требованиям, то один ее экземпляр передается в Международное бюро ВОИС, а второй — в Международный поисковый орган (International Searching Authority, ISA) по выбору заявителя, который выдает письменное заключение о патентоспособности предмета заявки. После этой процедуры Патентным ведомством ЮАР выдается патент. Патентное ведомство принимает определенные меры конфиденциальности при своей работе, но не несет ответственности за разглашение информации, которое могло произойти до передачи пакета документов в Ведомство. Также важным является то, что в соответствии с п. 45 решения Высокого Суда Англии от 11 июня 2008 г., не существует такого понятия, как «международный патент». Патенты являются

⁴⁰⁰ Полный текст закона см.: http://www.cipc.co.za/Patents_files/Patent_Act.pdf (все ссылки на интернет ресурсы сверены 15 октября 2012 г.).

«национальными» и действуют только на территории той страны, в которой они были выданы.⁴⁰¹

Срок действия патента составляет 20 лет с момента подачи заявки (ст. 46 Патентного закона). Важным условием является уплата установленных законодательством годовых пошлин. Патентный закон допускает восстановление патента, утратившего силу из-за неуплаты годовой пошлины (в ст. 47 названы условия, при которых это возможно).

В статье 25 Патентного закона определены критерии патентоспособности изобретения. Патент предоставляется на любые новые изобретения, которые имеют изобретательский уровень и которые могут быть использованы или применены в торговле, промышленности или сельском хозяйстве. В ЮАР, как и во многих странах, принят принцип абсолютной мировой новизны.

Не являются изобретением по патентному законодательству ЮАР:

- научное открытие;
- научные теории;
- математические методы;
- литературные, драматические, музыкальные или художественные произведения, а также любой другой результат эстетического творчества;
- схемы, правила или методы для выполнения умственных действий, схемы ведения бизнеса;
- компьютерные программы;
- представление информации.

Помимо этого, патент не выдается на изобретение, использование которого может породить аморальное поведение; также существуют определенные ограничения при разведении животных и растений.

Патентное законодательство допускает продажу патента третьему лицу. Смена собственника должны быть зарегистрирована в Патентном ведомстве в течение шести месяцев.

В Интернет-сообществе и прессе иногда говорят о том, что ЮАР уже готова присоединиться к Договору о патентном праве (PLT) от 1 июня 2000 г.,⁴⁰² но такие слухи представляются ошибочными, поскольку из детального анализа действующего патентного законодательства ЮАР видно, что Южная Африка на сегодняшний день еще не применяет нормы международного патентного права.

3. Промышленные образцы. Основным нормативно-правовым актом, регулирующим правовую охрану промышленных образцов в ЮАР, является Закон о промышленных образцах № 195 от 22 декабря 1993 г. (Designs Act, No. 195 of 1993, G 15401, 5 January 1994).⁴⁰³ Помимо данного Закона в ЮАР действует Инструкция о промышленных образцах от 2 июля 1999 г. (Designs regulations, 1999).⁴⁰⁴

⁴⁰¹ Полный текст Решения см.: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Patents/2008/2127.html>

⁴⁰² На 15 октября 2012 г. участниками Договора являются 32 страны (<http://www.wipo.int/treaties/en/documents/pdf/plt.pdf>).

⁴⁰³ Полный текст закона см.: http://www.cipc.co.za/Design_files/Design_Act.pdf

⁴⁰⁴ Полный текст инструкции см.: http://www.cipc.co.za/Design_files/Design_Regulations.pdf

Закон о промышленных образцах состоит из 56 статей.

В статье 1 приведены определения понятий, которые используются в настоящем Законе. В частности указано, что промышленный образец (дословно — дизайн) может быть двух видов: эстетическим и функциональным. Закон раскрывает оба названных вида.

Эстетический промышленный образец — это тот образец, признаки которого оцениваются исключительно зрительно, независимо от его эстетических качеств. Он должен быть новым и оригинальным, красивым по своей форме, конфигурации или рисунку, применимым для промышленного процесса.

Функциональный промышленный образец — это любая конструкция, признаки которой обусловлены функцией изделия. Такой образец должен быть новым, необычным; его форма или конфигурация должны быть обязательно обусловлены его функциями; он должен быть применимым в промышленном производстве.

Процедура регистрации имеет свои особенности. В ЮАР нормативно не закреплено, что перед подачей документов на регистрацию промышленного образца необходимо самостоятельно проверять оригинальность своего изобретения или факт отсутствия уже зарегистрированного аналогичного промышленного образца. Тем не менее, рекомендуется обратиться в конструкторское бюро для получения такой информации. Это можно сделать как лично, так и через патентного поверенного.

В патентном ведомстве можно бесплатно получить все документы, необходимые для регистрации промышленного образца. Для регистрации промышленного образца необходимо представить пять заполненных документов по формам D1, D2, D3, D6 и D8.

Заявление D1 о применении промышленного образца подается в двух экземплярах. В нем указывается классификационный индекс промышленного образца (сама классификация доступна на официальном сайте Всемирной организации интеллектуальной собственности). Если лицо, подающее документы на регистрацию, не может само определить индекс, то это поле остается пустым. Его заполнит секретарь, занимающийся оформлением документов, уже после уплаты пошлины.

Форма D2 — это заявление о регистрации промышленного образца, D3 — доверенность, если регистрацию будет осуществлять патентный поверенный. В форме D6 содержится описание особенностей конструкции, для которой испрашивается охрана (например, форма, узор, орнамент, конфигурация и пр.). В форме D8 содержится пояснение возможностей промышленного образца, т. е. в какой сфере деятельности он применим. По сути, это продолжение формы D6.

Вместе с перечисленной документацией в пакет документов должны быть вложены рисунки или фотографии. Это должны быть семь отдельных рисунков или фотографий в разных ракурсах, каждое изображение помещено на бумагу формата А4 и подписано.

Названный пакет документов передается на регистрацию. Заявителю в день подачи документов выдается документ, содержащий официальный номер

его заявления. В течение шести месяцев проводится экспертиза промышленного образца, в случае положительного заключения выдается свидетельство о регистрации. Для продления срока защиты, начиная с третьего года после регистрации необходимо ежегодно уплачивать госпошлину.

В соответствии с п. 1 ст. 22 Закона установлен 15-летний срок охраны эстетического промышленного образца, а функционального — 10 лет с момента регистрации при условии оплаты установленной пошлины.

В статье 20 Закона о промышленных образцах зафиксированы правовые последствия регистрации промышленного образца. При регистрации промышленного образца владельцу предоставляется право на территории ЮАР в течение всего срока действия регистрации запрещать другим лицам изготавливать, импортировать, использовать или вводить в оборот изделие, воплощающее промышленный образец, включенное в классификацию, в которой зарегистрирован промышленный образец.

При этом любое действие по распоряжению изделием, воплощающим зарегистрированный промышленный образец, совершенное владельцем регистрации или лицензии, или по его заказу, предоставляет приобретателю право использовать это изделие и распоряжаться им. Указанная норма свидетельствует, что законодательство о промышленных образцах ЮАР содержит правило об исчерпании прав владельца регистрации промышленного образца.⁴⁰⁵

В статье 29 Закона о промышленных образцах говорится о передаче полномочий владельцем зарегистрированного промышленного образца третьим лицам, т. е. допускается законная уступка прав на промышленный образец, которая осуществляется по правилам, изложенным в ст. 30 Закона: такая уступка обязательно вносится в реестр, а без соответствующей записи в реестре уступка считается недействительной.

4. Товарные знаки. В области правовой охраны товарных знаков в ЮАР действуют Закон о товарных знаках № 194 от 22 декабря 1993 г. (Trade Marks Act No. 194 of 1993)⁴⁰⁶ и Инструкция по товарным знакам № 578 от 21 апреля 1995 г. (Trade Marks Regulations — GN R578-95)⁴⁰⁷.

Закон о товарных знаках состоит из 18 частей, включающих в себя 72 статьи. В статье 2 названного Закона содержатся основные понятия, в том числе определены понятия «знак» и «товарный знак». Знак — это любое обозначение, которое может быть представлено графически, в том числе рисунок, имя, подпись, слово, буква, цифра, форма, конфигурация, орнамент, цвет или упаковка для товаров, или любая комбинация названных элементов. Товарный знак — это не удостоверяющий знак, который используется каким-либо лицом в отношении товаров или услуг с целью отличия их от товаров или услуг того же вида.

⁴⁰⁵ Подробнее см.: *Еременко В.И.* Законодательство об интеллектуальной собственности Южно-Африканской Республики.

⁴⁰⁶ Полный текст закона см.: http://www.cipc.co.za/Trademarks_files/ACT.pdf

⁴⁰⁷ Полный текст инструкции см.: http://www.cipc.co.za/TradeMarks_files/Regulations_v1.pdf

В статье 9 Закона о товарных знаках названы условия регистрации товарного знака. Товарный знак должен отличать товары или услуги какого-либо лица от товаров или услуг другого лица в целом. Когда товарный знак зарегистрирован (должен быть зарегистрирован) с учетом ограничений установлено его использование в рамках таких ограничений.

Статья 10 Закона состоит из 17 подпунктов, некоторые из которых включают в себя по несколько частей. Она содержит исчерпывающий перечень обозначений, которые не подлежат регистрации в качестве товарных знаков, а если такое обозначение каким-то образом все же было зарегистрировано, то оно подлежит исключению из реестра. Так, не может быть зарегистрирован в качестве товарного знака знак, регистрация которого была испрашена недобросовестно, или знак, воспроизводящий гербы, печать или национальный флаг ЮАР.

В соответствии со ст. 37 Закона о товарных знаках срок действия товарного знака составляет 10 лет с момента подачи заявки на регистрацию. Этот срок может быть продлен, т. е. необходимо раз в 10 лет перерегистрировать товарный знак, и тогда он становится де-факто бессрочным.

Зарегистрировать товарный знак может любое лицо: для этого не обязательно быть гражданином ЮАР, но этот знак необходимо использовать на территории ЮАР и иметь в ЮАР юридический адрес.

В соответствии со статьей 16 Закона о товарных знаках заявка на регистрацию товарного знака подается по установленной форме TM1 регистратору в трех экземплярах (две копии — регистратору, третий экземпляр возвращается заявителю с проставленным на нем официальным номер заявки). Регистратор принимает одно из следующих решений: принять заявку; принять заявку при условии внесения в нее изменений; временно отказать в принятии заявки; отклонить заявку. Регистрационный взнос в размере R590.00 выплачивается в отношении каждого класса товаров, в отношении которого подается заявление. Класс товаров определяется в соответствии с Международной классификацией товаров и услуг.⁴⁰⁸ Существует возможность подать предварительную заявку на бланке TM2. По такой заявке в течение 15 рабочих дней осуществляется поиск в реестре товарных знаков, чтобы определить, зарегистрирован ли аналогичный схожий знак. Стоимость такой заявки составляет R190.00. Это важный момент, учитывая, что регистрационный взнос в случае отказа в регистрации не возвращается.

Пункт 1 ст. 52 Инструкции о товарных знаках предусматривает, что любое лицо, которому каким-то образом товарный знак будет мешать, может просить Регистратора не выдавать свидетельства о регистрации в течение трех месяцев с момента объявления о поданной заявке на регистрацию в Патентное ведомство. Если лицо не хочет допустить регистрации, то необходимо

⁴⁰⁸ Полный текст классификации см.: http://www.cipc.co.za/Trademarks_files/Class_headings_05062012.pdf

ссылаться на положения ст. 21 Закона о товарных знаках и на ст. 19 Инструкции о товарных знаках.

В целом, краткий обзор законодательства ЮАР в области промышленных образцов и товарных знаков позволяет сделать вывод о том, что законодательству ЮАР присущ самобытный порядок охраны промышленной собственности.

ИНСТРУКЦИЯ ПО ТОВАРНЫМ ЗНАКАМ № 578 ОТ 21 АПРЕЛЯ 1995 г. (Trade Marks Regulations — GN R578-95)⁴⁰⁹

Приложение 3 Перечень классов товаров и услуг (международная классификация товаров и услуг) *6-я редакция*

ТОВАРЫ

Класс 1. Химические вещества, используемые в промышленности, науке и фотографии, а также в сельском хозяйстве, садоводстве и лесоводстве; необработанные синтетические смолы, необработанные пластмассы; удобрения; огнетушащие составы; препараты для закалки и пайки; химические вещества для консервирования продуктов (консерванты); дубильные вещества; склеивающие вещества, используемые в промышленности.

Класс 2. Краски, покрытия, лаки, предохраняющие металлы от коррозии и древесину от разрушения; красители; морилки; необработанные природные смолы; металлическая крошка и порошкообразные металлы для художников, декораторов и артистов.

Класс 3. Отбеливающие препараты и прочие вещества для стирки; чистящие вещества, полироли, обезжириватели и вещества для абразивной обработки; мыла; парфюмерные изделия, эфирные масла, косметические средства, лосьоны для волос; зубные порошки и пасты.

Класс 4. Промышленные масла и смазки; смазочные материалы; пылепоглощающие вещества; топлива (в том числе моторные бензины) и осветители; свечи, фитили.

Класс 5. Фармацевтические, ветеринарные и гигиенические препараты; диетические вещества для медицинского использования, детское питание; пластыри, перевязочные материалы; материалы для пломбирования зубов и изготовления зубных слепков; дезинфицирующие средства, препараты для уничтожения вредных животных; фунгициды, гербициды.

Класс 6. Простые металлы и их сплавы; металлические строительные материалы; передвижные конструкции и сооружения из металла,

© И.А. Макарова (пер. с англ.), 2012

⁴⁰⁹ Полный текст инструкции см.: http://www.cipc.co.za/TradeMarks_files/Regulations_v1.pdf

металлические материалы для рельсовых путей; не проводящие электричество кабеля и провода из обычных металлов; скобяные изделия, небольшие предметы металлоконструкций; трубы и трубки из металла; сейфы; товары из простых металлов, не относящиеся к другим классам; руды.

Класс 7. Машины и станки; моторы и двигатели (за исключением для наземных транспортных средств); машинные муфты и элементы передач (за исключением предназначенных для наземных транспортных средств); сельскохозяйственный инвентарь; инкубаторы для яиц.

Класс 8. Ручной инструмент и инвентарь (с ручным управлением); столовые приборы; оружие; бритвы.

Класс 9. Научные, морские, геодезические, фотографические, кинематографические, оптические, взвешивающие, измерительные, передающие сигналы, контрольные (наблюдательные), спасательные и обучающие приборы и инструменты; аппаратура для записи, передачи, воспроизведения звука или изображений; магнитные носители информации, аппаратура для записи дисков; торговые автоматы и механизмы для аппаратов с предварительной оплатой; кассовые аппараты, счетные машины, оборудование для обработки информации и компьютеры; оборудование для тушения огня.

Класс 10. Хирургические, медицинские, стоматологические и ветеринарные приборы и инструменты, протезы конечностей, глазные и зубные протезы; ортопедические изделия; материалы для наложения швов.

Класс 11. Устройства для освещения, нагрева, получения пара, тепловой обработки пищевых продуктов, для охлаждения, сушки, вентиляции, водоснабжения и санитарно-гигиенического назначения.

Класс 12. Транспортные средства, аппараты для перемещения по земле, воде и воздуху.

Класс 13. Огнестрельное оружие, боеприпасы и снаряды; взрывчатые вещества; фейерверки.

Класс 14. Драгоценные металлы и их сплавы, изделия из драгоценных металлов или драгоценные покрытия, не относящиеся к другим классам; ювелирные изделия, драгоценные камни; часовые и хронометрические инструменты.

Класс 15. Музыкальные инструменты.

Класс 16. Бумага, картон и изделия из этих материалов, не относящиеся к другим классам; печатная продукция; переплетенный материал; фотографии; канцтовары, клейкие вещества для канцелярских или бытовых целей; материалы для художников; кисти; пишущие машины и конторские принадлежности (за исключением мебели); учебные и учебно-методические материалы (за исключением аппаратуры); пластмассовые материалы для упаковки (не относящиеся к другим классам); игральные карты; картриджи, клише.

Класс 17. Резина, гуттаперча, каучук, асбест, слюда и изделия из этих материалов, не включенных в другие классы; пластмассы в экструдированной форме для использования в производстве; упаковки, пленки и изоляционные материалы; гибкие неметаллические трубы.

Класс 18. Кожа и имитация кожи, изделия, сделанные из этих материалов, не относящиеся к другим классам; шкуры животных; дорожные сундуки, чемоданы, зонты от дождя и солнца, трости; кнуты, конская сбруя и шорные изделия.

Класс 19. Строительные материалы (неметаллические); неметаллические жесткие трубы для строительных целей, асфальт, смолы и битум; неметаллические передвижные конструкции и сооружения; памятники не из металла.

Класс 20. Мебель, зеркала, рамы для картин; товары (не относящиеся к другим классам) из дерева, пробки, камыша, тростника, ивы, рога, кости, слоновой кости, китового уса, янтаря, перламутра, морской пенки, из заменителей этих материалов или из пластмасс.

Класс 21. Домашняя или кухонная утварь и посуда (за исключением изготовленной из благородных металлов или покрытой такими металлами); расчески и губки; щетки (за исключением кистей); материалы для щеточных изделий; материалы для чистки и уборки; железная стружка; необработанное или частично обработанное стекло (за исключением стекла, используемого в строительстве); изделия из стекла, фарфора и фаянса, не относящиеся к другим классам.

Класс 22. Веревки, шнуры, сети, палатки, навесы, брезент, паруса и мешки (не относящиеся к другим классам); набивочные материалы (за исключением резины и пластика); текстильное волокнистое сырье.

Класс 23. Пряжа и нити, для текстильного использования.

Класс 24. Текстильные материалы и текстильные изделия, не относящиеся к другим классам; покрывала и скатерти.

Класс 25. Одежда, обувь, головные уборы.

Класс 26. Кружева и изделия из вышивки, тесьма и ленты; пуговицы, крючки и замочки, булавки и иглы; искусственные цветы.

Класс 27. Ковры, циновки, маты, линолеум и прочие напольные покрытия; гобелены (без текстиля).

Класс 28. Игры, игрушки; гимнастические и спортивные товары, не относящиеся к другим классам; елочные украшения.

Класс 29. Мясо, рыба, птица и дичь; мясные экстракты; консервированные, сушеные и вареные фрукты и овощи; желе, джемы, фруктовые соусы; яйца, молоко и молочные продукты; пищевые масла и жиры.

Класс 30. Кофе, чай, какао, сахар, рис, тапиока, саго, заменители кофе; мука и зерновые продукты, хлебобулочные изделия, кондитерские изделия, мороженое, мед, патока, дрожжи, разрыхлитель; соль, горчица; уксус, соусы (приправы); специи; лед.

Класс 31. Сельскохозяйственные, садово-огородные, лесные и зерновые продукты, не включенные в другие классы; живые животные; свежие фрукты и овощи; семена, живые растения и цветы; корма для животных, солод.

Класс 32. Пиво; минеральные и газированные воды и прочие безалкогольные напитки; фруктовые напитки и фруктовые соки; сиропы и прочие составы для изготовления напитков.

Класс 33. Алкогольные напитки (за исключением пива).

Класс 34. Табак; курительные принадлежности; спички.

УСЛУГИ

Класс 35. Реклама, бизнес-управление, бизнес-администрирование, офисные функции.

Класс 36. Страхование; финансовая деятельность; операции с деньгами; операции с недвижимостью.

Класс 37. Строительство; ремонт; монтажные услуги.

Класс 38. Телекоммуникации.

Класс 39. Транспорт, упаковка и хранение товаров; организация путешествий.

Класс 40. Обработка материалов.

Класс 41. Образование, обеспечение учебного процесса, развлечения (отдых), спортивные и культурные мероприятия.

Класс 42. Предложение к продаже и продажа товаров оптом и в розницу; предоставление продуктов питания и напитков; временное жилье; медикаменты, гигиена и уход за красотой; ветеринарные и сельскохозяйственные услуги; юридические услуги; научные и промышленные исследования; компьютерное программирование; услуги, не относящиеся к другим классам.

ОСНОВНЫЕ ПРИНЦИПЫ МОДЕЛИРОВАНИЯ ФИНАНСОВОЙ СИСТЕМЫ БРИКС

Любая экономическая система может быть эффективной и успешно развивается только при условии оптимальной финансовой организации. Это связано с рядом объективных причин и, прежде всего, с тем, что благодаря финансовому обслуживанию обеспечивается необходимое перераспределение товара и услуг между различными сегментами рынка. Благодаря финансам в экономике достигается важное соответствие между массой произведенного товара и массой денег. Достижение оптимального баланса между деньгами и товаром — это цель экономического управления, к которой стремятся правительства всех стран. Та же цель стоит и перед учеными при выработке практических рекомендаций по совершенствованию управления экономики на базе научного понимания природы финансов. Вместе с тем, если задача обеспечения такого соответствия является общей и универсальной, то средства ее достижения могут быть весьма разнообразными. Именно в вопросах выбора таких средств существует больше всего противоречий, на которые необходимо обратить внимание.

До тех пор пока цели экономической интеграции обсуждают политики, часто бывает достаточно провозгласить общую цель такой интеграции. Здесь желание сотрудничества обычно бывает единым для всех. Но, как только эта идея начинает реализовываться в текущих мероприятиях, конкретных нормативных актах, и, особенно, в совместных действиях частных субъектов, немедленно, обнаруживаются противоречия, угрожающие такой идее. Эти опасности связаны, прежде всего, с выбором правовых моделей, т. е. формальной оболочки, в которую неминуемо облакаются политические проекты в области экономики. Именно на этом этапе проявляются те непреодолимые сложности, которые делают неосуществимыми даже самые благие намерения.

После этих предварительных замечаний перейдем собственно к предмету данного исследования — оптимальной организации финансового взаимодействия стран-участниц БРИКС. Естественно, эта проблема многогранна, и невозможно осветить здесь все связанные с нею вопросы, тем более что большинство из них, особенно прикладных, еще даже не поставлено в повестку обсуждения совместных заявлений БРИКС. Поэтому сосредоточим внимание не столько на конкретных мероприятиях, сколько на общих принципах, лежащих в основе такого сотрудничества. Прежде всего речь должна идти о формировании базы для будущей экономической интеграции, и поэтому предметом данного исследования будут только самые общие принципы правового регулирования финансовой системы стран БРИКС.

Естественным основанием любых предложений в этой области являются совместные документы, среди которых прежде всего следует выделить:

Коммюнике по итогам встречи министров финансов БРИК от 13 марта 2009 г.⁴¹⁰ и Декларацию, принятую по итогам Саммита БРИКС от 14 апреля 2011 г.⁴¹¹

Упомянутое Коммюнике было принято накануне встречи министров финансов и управляющих центральных банков G20 и направлено на обеспечение стабильности международной финансовой системы, за счет рекапитализации, поддержки ликвидности и санации банковских балансов. В качестве тактической цели в этом акте признано необходимым принимать меры, направленные на содействие внутреннему экономическому спросу. Причем эти мероприятия не должны препятствовать в будущем экономической устойчивости и должны учитывать конкретные особенности каждой страны. В качестве серьезной опасности, представляющей реальную угрозу для мировой экономики упоминается протекционизм, т. е. политика намеренного государственного контроля за импортом, которая препятствует развитию внутренней конкуренции предпринимателей, в том числе конкуренции на финансовых рынках. Преодолению этих опасностей способствует уменьшение разрыва между глобальным характером финансовых рынков и национальным характером регулирования, достижение прозрачности общих принципов регулирования рынков и организаций. При этом в условиях усложнения финансовых рынков, деятельность регулирующих органов стран БРИКС должна быть направлена на сокращение растущей «информационной асимметрии», на сокращение амплитуды экономических циклов. Также было признано важным, что «все виды финансовой деятельности (особенно имеющие системное значение) должны подлежать соответствующему регулированию и надзору, включая организации, находящиеся в “теневой банковской системе”».⁴¹² Требуется действенный надзор за финансовыми организациями международного и системного значения. В качестве важных предложений отмечена необходимость усиления надзора за хеджевыми фондами, частными пулами капитала, влияющими на мировые рынки, и даже за рейтинговыми агентствами.

Коммюнике признает необходимым, кроме прочего, реформу международных финансовых организаций. В частности требуется пересмотр роли и мандата МВФ и его адаптация к новой мировой валютно-финансовой структуре. Прежде всего, стороны признали, что ресурсов МВФ недостаточно и их необходимо увеличить. В то же время подчеркивается важность разработки новых кредитных механизмов, которые могли бы помочь странам с финансовыми проблемами. Эти новые механизмы станут выражением более гибких подходов в сфере финансового регулирования.

Другим направлением работы признано усиление надзорного потенциала, прежде всего в финансовой сфере. Для этого важно наблюдение за всеми странами — членами МВФ, в том числе с развитыми экономиками. Кроме того,

⁴¹⁰ <http://www.minfin.ru/ru/official/index.php?id4=7172> (здесь и далее все Интернет-ссылки сверены 28 ноября 2012 г.).

⁴¹¹ <http://www.mid.ru/brics.nsf/WEBNovstart/198BCA7F572D7909C325787200214E81>

⁴¹² <http://www.minfin.ru/ru/official/index.php?id4=7172>

необходимо обеспечить справедливое представительство в МВФ стран с формирующимся рынком.

Что касается Всемирного банка, то ему следует мобилизовать ресурсы для усиления кредитования и поддержки торговли и ослабить существующие лимиты для одного заемщика, предоставить новое финансирование инфраструктурных проектов в странах с низкими доходами. Важными практическими мерами может стать расширение состава членов Форума по финансовой стабильности (ФФС) и Базельского комитета по банковскому надзору. Страны с формирующимися рынками должны быть также включены в работу Совета по международным стандартам бухгалтерского учета и другие органы, устанавливающие стандарты.

Главным достоинством Декларации от 14 апреля 2011 г. является четко выраженные приоритеты стран-участниц БРИКС в финансовой сфере, сформулированные в условиях, когда «структура управления международными финансовыми институтами должна отражать изменения в мировой экономике, обеспечивая более полный учет мнений и большее представительство стран с формирующейся рыночной экономикой и развивающихся стран».⁴¹³ Эти положения основаны на том, что международный финансовый кризис выявил недостатки существующей международной валютно-финансовой системы, и поэтому стало необходимым уделять большее внимания рискам, связанным с массивными трансграничными перемещениями капитала, а также укреплению финансового сотрудничества между банками развития БРИКС.

Как видно, в обоих документах главной целью провозглашена дальнейшая экономическая интеграция, в том числе финансовая, которая должна включать выработку общих правил и стандартов кредитного регулирования, установление единых правил банковского надзора, создание прозрачной системы финансового регулирования, которая должна быть интегрирована в общую международную систему. Данные мероприятия имеют важное значение для дальнейшего экономического развития и преодоления негативного влияния экономического кризиса. В этом смысле финансовая интеграция не может рассматриваться отдельно от общей экономической интеграции, поскольку благодаря качественной работе финансового организма создаются необходимые предпосылки для эффективного перераспределения товаров в рамках всего общественного воспроизводства. Только за счет четкого финансового взаимодействия могут эффективно проводиться расчеты и создаваться необходимые финансовые фонды, формироваться необходимые стимулы для перспективного экономического роста. Решению этих задач служит прежде всего финансовая интеграция, необходимость которой сегодня вряд ли можно ставить под сомнение. Недооценивать ее бессмысленно в условиях устойчивого развития интеграции во всех странах.⁴¹⁴ Она уже не раз доказывала свои преимущества, особенно в условиях экономических

⁴¹³ <http://www.mid.ru/brics.nsf/WEBNovstart/198BCA7F572D7909C325787200214E81>

⁴¹⁴ Щербakov Г.Н. Банковские системы. М., 2002. С. 201.

потрясений, вызванных влиянием экономического кризиса, сложной экологической или политической обстановкой.

Вместе с тем инструменты и способы интеграции могут быть весьма разнообразными.⁴¹⁵ Существующие примеры показывают самые разные формы финансового взаимодействия стран. К ним можно отнести, например, взаимодействие и консультации публичных организаций; информационное обслуживание национальных финансовых организаций и предпринимателей; координацию банковской деятельности, в том числе взаимодействие и консультации центральных банков, корректировка общей политики банковского надзора, координация межбанковских расчетов, выработка единого курса валют вплоть до введения собственной региональной валюты.⁴¹⁶

Известные примеры такой интеграции — это зоны свободной торговли, таможенные союзы, общие рынки, экономические и валютные союзы. Мы можем наблюдать их на примере сотрудничества стран СНГ,⁴¹⁷ Таможенного союза Белоруссии, Казахстана и России, Европейского экономического союза,⁴¹⁸ Южноамериканского общего рынка, Андской группы и т. п.⁴¹⁹ В каждом из этих случаев на фоне общего стремления к интеграции наблюдается *различная степень экономической интеграции*. Это обстоятельство заставляет задуматься не только о причинах интеграции вообще, а прежде всего о тех причинах, которые лежат в основе выбора ее оптимальной модели.

Главный вопрос обычно заключается в том, насколько необходимо и возможно внешнее влияние со стороны участников союза на финансовую организацию внутри страны? С помощью каких критериев можно определить для различных стран единую экономическую модель объединения финансовых ресурсов и финансового регулирования? *Что лежит в основе выбора степени интенсивности внешнего влияния на внутренние (национальные) хозяйственные институты?*

Сложность такого выбора обусловлена рядом обстоятельств, которые связаны с естественным желанием любой страны максимально контролировать свою экономическую жизнь. Кроме прочего на такой выбор влияют и объективные причины, связанные с организацией взаимодействия различных стран в единой экономической системе. К этим объективным причинам относится, прежде всего, различный уровень экономического развития стран, разные темпы экономического развития и, наконец, различие используемых систем законодательства.⁴²⁰ Даже при условии принадлежности стран к единой правовой семье (пандектной или прецедентной) эти особенности, влияют на характер, систему нормативно-правовых актов, существующую судебную практику.

⁴¹⁵ Хейфец В.Л., Оводенко А.А. Международная интеграция: текст лекций. М., 2003. С. 5.

⁴¹⁶ Буглай В.Б., Ливенцев Н.Н. Международные экономические отношения. М., 1998. С. 145.

⁴¹⁷ Хейфец В.А. Модернизационная ориентация сотрудничества России со странами ЕврАзЭС и новые задачи бизнеса // Евразийская экономическая интеграция. 2011. № 3. С. 10.

⁴¹⁸ Щербатов Г.Н. Банковские системы. С. 175.

⁴¹⁹ См., напр.: Банки на развивающихся рынках. В 2 т. М., 1994.

⁴²⁰ Давид Р. Основные правовые системы современности. М., 1999. Часть 1. С.20.

Другая сложность связана с тем, что проблемы интеграции правовых обычаев и социальных традиций могут быть не только различными, но порой и противоположными.

Соответственно, выработка единых стандартов объединения экономик (и в особенности финансовых стандартов) требует глубокого научного анализа перечисленных обстоятельств. В противном случае возникшая неоправданно экономическая система, будет крайне неэффективной.

Для разрешения этих проблем прежде всего следует выяснить главное: для чего вообще необходима интеграция? Ответ, казалось бы, очевиден: интеграция способствует объединению усилий, что само по себе является ценным. Тем не менее, постараемся исследовать этот вопрос глубже, поскольку с нашей точки зрения именно это позволит нам ответственно сделать сложный выбор между аргументами «за» или «против» экономической интеграции.

Итак, нельзя согласиться с тем, что интеграция имеет абсолютную ценность и всегда полезна. Ведь можно предположить, что в некоторых случаях будет более выгодным от нее вообще отказаться, отдав предпочтение иным инструментам повышения экономической эффективности. Интеграция сама по себе не может быть целью: она должна вести к улучшению хозяйственной жизни и увеличению позитивных экономических результатов. Часто интеграция бывает довольно затратной, поскольку предполагает для более развитых стран необходимость поддерживать менее эффективных партнеров и вызывает значительные организационные потери, связанные с поддержкой управленческого аппарата союза и формированием общих непроизводительных финансовых фондов. Учитывая это, нельзя идти навстречу моде и настаивать на интеграции в любом случае. Именно поэтому, отбрасывая формальную сторону вопроса, которая часто почему-то выходит на первый план при обсуждении межгосударственных экономических отношений, можно со всей ответственностью сказать, что *главная цель и естественное основание экономической интеграции заключается исключительно в улучшении экономических показателей от ее внедрения. Иначе интеграция бессмысленна с реальной хозяйственной точки зрения и ее причины следует искать вовсе не в экономике, а в политике, социологии или культурологии.*

Интеграция, сама по себе, лишена экономической ценности, поскольку не связана непосредственно с производством дополнительного продукта. Её важность можно объяснить только предложением лучшей модели управления экономикой. Поэтому *только необходимость более совершенного управления хозяйством должна быть той основной причиной экономической интеграции, ради которой государства-участники могут пойти на дополнительные издержки и ущемление национальных экономических интересов в рамках международного союза.* Этот промежуточный вывод является чрезвычайно важным, поскольку в основе идей объединения экономики не всегда лежат такие естественные цели. Порой выбор модели управления экономикой бывает продиктован иными, например, политическими причинами, что я считаю ошибочным, поскольку такой подход существенно сокращает эффективность хозяйственной системы.

Выбор оптимально модели интеграции должен быть направлен только на улучшение управления экономикой. Принципиальное значение здесь имеет понятие «управление», к которому мы уже настолько привыкли, что считаем его общепринятым. Однако под управлением нередко понимают только государственное управление. В результате приходят к ошибочному выводу о том, что государственное влияние, во-первых, всегда обеспечивает экономике эффективность и, во-вторых, чем больше это воздействие, тем управление эффективнее. В области международной интеграции подход схожий, и часто предполагается, что чем больше создано общих надзорных регуляторов, тем более развита модель управления. Основным инициатором такого варианта интеграции выступают обычно государства, как следствие, естественно, увеличивается публичное воздействие на частную национальную экономику, так как к национальному добавляется еще и наднациональное влияние. Последнее включает внушительный набор надзорных, контрольных и фискальных мер, под воздействием которых частный предприниматель внутри страны вынужден соблюдать все новые и новые, стандарты и учитывать в своих издержках сомнительные преимущества таких «нововведений»; это может существенно повысить цены на его продукцию.

Если наивно исходить из того, что интеграция — это всегда только благо, то становится абсолютно неясным, почему, несмотря на высокую степень совместного контроля, экономическая система все равно может быть неэффективна. Часто, наоборот, именно развитый экономический союз вызывает неожиданные проблемы. Примером этого являются те сложности, с которыми столкнулся сегодня Европейский союз, достигший, казалось бы, идеальной модели интеграции многих европейских экономик.

Следовательно, не обязательно высокая степень публичного влияния на экономику и, соответственно, высокий уровень международной экономической интеграции, предлагают нам эффективное экономическое управление. В связи с этим хотелось бы вспомнить работу известного американского экономиста Р. Коуза «Фирма, рынок и право» (М., 2007), в которой он определил понятие «транзакционные издержки» и убедительно доказал, что государство всегда должно иметь серьезные основания для вмешательства в экономику, но это вмешательство не может быть безграничным. Оно должно иметь объективный характер и такие же, объективные ограничения. Оправдание государственного воздействия на экономику связано только с потребностью сокращения транзакционных издержек. Влияние на частную (а в нашем случае на внутреннюю, национальную) хозяйственную жизнь не может быть произвольным и/или сконструированным политиками, а должно быть выражено в некой объективно обусловленной мере и ограничено определенными юридическими формами.

Баланс между возможным уровнем экономической интеграции и самостоятельностью национального хозяйства, таким образом, не является некоей произвольной величиной, определяемой властью, а обусловлен объективно. Поэтому чрезмерная интеграция может быть также опасна и являться главной причиной низкой эффективности экономической системы, а

высокий уровень межгосударственной интеграции может быть негативным фактором, сдерживающим развитие национального хозяйства участников союза. До того момента, пока естественные рыночные механизмы успешны сами по себе, нет смысла в насаждении искусственной интеграции.

В связи с этим возникает другой важный вопрос: а что еще, кроме публичного управления и государственной инициативы к объединению, может обеспечить лучшее экономическое развитие. Ответ на этот серьезный вопрос поможет найти, в первую очередь, позиция Австрийской экономической школы, представители которой предлагают не только систему общих взглядов, но и высказывают большое число конкретных предложений, направленных на совершенствование управления экономикой без излишнего участия в этом государства.⁴²¹ Суть данных предложений в общем состоит в том, что эффективное управление не обязательно бывает связано с усилением государственного влияния. Наоборот, экономический прогресс приходит немедленно после ослабления такого влияния на частную экономическую и финансовую сферу. Применительно к нашей теме, экономическая интеграция не должна навязываться извне, внешними публичными институтами, а должна возникать естественно на основе объективной потребности частных субъектов. В этом смысле государства должны, в первую очередь, думать не столько о создании всё большего количества управленческих структур (в нашем случае надгосударственных), а наоборот, сокращать свое национальное вмешательство, предоставляя предпринимателям максимальную свободу внутри и вне страны в выборе способов и характера частной, а не публичной интеграции. Проблему объединения экономик в союзы, таким образом, должны решать не государственные чиновники, а сами предприниматели, основываясь исключительно на частном интересе.

К сожалению, большинство стран-участниц БРИКС, пока ориентированы преимущественно на публичное управление экономикой. Это в значительной степени связано с их традицией и историей. Вместе с тем именно в этом кроется основная ошибка их представлений о возможной модели интеграции. Обычно эти представления, из-за недостатка опыта рыночной экономики, ограничены прежде всего публичными интересами. В результате они по инерции используют в основном средства государственного контроля. Их стремление к экономической интеграции, часто на деле связано с усилением инструментов публичного влияния на частную инициативу. Поэтому такая интеграция очень опасна. Она спешит предложить ее участникам новые способы неестественного объединения экономик, таких как создание единой кредитной системы, новой общей или резервной валюты и т. д. Отсутствие необходимого учета частных интересов и национальных особенностей может привести к серьезным экономическим потерям.

⁴²¹ См., напр.: *Бастиа Ф.* Экономические гармонии. М., 2007; *Бём-Баевек О., фон.* Основы теории ценности хозяйственных благ // Избранные труды о ценности, проценте и капитале. М., 2009; *Уэрта де Сото Х.* Деньги, банковский кредит и экономические циклы. М., 2008; *Мизес Л., фон.* Человеческая деятельность. Трактат по экономической теории. Челябинск. 2005; *Хайек Ф., фон.* Индивидуализм и экономический порядок. М., 2000; и др.

Рассмотренные здесь общие принципы распространяются не только на экономическую, но и на правовую сферу. Не следует забывать, что все участники БРИКС, объединяясь в общую систему, преследуют, прежде всего, такую цель, как строительство современной рыночной экономики и развитие цивилизованных рыночных инструментов. Осуществить эту экономическую задачу в праве возможно только при условии максимального развития диспозитивных норм, предлагая максимум свободы субъектам имущественных отношений. Поэтому задача организаторов любой экономической системы в области законодательства прежде всего должна состоять в том, чтобы предоставить и обеспечить (защитить) максимальные возможности для частных инвесторов и частных компаний. Именно это является основным направлением их сотрудничества.

Другой важный правовой вопрос заключается в том, а можно ли вообще моделировать экономическую систему сверху, в нашем случае извне. Здесь необходимо вспомнить работу выдающегося итальянского ученого-юриста Бруно Леони, который в книге «Право и закон»⁴²² блестяще отвечает на эти вопросы и доказывает, что законодательство не может и не должно моделировать будущее, тем более будущую экономику. Задача законодателя намного скромнее и состоит только в том, чтобы устанавливаемые нормы максимально точно закрепляли то, что уже существует в реальной жизни. В этом и заключается истинная роль законодательства, а любое искусственное, ускоренное моделирование экономической интеграции и экономического взаимодействия — бесперспективно. Законодатель, преследующий цель экономического развития, должен сначала предоставить максимальную свободу предпринимателям внутри страны, оградив их от влияния государства, а затем предоставить им право самостоятельного выбора способа международной экономической интеграции с партнерами из других стран. В этом смысле, интеграцию не должны предлагать или навязывать государственные чиновники: она должна быть объективно обусловлена уровнем экономического развития и внутренней потребностью экономических субъектов внутри страны. *Следовательно, концентрация финансовой деятельности и, как следствие, расширение публичного контроля извне за финансовой деятельностью возможны только при условии определенного уровня развитости экономики, объективно требующего концентрации управления на межгосударственном уровне.*

В правовой сфере эти выводы влияют на выбор методов правового воздействия. Учитывая приоритет рынка, основная правовая задача состоит в развитии не административных, а имущественных, гражданско-правовых отношений.⁴²³ Эта задача становится главным условием состоятельности экономической концентрации. В противном случае, правовое регулирование не будет соответствовать объективным экономическим законам и сначала

⁴²² Леони Б. Свобода и закон. М., 2008. С. 115.

⁴²³ См. подробно: Нефёдов Д.В. О различных методах регулирования коммерческих отношений // Актуальные проблемы науки и практики коммерческого права. Вып. 6. М., 2007.

окажется неэффективным и затратным, а в будущем — бесполезным. Именно эти рассуждения должны определять выбор оптимальной модели общего банковского надзора, единой кредитной и финансовой системы. *В качестве основного предложения, на мой взгляд, здесь должно звучать не создание дополнительного банковского, финансового надзора, а наоборот, развитие международной экономической интеграции на базе сокращения влияния государства на свои финансовые системы.*

ГОСУДАРСТВЕННО-ЧАСТНОЕ ПАРТНЕРСТВО В СФЕРЕ СТРОИТЕЛЬНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ В ВЕЛИКОБРИТАНИИ И РОССИИ

Государственно-частное партнерство в сфере строительной деятельности в Великобритании. Великобритания является одной из зарубежных стран, наиболее активно использующих инструменты государственно-частного партнерства. Правовое регулирование концессионных соглашений началось в Англии в XVII в., когда государство практически полностью передало предпринимателям право принимать решения о способе, времени и месте строительства каналов, доков, железных дорог и иных подобных объектов, выдавая частным субъектам разрешения на строительство данных объектов со специальными пунктами сбора платы. Таким образом, в Великобритании сложилась частноправовая либеральная модель государственно-частного партнерства. Франция, например, идет по другому пути, оставляя за государством контроль над развитием инфраструктуры посредством концессий, являющихся ничем иным, как административно-правовым актом. Иными словами, в Европе сложились две альтернативные модели взаимоотношений государства с бизнесом: британская и французская.⁴²⁴

До 1989 г. Правительство Великобритании не стремилось привлекать частный капитал для финансирования проектов государственного сектора. Такая позиция была основана на так называемом правиле Ryrie, которое предполагало, что отдельные проекты, например, дорожное строительство, должны осуществляться государством и в случае привлечения денежных средств частного сектора последние должны подлежать возмещению за счет денежных средств, предназначенных для государственных нужд.

В 1992 г. правительство Джона Мейджора отменило правила, ограничивающие использование частного капитала для финансирования государственных активов и объявило о новой концепции управления государственной собственностью — частной финансовой инициативе (Private Finance Initiative — PFI). Так в Великобритании появился институт государственно-частного партнерства в современном понимании, который в зарубежной практике известен под названием Public Private Partnership (PPP).

Частная финансовая инициатива является формой государственно-частного партнерства, в рамках которой государство осуществляет приобретение у частного сектора объектов и услуг, имеющих важное государственное и общественное значение. Частная финансовая инициатива отличается от других форм государственно-частного партнерства тем, что финансирование проекта осуществляет частный сектор.

⁴²⁴ См. подробнее: *Белицкая А.* Государственно-частное партнерство: историко-правовой аспект // История государства и права. 2012. № 21.

Основная задача частной финансовой инициативы заключается в том, чтобы передать функции финансирования строительства, а также эксплуатации, реконструкции и управления государственными объектами производственной и социальной инфраструктуры (дороги, школы, больницы, тюрьмы и пр.) субъектам частного предпринимательства. Компенсация расходов частного инвестора осуществляется впоследствии либо за счет доходов от эксплуатации, либо за счет платежей из бюджета. Во многих случаях частной финансовой инициативы инвестор привлекается к дальнейшей эксплуатации объекта и организации его деятельности.

В целях координации реализации проектов государственно-частного партнерства в 2000 г. в Великобритании было создано национальное агентство по государственно-частному партнерству (Partnerships UK), доля частного сектора в котором в настоящее время составляет 51 %, а государственного — 49 %. Указанное агентство работает как с государственными органами, так и с частными организациями, оказывая содействие в процессе планирования, ведения переговоров, реализации и завершения проектов частной финансовой инициативы. Правление агентства состоит из представителей частного и государственного секторов. Интерес общественности представлен консультативным советом, состоящим из главных заинтересованных лиц общественного сектора.

В большинстве стран, использующих государственно-частное партнерство (Великобритания, Германия, Испания и др.) отсутствуют специальные законы о государственно-частном партнерстве. Некоторые из них, в том числе Россия, пошли по пути принятия закона о концессиях, хотя государственно-частное партнерство не ограничено формой сотрудничества путем заключения концессионного соглашения.⁴²⁵

В «Практическом руководстве по вопросам эффективного управления в сфере государственно-частного партнерства», разработанном Европейской экономической комиссией ООН⁴²⁶ отмечается, что одним из средств повышения эффективности процедур реализации государственно-частного партнерства может быть введение государством практики стандартизации контрактов, что позволит прийти к общему пониманию основных рисков, логично обосновать выбор того или иного проекта из множества других и сократить время и расходы на проведение переговоров.

В указанном Практическом руководстве приводится пример стандартизации контрактов в сфере частной финансовой инициативы в Великобритании, которая осуществлена путем разработки «Стандартов для PFI контрактов» (Standardisation of PFI Contracts — SoPC). Четвертая версия указанных стандартов, была принята в марте 2007 г. и размещена на сайте Правительства (http://www.hm-treasury.gov.uk/ppp_standardised_contracts.htm).

⁴²⁵ Подробнее см.: *Игнатюк Н.А.* Государственно-частное партнерство. М., 2012.

⁴²⁶ Практическое руководство по вопросам эффективного управления в сфере государственно-частного партнерства / Европейская экономическая комиссия Организации Объединенных Наций. Нью-Йорк; Женева, 2008. С. III, V–VII и сл.

Основными целями указанных стандартов являются содействие общему пониманию основных рисков, которые встречаются в типовых проектах PFI; обеспечение единого порядка реализации и ценообразования в целом ряде аналогичных проектов, и, сокращение времени и затрат заинтересованных сторон на переговоры о порядке организации и реализации проекта.

С момента введения частной финансовой инициативы Правительство Великобритании выпустило большое количество руководящих документов, устанавливающих практические рекомендации по осуществлению проектов частной финансовой инициативы. Таким образом, реализация проектов частной финансовой инициативы началась с подготовки обширного методологического инструментария, в котором упор был сделан не на отдельные объекты в разных секторах экономики, на комплексные инвестиционные программы.

В сфере частной финансовой инициативы выделяют три модели инвестиционных контрактов: финансово-самостоятельный проект (free-standing projects), совместное предприятие (joint venture) и договор оказания услуг (service contract). Выбирая одну из данных моделей, стороны определяют объекты и порядок взаимодействия, а также устанавливают важные условия экономико-правового режима на период осуществления инвестиций.

При реализации финансово-самостоятельных проектов субъекты частного предпринимательства вступают в проект рассчитывая, что затраты будут возмещены полностью за счет оплаты стоимости оказываемых услуг конечным потребителем. Государство может вносить свой вклад в проект путем осуществления первоначального планирования проекта и государственных процедур, необходимых для его реализации. Но в то же время ответственность за реализацию проекта и получение необходимых государственных разрешений может быть возложена на подрядчика в полном объеме.

Примером может служить реализация проекта по строительству крупной переправы через Темзу. В 1986 г. Правительство объявило о проведении торгов на строительство транспортной развязки через Темзу в районе Дартфорда на условиях: проектирование — строительство — управление — финансирование — передача. Одним из наиболее неопределенных параметров при реализации проекта был объем будущих транспортных потоков через подлежащий возведению мост, особенно ввиду того, что Правительство планировало строительство еще ряда транспортных развязок — мостов и тоннелей. На этапе предварительных переговоров было решено, что уже существующие две переправы через реку в районе Дартфорда (тоннели) будут включены в концессионный проект. Это даст концессионеру дополнительные доходы и позволит ему полностью управлять всеми транспортными потоками в районе Дартфорда, снизив до минимума риски недополучения выручки от объекта. Правительство, в свою очередь, отстаивая интересы населения, добилось установления лимитов повышения тарифов на пользование всеми тремя переправами. Консорциум «Dartford River Crossing Ltd» (DRC), выигравший

тендер, заключил концессионное соглашение, а в октябре 1991 г. объект концессии — мост имени Королевы Елизаветы II был досрочно открыт.⁴²⁷

Итак, в рамках финансово-самостоятельных проектов частной финансовой инициативы субъекты предпринимательской деятельности осуществляют финансирование, проектирование, строительство, эксплуатацию объектов, имеющих важное общественное и государственное значение, осуществляя покрытие своих расходов за счет лиц, пользующихся указанными объектами.

После Второй мировой войны концессионная модель инвестирования вытеснена совместными предприятиями (joint venture). В развивающихся странах на место концессионных отношений между государством и инвесторами пришли корпоративные правоотношения, основанные на равенстве сторон. При этом государство не только осуществляло проверку и принятие решения на стадии согласования и одобрения инвестиционного проекта, как при концессии, но и в последующем силу своего корпоративного статуса постоянно контролировало реализацию проекта.

В свою очередь в промышленных странах в сфере экономического сотрудничества чаще всего применялась паритетная модель, а в сырьевых странах, располагавших достаточными финансовыми ресурсами, — модель совместного предприятия с преобладающей долей участия принимающего государства. Но и в недавней договорной практике встречаются примеры, когда государство ограничивается минимальным участием, так как несмотря на малую долю в уставном капитале принимающее государство может гарантировать свое участие в принятии решений.⁴²⁸

В совместных предприятиях, создаваемых в Великобритании в целях осуществления частной финансовой инициативы, участвуют субъекты частного предпринимательства и государство, но последние обладают правом полного управления проектом, более тяготеющим к обязанности. Вклад государства может принимать различные формы, такие как предоставление льготных кредитов, субсидий, грантов, передача существующих активов, выполнение вспомогательных или связанных с реализацией проекта работ.

Основные требования, предъявляемые к совместным предприятиям, образуемым в целях осуществления частной финансовой инициативы, следующие:

- выбор частного партнера осуществляется на конкурсной основе;
- контроль за реализацией проекта совместным предприятием быть возложен на частный сектор;
- вклад государства четко определен и ограничен;

⁴²⁷ Лекция Министра транспорта РФ Игоря Левитина в Московском государственном университете путей сообщения (МИИТ) «Развитие транспортной инфраструктуры с использованием механизмов государственно-частного партнерства» // http://www.mintrans.ru:8080/prensa/Levitin_MИИТ_140406.htm (здесь и далее все Интернет-ссылки сверены 28 ноября 2012 г.).

⁴²⁸ См. подробнее: Правовые аспекты инвестиционных договоров / под ред. А. Алиева, С. Крупко, А. Трунка. М., 2012.

— затраты, понесенные государством подлежат возмещению за счет средств пользователей или покупателей;

— порядок распределения рисков и вознаграждения четко определен и согласован заранее с субъектом частного сектора.⁴²⁹

Поскольку часть проекта, реализуемого по модели совместного предприятия, финансируется за счет средств государственного бюджета, частный инвестор менее подвержен рискам потери прибыли и непокрытия расходов, чем при участии в финансово-самостоятельном проекте.

Современные инвестиционные соглашения зачастую ограничиваются лишь договором оказания услуг (сервисным контрактом). В такой инвестиционной модели государство договаривается с потенциальным инвестором о том, что последний за плату окажет все те услуги, которые оказал бы, являясь независимым инвестором. Но проект при этом остается под контролем государства или государственного предприятия.

Модель, предполагающая заключение договора оказания услуг, применяется, если возложение обязанности по созданию условий для оказания услуг и непосредственно оказания услуг на частного инвестора является более выгодным для государства. Например, договоры оказания услуг заключаются в целях предоставления частным сектором жилья и услуг по уходу за престарелыми либо для предоставления мест в тюрьмах частного сектора путем проектирования, строительства, финансирования и эксплуатации новых тюрем.

Таким образом, субъекты предпринимательства несут капитальные затраты на приобретение, проектирование, строительство, модернизацию и реконструкцию объектов основных средств и создание условий для оказания, имеющих государственное значение услуг, а государство выступает заказчиком данных услуг в течение длительного срока действия договора.

Частная финансовая инициатива предусматривает возможность возложения на инвесторов рисков различной степени. Так, если по мнению государственного заказчика предприниматель, являясь профессионалом, может хорошо справиться с соответствующими рисками, например со строительными, то обязанность по несению рисков должна быть возложена на него в полном объеме. В случае если инвестор считается менее способным управлять рисками по определенному проекту (например, предпринимательский риск, связанный с отсутствием спроса), то, по крайней мере, часть риска должна остаться у государственного заказчика.

В то же время Стандарты PFI контрактов содержат указания на принципы работы государственных учреждений, направленные на защиту инвесторов. Так, согласно данным Стандартам, при приобретении услуг по PFI контрактам (частной финансовой инициативы), государственные учреждения должны оценивать не только свои текущие потребности, но и свои требования на будущее. Во многих проектах спрос (или использование) является одним из ключевых рисков в течение срока действия договора — независимо от того,

⁴²⁹ Private Finance Initiative, Library Research Papers, 2001 // <http://www.parliament.uk/documents/commons/lib/research/rp2001/rp01-117.pdf>

передается этот риск или нет Подрядчику через механизм платежей. При составлении (оформлении) спецификаций на требуемые услуги государственные учреждения должны быть уверены, что услуга будет пользоваться долгосрочным спросом.

Распределение риска и ответственности между государственными учреждениями, покупающими услугу и подрядчиком по договору осуществляется посредством установления порядка проведения платежей государственными учреждениями подрядчику. Так, в сфере государственно-частного партнерства выделяют три типа платежей:

1) Платеж по итогам использования объекта. При данном типе платежей, выплачиваемые государственным сектором суммы, являющиеся доходом частого инвестора, зависят от фактического использования объекта. В проектах по строительству дорог суммы основаны на объеме перевозок или числе пассажиров, являющихся источником дохода, который может изменяться в зависимости от степени интенсивности использования объекта.

2) Платеж при условии доступности и исполнении работы (услуги). Показатели доступности и качества исполнения работы (услуги) определяются в соответствии с требованиями государственного учреждения, но также требования должны быть установлены на реалистичном и достижимом уровне, чтобы исключить необоснованный риск со стороны подрядчиков и субподрядчиков. Независимо от фактического использования объекта государственное учреждение производит оплату результата работ (услуг), который является доступным и исполнен в соответствии с требованиями договора. Если результат не соответствует требованиям доступности или не может считаться исполненным в соответствии с договором, то платежи за использование подлежат сокращению или прекращению. Согласно Стандартам PFI-контрактов важно, чтобы государственное учреждение всегда придерживалось принципа «нет услуги — нет оплаты» и при предусмотренном договором механизме платежей, основанном на доступности не должно быть никакой оплаты, если объект недоступен (ст. 7.5.19.).

Например, если тюремные камеры или классные комнаты окажутся непригодными для использования, то наиболее правильным будет считать их недоступными, что повлечет за собой соответствующие последствия по неоплате. И наоборот, некоторые проблемы с тюремными камерами или классными комнатами не могут превратить комнату в непригодную для использования, и вместо этого эти дефекты могли бы быть охарактеризованы как неисполнение обязательств надлежащим образом. В контрактах возможно использование определения «недоступно, но используется», когда государственное учреждение желает продолжить использование объекта, который является технически «недоступным» (например, классная комната необходимая для обучения).

При установлении в договоре механизма платежа основанного на требовании доступности и требовании выполнения услуги согласно договору рыночный риск несет государственный сектор, а частные предприниматели

обеспечивают показатели доступности (возможности использования согласно договору).

3) Смешанный тип платежа представляет собой совмещение типа платежа по итогам использования и типа платежа при условии доступности и исполнении в соответствии с требованиями договора. При установлении подобного типа платежа преследуется цель сбалансировать рыночные риски, которые несут государственные и частные секторы.⁴³⁰

Согласно Стандартам PFI контрактов государственное учреждение должно оплатить услуги вовремя и оплата не должна быть необоснованно задержана. Государственное учреждение должно соблюдать правительственную политику в отношении просроченного платежа (например, получение согласия на уплату процентов, если платеж просрочен), поэтому договоры должны учитывать соответствующие положения Закона 1998 г. о просрочках платежей по коммерческим долгам и начислении процентов за просрочку. Государственное учреждение должно также принять меры для обеспечения соблюдения подрядчиком требований передового опыта (практики) в данной сфере. В соответствии с правительственной политикой подрядчик должен заплатить своим субподрядчикам в установленном порядке в течение 30 дней, если иной срок не оговорен в соответствующих договорах субподряда.

Для договоров, заключаемых в целях реализации проектов частной финансовой инициативы характерна необходимость урегулирования его участниками отдельных групп обязательств, имеющих место в рамках проекта: строительство, эксплуатация и распределение прибыли по созданным (реконструированным) объектам, вещные права на объект инвестиций и пр. В зависимости от используемого подхода по каждой из групп обязательств в рамках договора действуют различные схемы отношений.

Наиболее часто встречающейся схемой в рамках частной финансовой инициативы является схема *DBFO* (Design, Build, Finance, Operate), при которой субъектами частого предпринимательства осуществляется проектирование — строительство — финансирование — управление объектом, который создан в соответствии с требованиями, установленными государством. В таком контракте специально оговаривается ответственность частного партнера за финансирование строительства объекта.

Также существуют следующие схемы государственно-частного партнерства:

1) *BOT* (Build, Operate, Transfer, или «строительство — управление — передача») представляет собой классический вариант концессий, когда концессионер осуществляет строительство, а затем и эксплуатацию объекта за свой счет и на свой риск. По истечении срока договора, достаточного для окупаемости вложенных средств, объект возвращается государству.

⁴³⁰ FIDIC International Best Practice Guide for Consulting Engineers in PFI Projects. Unformatted. Electronic version // <http://fidic.org/books/pfi-guide>

2) В случае если объект не строится, а реконструируется, используется модификация данной схемы — *ROT* (Rehabilitate, Operate, Transfer, или «реконструкция — управление — передача»).

3) *BTO* (Build, Transfer, Operate, или «строительство — передача — управление») — схема, при которой концессионер сразу после завершения строительства передает объект в собственность государства, а затем осуществляет его эксплуатацию с целью возмещения издержек и получения прибыли в соответствии с договором, т. е. объект находится в пользовании частного партнера, но без передачи ему права владения.

4) *BOOT* (Build, Own, Operate, Transfer, или «строительство — владение — управление — передача») — в этом случае частный партнер получает не только правомочие пользования, но и правомочие владения объектом в течение всего срока соглашения, по истечении которого объект возвращается государству.

5) Некоторые страны используют также *обратный BOOT*, при котором государство финансирует и возводит объект, а затем передает его в доверительное управление частному партнеру. По истечении определенного времени частный партнер может выкупить его в собственность.

6) *BOO* (Build, Own, Operate, или «строительство — владение — управление»), при котором право собственности на объект остается за концессионером на постоянной основе.

7) *BBO* (Buy, Build, Operate, или «покупка — строительство — управление») — восстановление или расширение существующего объекта, при котором государство продает объект частному сектору, а покупатель производит необходимые усовершенствования для последующего эффективного управления.

8–9) Существуют также специфические договоры *BOMT* (Build, Operate, Maintain, Transfer, или «строительство — управление — обслуживание — передача»), где акцент делается на ответственность частного партнера за содержание и текущий ремонт объекта, а также *DBOOT* (Design, Build, Own, Operate, Transfer, или «проектирование — строительство — владение — управление — передача»), где на инвестора возлагается дополнительная функция по проектированию объекта.⁴³¹

Перечисленные формы частной финансовой инициативы имеют характер наиболее распространенных, но различное сочетание указанных форм может создавать новые схемы отношений.

Строительство объекта в рамках PFI-проекта требует включения в контракт всех существенных и свойственных строительному контракту условий.⁴³² Главное отличие PFI контрактов от строительных контрактов состоит в том, что в первые, наряду с договорными обязательствами по проектированию и строительству, подлежат включению условия о периоде

⁴³¹ *Латишина А.* Проблемы оборота земли при реализации ГЧП проектов // Корпоративный юрист. — 2010. — № 6.

⁴³² Подробнее см.: *Рябинчук П.Г.* Понятие, существенные условия и существенные элементы строительного контракта по праву Великобритании // Правоведение. 2011. № 1.

обслуживания, оказании услуг («service period»), который может продолжаться более 25 лет после окончания работ.⁴³³

Согласно Стандартам PFI контрактов в контракте подлежат закреплению:

— положения о порядке осуществления государством контроля за порядком выполнения работ и соблюдением сроков выполнения работ;

— условий о событиях, находящихся в сфере ответственности заказчика, в результате наступления которых, подрядчику должны быть выплачены компенсации;

— условия о событиях, освобождающих подрядчика от ответственности и угрозы расторжения контракта заказчиком;

— условия страхования и обеспечения исполнения обязательств, цене, механизме осуществления платежей (удержаний, привлечения к ответственности), рефинансировании проекта;

— требования к результату работ/услуг (доступности и пригодности к использованию);

— последствия изменения нормативно-правовых актов;

— условия, регулирующие отношения с субподрядными организациями;

— порядок обеспечения строительства землей, оборудованием, материалами и иным имуществом;

— порядок досрочного выполнения работ;

— условия, регулирующие вопросы интеллектуальной собственности, конфиденциальности, порядка разрешения споров и пр.

В целом PFI контракт содержит огромное количество специфических условий, в связи с чем, особую актуальность приобретают различные формы контрактов, руководства и рекомендации, содержащие типовые условия и принципы, которые должны быть учтены. Так, относительно платежей Стандарты PFI-контрактов содержат указания на следующие основные принципы формирования в контракте механизма платежей:

а) никакие платежи не должны быть совершены, пока услуга не является доступной;

б) должен существовать унитарный платеж за услугу, не состоящий из отдельных независимых элементов, относящихся к доступности работы (услуги) или ее выполнению;

в) уровень оплаты должен быть привязан к уровню услуги. Для механизма платежей, основанного на доступности с наложением вычетов, связанных с ненадлежащим выполнением, это будет означать объединенную оплату как наличия, так и качества услуги;

г) унитарный платеж никогда не должен осуществляться ранее назначенного срока;

д) механизм платежей должен корректироваться для низкого уровня выполнения услуги, и вычеты должны отражать степень серьезности неисполнения обязательств. Таким образом, отсутствие услуги должно вести к отсутствию оплаты, но соразмерность является важным фактором и поэтому,

⁴³³ *Uff J. Construction Law. London, 2009. P. 370.*

незначительное невыполнение должно вызывать незначительные вычеты (за исключением случая упорного неисполнения, когда специальные механизмы могут повысить уровень вычетов);

е) механизм должен не только стимулировать (побуждать) Подрядчика устранить сбой при предоставлении услуги, но также учитывать важность серьезность последствий такового сбоя для Государственного учреждения.

Необходимо отметить, что на PFI контракты не распространяется действие части II Закона о грантах, строительстве и восстановлении 1996 г. (*Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996*,⁴³⁴ далее — HGCRA), который является одним из важнейших актов законодательства, регулирующих, в частности, порядок совершения платежей и рассмотрения споров по строительным контрактам в Великобритании.⁴³⁵

Государственно-частное партнерство в сфере строительной деятельности в России. Законодательством Российской Федерации предусмотрены некоторые формы осуществления государственно-частного партнерства. Так, Федеральным законом «О соглашениях о разделе продукции», регулирующим отношения Российской Федерации, от имени которой в соглашении выступает Правительство РФ или уполномоченные им органы, и инвесторов — юридических лиц, а также создаваемых на основе договора о совместной деятельности и не имеющих статуса юридического лица объединений юридических лиц, осуществляющих вложение собственных, заемных или привлеченных средств (имущества и/или имущественных прав) в поиск, разведку и добычу минерального сырья и являющихся пользователями недр на условиях соглашения, возникающие в процессе осуществления инвестиций в поиск, разведку и добычу минерального сырья на территории России, а также на континентальном шельфе и/или в пределах исключительной экономической зоны России на условиях соглашения о разделе продукции.⁴³⁶

Федеральным законом «О концессионных соглашениях»⁴³⁷ (далее — ФЗ о концессионных соглашениях) закреплена иная форма осуществления государственно-частного партнерства.

В соответствии с п. 1 ст. 3 ФЗ о концессионных соглашениях под концессионным соглашением понимается договор, по которому одна сторона (концессионер) обязуется за свой счет создать и/или реконструировать определенное этим соглашением недвижимое имущество, право собственности на которое принадлежит или будет принадлежать другой стороне (концеденту), осуществлять деятельность с использованием (эксплуатацией) объекта концессионного соглашения, а концедент обязуется предоставить

⁴³⁴ См.: Официальный сайт Правительства Великобритании (<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/53/contents>).

⁴³⁵ *Рябинчук П.Г.* Правовое регулирование строительного контракта по законодательству Великобритании // *Предпринимательское право*. 2012. № 1. С. 29–33.

⁴³⁶ Федеральный закон от 30 декабря 1995 г. № 225-ФЗ «О соглашениях о разделе продукции» // *СЗ РФ*. 1996. № 1. Ст. 18.

⁴³⁷ Федеральный закон от 21 июля 2005 г. № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях» // *СЗ РФ*. 2005. № 30, ч II. Ст. 3126.

концессионеру на срок, установленный этим соглашением, права владения и пользования объектом концессионного соглашения для осуществления указанной деятельности.

Очевидно, действующий федеральный закон предусматривает только один вид концессии по приведенной классификации, а именно, схемы *ВОТ* (Build, Operate, Transfer), так как для партнера (концессионера) не допускается возможность получить право собственности на объект концессии.

Отсутствие у концессионера права собственности на объект концессии является существенным сдерживающим элементом для развития государственно-частного партнерства, так как снижается уровень защиты инвестиций концессионера, а собственность является одним из ключевых условий международных инвестиций. Также возникают затруднения в привлечении кредитов для реализации такого рода проектов: банки не устраивают возможные варианты обеспечения без активов в виде недвижимости.

В свою очередь, субъекты Российской Федерации на своем уровне стремятся устранить указанные недостатки ФЗ о концессионных соглашениях и расширяют варианты государственно-частного партнерства, включая в них возможность оформления права собственности концессионера на объект концессии.

В частности, ст. 5 Закона Санкт-Петербурга от 25 декабря 2006 г. № 627-100 «Об участии Санкт-Петербурга в государственно-частных партнерствах»⁴³⁸ предусматривает существование уже не одной, а восьми форм государственно-частного партнерства. При этом пять из восьми форм предусматривают оформление права собственности концессионера на объект концессии с последующим возвратом его в собственность Санкт-Петербурга по истечении срока концессии либо по расторжении договора (схема *ВООТ*). Еще две формы предполагают, что партнер приобретает право собственности на объект концессии, а иные его обязательства ограничиваются только эксплуатацией данного объекта в течение срока, согласованного сторонами в соглашении (схема *ВОО*).

Анализируя действующее законодательство, помимо указанных, можно выделить следующие формы государственно-частного партнерства, применимые в России: договоры аренды, в том числе с инвестиционными обязательствами; договоры о совместной деятельности; доверительное управление государственным имуществом; инвестирование в уставные капиталы хозяйственных обществ; создание совместных предприятий; инвестирование в венчурные фонды; особые экономические зоны; создание и деятельность государственных корпораций; аутсорсинг.

Статья 10 ФЗ о концессионных соглашениях устанавливает условия, по которым должно или может быть достигнуто согласие сторон концессионного соглашения, то есть устанавливает содержание концессионного соглашения.

⁴³⁸ Вестник Законодательного собрания Санкт-Петербурга. 2007. № 2.

Так, концессионное соглашение должно включать в себя следующие существенные условия:

1) обязательства концессионера по созданию и (или) реконструкции объекта концессионного соглашения, соблюдению сроков его создания и (или) реконструкции;

2) обязательства концессионера по осуществлению деятельности, предусмотренной концессионным соглашением;

3) срок действия концессионного соглашения;

4) описание, в том числе технико-экономические показатели, объекта концессионного соглашения;

4.1) срок передачи концессионеру объекта концессионного соглашения;

5) порядок предоставления концессионеру земельных участков, предназначенных для осуществления деятельности, предусмотренной концессионным соглашением, и срок заключения с концессионером договоров аренды (субаренды) этих земельных участков (в случае, если заключение договоров аренды (субаренды) земельных участков необходимо для осуществления деятельности, предусмотренной концессионным соглашением);

б) цели и срок использования (эксплуатации) объекта концессионного соглашения;

6.1) способы обеспечения исполнения концессионером обязательств по концессионному соглашению (предоставление безотзывной банковской гарантии, передача концессионером концеденту в залог прав концессионера по договору банковского вклада (депозита), осуществление страхования риска ответственности концессионера за нарушение обязательств по концессионному соглашению), размеры предоставляемого обеспечения и срок, на который оно предоставляется;

6.2) размер концессионной платы, форму или формы, порядок и сроки ее внесения и др.;

6.3) порядок возмещения расходов сторон в случае досрочного расторжения концессионного соглашения;

7) иные предусмотренные федеральными законами существенные условия.

Британские и российские юристы в качестве наиболее существенного для характеристики концессионного соглашения как инвестиционного контракта, выделяют условие о сроке действия концессионного соглашения, с которым связано само определение концессионного соглашения в качестве разновидности гражданско-правового договора. С условием о сроке концессионного соглашения тесно связано основное обязательство государства как стороны в договоре: гарантировать концессионеру его права как инвестора.⁴³⁹ Кроме того, необходимо обратить внимание на то, что Федеральным законом от 2 июля 2010 г. № 152-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон “О концессионных соглашениях” и отдельные

⁴³⁹ Доронина Н.Г., Семилютина Н.Г. Международное частное право и инвестиции. Научно-практ. исслед. М., 2011 (текст доступен в СПС «Гарант»).

законодательные акты Российской Федерации»⁴⁴⁰ ст. 10 дополнена указанием на такое существенное условие концессионного соглашения как срок передачи концессионеру объекта концессионного соглашения. В соответствии с ч. 8 ст. 1 указанного Закона с этого момента на концессионера падает риск гибели или случайного повреждения объекта концессионного соглашения (если не предусмотрено иное).

Существенное значение для формирования гражданско-правового обязательства по концессионному договору имеет особый порядок его заключения, изменения и расторжения. Концессионное соглашение заключается путем проведения конкурса на право заключения концессионного соглашения (ч. 1 ст. 13 ФЗ о концессионных соглашениях). Без проведения конкурса концессионное соглашение может быть заключено только в случае, когда в конкурсную комиссию представлено или ею признано соответствующими критериям конкурса менее двух конкурсных предложений (ч. 7 ст. 32 ФЗ о концессионных соглашениях). Закон подробно регулирует порядок проведения конкурса и принятия решения концедентом о заключении концессионного соглашения.

Распоряжением Правительства РФ от 17 августа 2010 г. N 1372-р⁴⁴¹ государственная корпорация «Банк развития и внешнеэкономической деятельности (Внешэкономбанк)» определена единственным исполнителем услуг по инвестиционному консультированию для государственных нужд субъектов Российской Федерации по формированию инвестиционных проектов, осуществляемых на условиях государственно-частного партнерства с использованием средств Инвестиционного фонда Российской Федерации. Согласно п. 11 ч. 3 ст. 3 Федерального закона от 17 мая 2007 г. № 82-ФЗ «О банке развития»⁴⁴² одной из основных функций Внешэкономбанка является его участие в порядке, установленном Правительством РФ, в реализации инвестиционных проектов, которые имеют общегосударственное значение и осуществляются на условиях государственно-частного партнерства. Во исполнение данной нормы Внешэкономбанк создал Центр государственно-частного партнерства.⁴⁴³

В соответствии со ст. 179.2. Бюджетного кодекса РФ⁴⁴⁴ в структуре федерального бюджета формируется инвестиционный фонд Российской Федерации, который представляет собой часть средств федерального бюджета,

⁴⁴⁰ СЗ РФ. 2010. № 27. Ст. 3436.

⁴⁴¹ Распоряжение Правительства РФ от 17 августа 2010 г. № 1372-р «Об определении государственной корпорации «Банк развития и внешнеэкономической деятельности (Внешэкономбанк)» единственным исполнителем услуг по инвестиционному консультированию для государственных нужд субъектов Российской Федерации по формированию инвестиционных проектов, осуществляемых на условиях государственно-частного партнерства» // СЗ РФ. 2010. № 34. Ст. 4509.

⁴⁴² СЗ РФ. 2007. № 22. Ст. 2562.

⁴⁴³ См., напр.: <http://www.veb.ru>

⁴⁴⁴ Бюджетный кодекс Российской Федерации от 31 июля 1998 г. № 145-ФЗ // СЗ РФ. 1998. № 31. Ст. 3823.

подлежащую использованию в целях реализации инвестиционных проектов, осуществляемых на принципах государственно-частного партнерства.

Порядок предоставления бюджетных ассигнований Инвестиционного фонда Российской Федерации для реализации инвестиционных проектов, осуществляемых на условиях государственно-частного партнерства установлен Правилами формирования и использования бюджетных ассигнований Инвестиционного фонда Российской Федерации, утвержденными Постановлением Правительства РФ от 1 марта 2008 г. № 134.⁴⁴⁵ Указанные Правила также устанавливают этапы и процедуру отбора проектов, основные требования к представленной документации и проведению контроля и мониторинга хода реализации проектов.

Бюджетные ассигнования Фонда предоставляются: для реализации проектов, направленных на создание и/или развитие инфраструктуры общегосударственного значения; для реализации инновационных проектов, создания и/или реконструкции объектов, планируемых к реализации в рамках концессионных соглашений; для финансирования подготовки и проведения конкурсов на право заключения концессионного соглашения (включая подготовку конкурсной документации), мероприятий по подготовке территории строительства, включая выкуп земельного участка, и разработке проектной документации на объекты капитального строительства, планируемые к реализации в рамках концессионных соглашений.

Бюджетные ассигнования Фонда могут предоставляться в форме бюджетных инвестиций, государственных гарантий РФ, вкладов в уставные капиталы открытых акционерных обществ, в форме субсидий, а также посредством направления средств в инвестиционные фонды, создаваемые в субъектах РФ. Средства Фонда предоставляются для реализации инвестиционных и концессионных проектов при условии, что доля инвесторов в финансировании проекта составляет не менее 25 % от его стоимости и продолжительность реализации проекта не превышает пяти лет. Отбор проектов, претендующих на получение бюджетных ассигнований Фонда, осуществляет Министерство регионального развития РФ. По мнению специалистов, Инвестиционный фонд является единственным и, как следствие, наиболее эффективным средством стимулирования частных инвестиций в проекты социальной инфраструктуры.⁴⁴⁶

Для каждой страны характерны свои особенности применения государственно-частного партнерства. В настоящее время отсутствует единство в отношении определения данного понятия и правовых форм его реализации. Так, если в Великобритании основной моделью является частная финансовая инициатива, то в России, как в большинстве стран континентального права, в основе государственно-частного партнерства лежит концессионный договор. Договоры в области государственно-частных партнерств в обеих странах

⁴⁴⁵ СЗ РФ. 2008. № 10, ч. II. Ст. 932.

⁴⁴⁶ *Бицоти Б.Б.* Государственно-частное партнерство: перспектива и ретроспектива // Бюджет. 2011. № 11 (текст доступен в СПС «Гарант»).

имеют частноправовую природу. И в Великобритании, и в России важную роль играют основные условия проведения конкурса на право заключения, порядок изменения концессионного договора.

В обеих странах государственно-частное партнерство используется как для реализации крупных централизованных государственных проектов, так и на региональном и муниципальном уровнях. Причем в России проекты государственно-частного партнерства на уровне субъектов регулируются специальными законами субъектов.

Возможность успешной реализации проектов государственно-частного партнерства во многом зависит от того, насколько сформировалась институциональная среда. Во многих зарубежных странах созданы специальные органы, которые занимаются вопросами государственно-частного партнерства. Так, координацию реализации проектов государственно-частного партнерства в Великобритании осуществляет национальное агентство «Partnership UK», доля частного сектора в котором составляет 51 %. В России единственным исполнителем услуг по инвестиционному консультированию субъектов Российской Федерации по формированию инвестиционных проектов, которые осуществляются на условиях государственно-частного партнерства с использованием средств Инвестиционного фонда РФ определен Внешэкономбанк, являющийся государственной корпорацией. Таким образом, правовые формы, институциональная среда и особенности государственного и договорного регулирования реализации государственно-частного партнерства в Великобритании и России имеют свои отличия.

В завершение необходимо отметить, что Национальное аудиторское управление Великобритании, критикуя сложившуюся ситуацию в сфере частной финансовой инициативы, связанную со значительным увеличением расходования бюджетных средств на PFI-проекты, указало на необходимость внедрения альтернативных механизмов развития инфраструктуры и сферы услуг в целях обеспечения наиболее оптимального соотношения цены и качества работ и услуг, выполняемых для Правительства.⁴⁴⁷ Таким образом, можно сделать вывод о необходимости исследования иных форм стимулирования видов инвестиционной деятельности, способствующей достижению целей российской экономики.

⁴⁴⁷ Standardisation of PFI Contracts (<http://www.guardian.co.uk/public-leaders-network/2011/apr/28/government-pfi-mistakes-nao>).

СТАНДАРТЫ КОНТРАКТОВ ЧАСТНОЙ ФИНАНСОВОЙ ИНИЦИАТИВЫ ВЕЛИКОБРИТАНИИ (версия 4, 2007) (Извлечение)⁴⁴⁸

Раздел 7. Механизм ценообразования (определения цены) и совершения платежей

7.1. Введение

7.1.1. Механизм совершения платежей лежит в основе контракта. Он осуществляет в финансовом плане распределение риска и ответственности между Государственными учреждениями (*покупающими услуги*) и Подрядчиком по договору. Он определяет платежи, осуществляемые Государственными учреждениями Подрядчику и создает стимулы для Подрядчика для предоставления Услуги надлежащим образом, что обеспечивает выгодность сделки.

7.1.2. Многие механизмы платежей частной финансовой инициативы включают в себя два определяющих фактора оплаты — доступность Услуги и выполнение Услуги. Данный раздел представляет собой введение в широкий спектр понятий, которые могут быть использованы в механизмах платежей. Эти два понятия более подробно рассматриваются в разделах 8 (требования доступности) и 9 (требования к выполнению услуги).

7.1.3. При приобретении услуг по PFI-контрактам (частной финансовой инициативы), Государственные учреждения должны оценивать не только свои текущие потребности, но и свои требования на будущее. Во многих проектах, спрос или использование станет одним из ключевых рисков в течение срока действия Договора, независимо от того, передается ли этот риск или же нет Подрядчику через механизм платежей. При составлении спецификаций на требуемые Услуги Государственные учреждения должны быть уверены, что Услуга будет пользоваться долгосрочным спросом.

7.1.4. Разработка и настройка механизма платежей требует вклада со стороны Государственного учреждения и его консультирующих органов, в том числе учреждений-консультантов по финансовым, правовым и техническим вопросам. Механизм платежей должен быть специально разработан для отдельного проекта. Там где более подробные рекомендации выданы ведомственными подразделениями частного финансирования или организациями, такими как «Партнерство для школ», они должны быть соблюдены.

7.2. Характеристики механизма платежей

7.2.1. Основными характеристиками механизма платежей являются следующие:

— никакие платежи не должны быть произведены, пока Услуга не является доступной;

© П.Г. Рябинчук (пер. с англ.), 2012

⁴⁴⁸ См.: http://www.hm-treasury.gov.uk/ppp_standardised_contracts.htm

— должен существовать единый унитарный сбор за Услугу, не состоящий из отдельных независимых элементов, относящихся к наличию или выполнению;

— уровень оплаты должен быть привязан к уровню Услуги. Для механизма платежей основанного на доступности с наложением вычетов выполнения, это будет означать объединенную оплату как наличия, так и качества Услуги;

— унитарный сбор никогда не должен оплачиваться ранее срока, к которому он относится;⁴⁴⁹

— механизм платежей должен корректироваться для низкого уровня выполнения Услуги, и вычеты должны отражать степень серьезности неисполнения обязательств. Таким образом, отсутствие Услуги должно вести к отсутствию оплаты, но соразмерность является важным фактором и поэтому, незначительное невыполнение должно вызывать незначительные вычеты (за исключением случая упорного неисполнения, когда специальные «храповые механизмы» могут повысить уровень вычетов);

— механизм должен не только стимулировать Подрядчика устранить сбой при предоставлении услуги, но также учитывать важность серьезность последствий такового сбоя для Государственного учреждения;

— необходимо соблюдать баланс между переменными показателями в механизме платежей, такими как начальный «весовой коэффициент» вычетов за неисполнение, период ответа / устранения сбоя, и повышения вычетов за неоднократные неисполнения обязательств с течением времени;

— режим исполнения и оплаты не должен основываться на составных частях проекта, выражающихся в поставке результатов производства (например, завершение этапов строительства, стоимости материалов и рабочей силы), но должна быть основана на результатах (например, доступность видов и уровня обслуживания); и

— механизм платежей не должен содержать фиксированный элемент, который всегда получает Исполнитель независимо от выполнения работы (например, которая покрывает обязательства по погашению долга Исполнителя).

7.2.2. В целом не целесообразно «моделировать» единичные затраты (т. е. посредством графика нерегулярных платежей), в отличие от соответствующих общих изменений цен⁴⁵⁰ или для обеспечения согласованности с наращиванием услуг на начальном этапе или поэтапной реализации проекта. Причиной этого является то, что моделирование унитарного сбора противоречит принципу

⁴⁴⁹ Проекты могут стать более доступными, если платежи производятся досрочно (в первый день месячного или иного периода, а не после окончания периода). Эта недобросовестная практика не будет принята. — Здесь и далее все пояснения и комментарии в ссылках являются частью документа (П. Р.).

⁴⁵⁰ Механизм платежей будет часто включать положения, касающиеся изменений общего уровня цен (в результате инфляции) в течение срока действия договора (см. Раздел 15.2 (Индексация Инфляции)). Сравнительный анализ отдельных показателей и исследования рынка может также привести к изменениям в унитарном сборе (см. Раздел 15 (Колебание цен)).

оплаты за услуги, а не за вводимые ресурсы; более того, оно ориентировано на доступность, а не на проблемы соотношения цены и качества и может подорвать эффективность перехода риска на частный сектор.⁴⁵¹ «Наращивание» может произойти, например, когда проект включает в себя комбинацию нового строительства и реконструкцию существующих средств обслуживания, причем последние из упомянутых становятся доступными до завершения строительства.

7.2.3. Государственное учреждение должно оплатить Услуги вовремя и оплата не должна быть необоснованно задержана. Государственное учреждение должно соблюдать правительственную политику в отношении просроченного платежа (например, согласие на уплату процентов, если платеж просрочен), поэтому Договоры должны учитывать соответствующие положения Закона 1998 г. о просрочках платежей по коммерческим долгам и начислении процентов за просрочку. Государственное учреждение должно также принять меры для обеспечения того, чтобы Подрядчик соблюдал требования передового опыта в данной сфере. В соответствии с правительственной политикой Подрядчик должен заплатить своим субподрядчикам в установленном порядке в течение 30 дней, если иной срок не оговорен в соответствующих договорах субподряда.

7.2.4. Выбор механизма совершения платежей должен быть обдуманым решением Государственных учреждений, принятым по совету их консультирующих органов. В случае необходимости Государственное учреждение должно также привлекать соответствующие заинтересованные структуры (например, конечных пользователей).

7.2.5. Механизм платежей должен правильно применяться на практике. Были случаи, когда Государственные учреждения относились настороженно к введению вычетов из опасения поставить под угрозу их отношения с Подрядчиком или же по причине их обеспокоенности тем, что вычеты помешают способности субподрядчиков решить проблемы. Государственные учреждения должны рассматривать механизм платежей как важную часть своего контракта и должны обеспечить его исполнение.

7.2.6. Требования Государственных учреждений и механизм платежей предназначены для предоставления необходимых Услуг, установленных в экономической модели проекта и, соответственно, перевыполнение (т. е. исполнение по более высокому стандарту) Подрядчиком, как правило, не должно служить основанием дополнительной оплаты. Однако для некоторых проектов (например, когда исполнение Подрядчиком может повлиять на финансовое положение Государственного учреждения, как сбор квартирной платы в некоторых проектах застройки) Государственные учреждения могут счесть, что существует выгода включения объемов дополнительных выплат. В таких случаях Государственные учреждения могут пожелать ограничить

⁴⁵¹ Указание Казначейства Великобритании по применению (май 2006 г.) «Процентная ставка и инфляционный риск в PFI-контрактах (частной финансовой инициативы)» (см. в частности раздел 3.2) рассматривает данный вопрос и поднимает взаимосвязанный вопрос о «сверхиндексировании» унитарного сбора.

платежи за перевыполнение (например, на уровне предыдущих вычетов или путем присуждения «бонусных баллов», которые могут служить для компенсации «негативных» баллов за плохое исполнение обязательств). Такие выплаты, однако, обеспечивают эффективность расходования средств, если они оценены соискателями на получение контракта и основными кредиторами в своем расчете цен для Проекта.

7.3. Структурирование механизма платежей

7.3.1. Государственные учреждения должны учитывать следующие принципы при структурировании их режима (порядка):

— тем, где механизм измеряет как доступность, так и исполнение Услуги, важно различие между пунктами, которые будут включены в качестве составной части определения доступности и тех, которые будут частью системы измерения исполнения.⁴⁵² Иногда существует совпадение доступности и исполнения например, в больнице чистота является важным элементом доступности, особенно для операционных залов, но отсутствие уборки может также представлять собой ненадлежащее исполнение. В данном примере различие является, в конечном итоге, одной из степеней доступности и исполнения; она может быть применена для таких элементов, которые характерны для определения доступности и системы измерения исполнения, отличающейся ясностью и отсутствием двойного учета,⁴⁵³

— механизм может включать в себя (а) прямые выводы для отказа в оплате работ (услуг) в связи с неисполнением, в плане доступности, невыполнения обязательств или иной части соответствующей механизму конкретного проекта, либо (б) двухступенчатую систему, при которой неисполнение приводит, к начислению баллов, которые в свою очередь обуславливают денежные последствия (например, как только достигается определенное количество баллов). Если определение доступности упускает ключевые требования — таковые взамен охватываются системой измерения исполнения — последняя может включать в себя как немедленную выплату вычетов, так и систему пунктов исполнения;

— оплата за определенный период, например, за месяц, может быть производиться (а) начиная с нуля, с увеличением в зависимости от степени доступности и надлежащего исполнения или (б) повышение за доступность, но с учетом вычетов за ненадлежащее исполнение, или (в) базовый расчет

⁴⁵² Например, если тюремные камеры или классные комнаты в практическом плане являются непригодными для использования, то наиболее подходящим будет считать их недоступными (не удовлетворяющими требованиям) с прямыми последствиями в плане унитарного сбора. И наоборот, некоторые проблемы с тюремными камерами или классными комнатами не могут превратить комнату в непригодную для использования, и вместо этого данные дефекты могли бы быть охарактеризованы как неисполнение обязательств. Тюремная решетка с точки зрения «пригодности к использованию» не должна быть установлена настолько высоко, чтобы «ею не могли пользоваться»; понятие «недоступный, но используемый» может обеспечить компромиссное положение (см. Раздел 7.5.12).

⁴⁵³ Разграничение между «доступностью» и «выполнением Услуги» само по себе не является требованием настоящего Руководства, однако в большинстве отраслей такое разграничение оказывалось целесообразным. Основные принципы, здесь изложенные, применяются даже там, где такое разграничение не наблюдается.

показателя для унитарного сбора за данный период, подлежащий обложению вычетами за недоступность и ненадлежащее исполнение;

— некоторое количество режимов исполнения среди ранних проектов были излишне усложненными и, как следствие, неэффективными, и некоторые из них не были разработаны с достаточным учетом осуществимости ежедневных процедур. Как правило, чем проще, тем лучше. Механизм платежей должен стремиться к меньшему, но эффективному измерению;

— излишние сложности могут также возникать, если движение от спецификации затрат на выполнение работ (услуг) к спецификации выполненных работ (услуг) не было подтверждено Государственным учреждением. Основой данного механизма должно служить «результаты», а не измерение «затрат» и;

— Государственные органы должны сначала построить свою модель снизу вверх, убедившись, что для любой конкретной сферы или неисполнения услуги, существует соответствующий потенциальный вычет. Модель должна проверяться сверху вниз, принимая во внимание суммарный эффект всех видов вычетов. Если она «излишне утяжелена» с точки зрения масштаба вероятных вычетов, это будет способствовать чрезмерному ценовому риску и риску денежного потока, зарезервированного соискателями на получение контракта. Если она «менее продуманна», то участники торгов не будут достаточно заинтересованы в исправлении сбоя при предоставлении Услуг.

7.3.2. Основными целями являются установление соотношения цены и качества (выгода) и эффективная мотивация; Договор должен содержать достаточное количество стимулов для Подрядчика, чтобы исправить любое неисполнение обязательств.

7.3.3. Многообразие структур механизма платежей было использовано в различных сферах и типах проектов. Модели А–С, представленные ниже, демонстрируют альтернативные характеристики механизма платежей. Они не являются директивными:

— Модель А — единичные затраты складываются из количества доступных мест или единиц, следовательно, оплачиваются только места или единицы, которые являются доступными. Определение доступных мест или единиц включает в себя предоставление постоянных услуг, которые являются сутью требований Государственного учреждения для выполнения его функций. Помимо этого порядок исполнения налагается для регулирования уровней исполнения, которые не влияют на доступность мест и/или Услуг, которые не входят в определение основной Услуги. Исполнение, не удовлетворяющее требованиям, сначала приводит к увеличению количества «пунктов исполнения» и, только косвенно, к вычетам от унитарного сбора, когда определенный уровень точек накапливается. Движение цен увеличивает вычет для повторного сбоя исполнения обязательств.

— Модель В — единичные затраты (до вычетов) основаны на полном предоставлении общего требования, и механизм платежей определяет вычеты, как для недоступности, так и для исполнения, не удовлетворяющего требованиям, т. е. оба варианта представлены в расчетах, как отчисления от

100% уровня. Доступность определяется с точки зрения пригодности к использованию и доступности, и различные вычеты производятся в зависимости от того, какая сфера является недоступной. Существует система оценки коэффициентов, в соответствии с которой каждый раздел согласования разделен на части (элементы) и оценивается в зависимости от важности; для каждого случая необеспечения доступности определен вычет, равный унитарному платежу умноженному на соответствующее коэффициент. Вычет может быть основан на растущем тарифе, так что последующие дни недоступности объекта могут привести ко все более высоким отчислениям.

— Модель С — единичные затраты основываются как на доступности, так и на использовании, например, в контексте услуги подготовки с оплатой за место прохождения подготовки. Существует минимальный уровень с обязательством купить услугу или выплатить неустойку (например, если Государственное учреждение осуществляет пользование Услугой ниже этого уровня, оно должно, тем не менее, оплатить использование на этом уровне) с целью оказания помощи в финансовой состоятельности Проекта и соблюсти баланс между гибкостью и финансовыми последствиями, связанными с большей передачей риска. Существует также потребность в определении доступности, так как Государственное учреждение, не будет производить оплату более высокую, чем за фактическое пользование, если элементы Услуги не являются недоступными. Также может существовать в дополнение объем для вычетов из платежей за ненадлежащее исполнение Услуг.

7.4. Системы, основанные на использовании

7.4.1. Альтернативой оплаты на основе доступности является уровень унитарного сбора, определенного использованием (также именуемые «объем» или «спрос»), или комбинация этих подходов в рамках единого механизма платежей. Ранние дорожные проекты опирались на оплату за использование (платежи были основаны на скрытой оплате, выплачиваемой Дорожным агентством).⁴⁵⁴ Обычно, где имеет место использование, единичные затраты лишь отчасти зависят от использования (например, некоторые виды MOD-проектов и проектов по утилизации отходов). Платежи, связанные с использованием, способны привести преимущества, когда исполнение Подрядчиком может повлиять на уровень использования, так как потребители могут выразить неодобрение по поводу уровня и качества Услуги; в этом случае оплата будет привязана к исполнению через эту автоматическую обратную связь.

7.4.2. Важно определить различие между режимами, где сами единичные затраты (оплачиваемые Государственным учреждением) регулируются исходя из использования, и режимами, где единичные затраты основываются на принципах доступности и исполнения, но Подрядчик отдельно берет на себя риск на сумму «дохода третьей стороны», который может быть получен от

⁴⁵⁴ Дорожные агентства в настоящее время в большинстве случаев использует механизм, основанный на доступности, поскольку Подрядчик не в состоянии контролировать спрос, также спрос четко не связан с уровнем Услуги.

объектов (и в отношении которого Государственное учреждение может добиваться получения доли). Доход третьей стороны может варьироваться от относительно небольших сумм, например, проекты по школам, до больших сумм, которые могут быть созданы проектами по узкоколейному или монорельсовому городскому транспорту,⁴⁵⁵ утилизации отходов⁴⁵⁶ или проектам застройки⁴⁵⁷. Доход третьей стороны может быть получен из основных услуг или дополнительных мероприятий, связанных, например, со столовой на предприятии или автостоянкой, и может существовать наряду с преимущественным механизмом платежей, основанным на доступности.

7.4.3. Доход третьей стороны следует оценивать как часть определения соотношения цены и качества предлагаемого объекта в целом; если это обеспечивает выгоду для Подрядчика это должно, в принципе, уменьшить требуемую прибыль от других видов деятельности. Унитарный сбор может быть сокращен в результате доступа Подрядчика к прибыли третьей стороны, с порядком распределения государственных доходов для доходов выше суммы вычета унитарного сбора. Прибыль от соотношения цены и качества, если позволить, чтобы прибыль третьей стороны досталась Подрядчику, будет зависеть от способности Подрядчика прогнозировать ее и влиять на нее (и Государственные учреждения должны опасаться чрезмерно оптимистичных предположений по этим вопросам). Во многих проектах возможности для признания значительного дохода третьей стороны в финансовой модели, и таким образом уменьшения унитарного сбора, ограничены, так как спрос трудно предсказать; в таких случаях деление потенциальной прибыли является особенно важным.

7.4.4. В некоторых проектах (например, образовательных проектах) мера риска использования может быть перенесена таким образом, что прибыльность затрагивается только в крайних случаях. Там, где есть комбинация принципов, основанных на доступности и оценке объема, может быть использован принцип «бери или плати». Государственные органы должны гарантировать, что эти структуры не видоизменяются в структуры, которые просто ограждают долг первой очереди, так как андеррайтинг любой значительной части расходов Подрядчика, как например долг первой очереди, противоречит основным

⁴⁵⁵ Проекты по монорельсовому городскому транспорту до настоящего времени передавали доход, собранный билетным и аппаратами, Подрядчику, хотя на практике этот уровень может быть достаточным только для покрытия эксплуатационных расходов.

⁴⁵⁶ Проекты по отходам могут включать в себя целый ряд источников дохода третьих сторон, включая продажу электроэнергии, произведенной предприятиями по получению энергии из отходов, продажу избыточных мощностей прочим пользователям, помимо Государственных учреждений, и продажу «рециклированного» материала (продукты переработки, которые могут использоваться, например, для промышленного или сельскохозяйственного производства). Для получения дополнительной информации см. [Руководство] «PFI-контракты по стандартизации управления отходами: Руководство по отступлениям SOPC», май 2006 г., от Министерства окружающей среды, пищевых продуктов и сельского хозяйства.

⁴⁵⁷ Нежилищный учет доходов проектов по застройке, как правило, включают доход от арендной платы как части дохода Подрядчика; это по сути доход третьей стороны и передача риска использования.

принципам PFI-передачи рисков.⁴⁵⁸ Где существует схема принципа «бери или плати», требуется механизм доступности, так как Государственное учреждение не должно платить за минимальный уровень использования, где средства обслуживания являются недоступными. Принципы «бери или плати» не должны защищать потоки платежей, где услуги будут недоступны вследствие случаев освобождения от ответственности, обстоятельств непреодолимой силы или неисполнения Подрядчиком обязательств.

7.4.5. В некоторых случаях режимы исполнения, которые зависят от уровней использования, могут фактически не передавать реальный риск использования Подрядчику. Это случай, когда увеличение платежей, связанных с соответствующим дополнительными работами, равно предельным затратам Подрядчика для обеспечения выполнения работ. Например, если дополнительные тонны отходов обойдутся Подрядчику в дополнительные £10 для переработки, повышение оплаты на £10 за тонну не повлияет на доход Подрядчика.⁴⁵⁹

7.4.6. Факторы, которые определяют, является ли передача рисков использования выгодной, обычно существуют для конкретного проекта или конкретных отраслей, и передача риска использования на практике имеет тенденцию сосредотачиваться на определенных отраслях, например, дорогах, развлекательных центрах. Реальная передача всех рисков использования Подрядчику, получающему прибыль (т. е. доход за вычетом расходов) в зависимости от использования, редко бывает целесообразно и должны рассматриваться только в случаях, когда Подрядчик может прогнозировать и влиять на будущее использование. Передача риска использования может быть целесообразна, когда Подрядчик удовлетворен прогнозами уровня спроса на Услугу, или когда сокращения использования Государственным учреждением может быть скомпенсировано за счет дохода третьих лиц. Часть риска использования может быть передана в некоторых случаях, но многие проекты не могут передавать какие-либо риски использования, даже там, где

⁴⁵⁸ В некоторых случаях, однако, сохранение режима долга первой очереди может быть выгодным, но всегда должно быть получено одобрение НМТ для любой такой схемы.

⁴⁵⁹ Власти должны также рассмотреть вопрос о подходе к вопросу энергопотребления. Для использования энергии общий принцип это для Государственных учреждений идти на риск расчета цены и для подрядчика принять риск по объемам, так как это во многом зависит от проекта. Однако власти поэтому имеют заинтересованность уровне цен, так что выбор поставщика Услуг не должен быть возложен исключительно на Подрядчика, причем Государственные органы имеют большую покупательную способность, чем Подрядчик. С другой стороны, Подрядчик не может полностью определить объем и в любом случае может быть не выгодно просить Подрядчика оценивать объем на длительный период времени. Одним из подходов, который был детально разработан Департаментом здравоохранения, является определение механизма расчета предполагаемого основного объема работ и оплата Подрядчику на основании этого объема, с механизмом совместного использования в случае, если реальный объем работ окажется меньше или больше, чем ожидаемый. Это также является важным элементом контрактов, касающихся уличного освещения, и стандартная форма уличного освещения содержит подробные положения, в соответствии с которыми затраты на электричество, как правило, оплачиваются Государственным учреждением Исполнителю в дополнение к единичным затратам (и могут быть по величине равными единичным затратам). Детальные положения были разработаны в отношении, например, накоплений, полученных в результате технологического прогресса.

предоставляются такие услуги, как услуги общественного питания. Передача рисков использования в неподходящих случаях, вероятно, приведет к ухудшению соотношения цены и качества (меньшей выгоде). Передача риска использования вызывает, как правило, крайнюю озабоченность со стороны основных кредиторов, и может потребоваться принцип «бери или плати» или другие механизмы, такие как сокращение заемного капитала или увеличение коэффициента защищенности кредитора.

Оценка и другие последствия передачи риска использования

7.4.7. Когда единичные затраты велики или существует доход третьей стороны, оценка конкурсного предложения (т. е. с точки зрения потенциальной стоимости альтернативных предложений) становится более сложной. Кроме того, может быть трудно предсказать вероятный размер платежей в связи с прекращением контракта, которые могут возникнуть, когда в положенный срок Проект завершится. С точки зрения гибкости для Государственного учреждения это особенно важно для добровольного прекращения проекта Государственным учреждением (когда владельцы акций ожидают некоторую компенсацию за упущенную возможность получить отдачу от будущих доходов). Области договора, которые могут потребовать особого внимания, в которых платежи, основанные на объеме, являются значимыми, это: Компенсационные случаи, Уточняющие изменения в законе, Вмешательство со стороны официального органа, Изменение услуги Государственным учреждением, Форс-мажорные обстоятельства, Установление предельной внутренней нормы доходности на собственный капитал в отношении рефинансирования, и различные сценарии прекращения обязательств. Основание для компенсации может варьироваться в зависимости от типа события, повлекшего убыток, и от того, будет ли компенсация чувствительна по отношению к ожиданиям будущего дохода⁴⁶⁰. Например, вследствие Уточняющих изменений в законе и в других вариантах событий «без вины» соответствующие меры должны быть ниже базового варианта (т. е. исходных прогнозов) и фактических уровней использования, и Государственные Учреждения возможно, будут стремиться применить этот принцип компенсации при расторжении контракта из-за невыполнения обязательств Подрядчиком, где отсутствует ликвидный рынок и/или добровольное прекращение со стороны Государственного учреждения.

7.4.8. Объем риска использования (спроса) является, где риск существенен, определяющим фактором порядка учета базового актива. Государственные учреждения должны учесть в качестве части их экономической модели до начала закупок работ и услуг вероятную существенность риска спроса, и его распределения. Там, где они обладают высокой степенью уверенности в необходимости активов, и объем использования (например, предполагаемое количество учеников, посещающих

⁴⁶⁰ См. Раздел 21 (Досрочное прекращение обязательств). В случае получения дохода от третьих лиц и прекращения Проекта, объект может продолжать эксплуатироваться Государственным учреждением и это может означать, что более высокая доля расходов властей на реализацию проекта впоследствии компенсируется более высоким, чем ожидалось, доходом.

школу, или пропускная способность больницы, в течение ряда лет вперед) является предсказуемым, власти часто обосновывают, что риск в отношении спроса несущественен. Так как передача риска использования редко целесообразна, как описано выше, Государственные учреждения должны, как правило, принимать на себя этот риск, но он часто будет несущественным по описанным причинам. Если же это не так, и власти планируют принять на себя существенный риск спроса, власти должны проконсультироваться с их учреждением частных финансовых ресурсов до начала закупок Услуг для обеспечения учета последствий.

7.5. Калибровка

7.5.1. Экономические характеристики и детальное проектирование механизма платежей играют центральную роль в достижении соотношения цены и качества (выгодности). Существует большое число ориентиров, связанных с присвоением номеров различным частям механизма платежей. Этот процесс называется «калибровкой». В оставшейся части этого раздела рассматривается механизм платежей, основанный на доступности, но принципы которого имеют более широкое применение.

7.5.2. Государственные учреждения и консультирующие их органы должны обдумать, как подходить к этому вопросу в процессе закупок работ и услуг и какого уровня вкладываемых средств добиваться от Подрядчиков и на каком этапе. Сверхжесткий подход в ходе переговоров приведет к сокращению возможностей для инноваций со стороны соискателей на получение контракта и, таким образом, уменьшит потенциальные выгоды.⁴⁶¹ Однако в процессе переговоров, как правило, целесообразно относительно рано достичь значительного уровня детализации, поскольку максимальные показатели для развития достигаются во время конкурентной борьбы. Согласно процедуре конкурентных переговоров не существует возможности для внесения важных изменений в механизм платежей после завершения диалога (хотя разрешена точная настройка). Когда окончательная калибровка еще не завершена на момент назначения победителя тендера, письмо победителя тендера должно включать обязательство повторной калибровки с окончательной детализацией. Очень важно, чтобы этот процесс не нарушался повторной калибровкой, сделанной в последнюю минуту, вследствие должной осмотрительности кредитора (как это иногда происходило в прошлом).

7.5.3. Государственное учреждение должно понимать, как различные обязанности, касающиеся разработки и проверки окончательной спецификации и механизма платежей, распределяются между консультирующими его

⁴⁶¹ При создании подходящей системы, Государственное учреждение должно осознавать воздействия, которые конкретная система имеет на решения, предлагаемые соискателями на получение контракта. Например, предлагаемая цена, которая является капиталоемким авансовым платежом со сниженными затратами в период жизненного цикла может иметь оптимальный подход и может иметь подход с низкими начальными затратами, но с более продолжительным жизненным циклом, что влечет различные финансовые затраты со стороны Подрядчика. Для Государственного учреждения важно понять, какая система поможет добиться оптимального для него результата.

органами, и убедиться, что существует четкое распределение ответственности по всем вопросам.

7.5.4. Существует много переменных величин (факторов) в механизме платежей, в том числе следующие:

— определения доступности и стандартов исполнения (т. е. насколько взыскательными являются требования);

— сроки реагирования и устранения сбоя (т. е. как быстро проблемы должны быть решены);

— возможность (в практическом плане и по контракту) Подрядчиком предоставить (временные) альтернативные услуги/места вместо взыскания с него вычетов, давая им большую гибкость, чтобы избежать вычетов, или за допущение дальнейшего использования недоступных средств обслуживания;

— уровни/весовой коэффициент вычетов за недоступность или неудовлетворительное исполнение обязательств;

— механизм «храпового эффекта» для повторных или распространенных сбоев; и

— ограничения на вычеты по исполнению.⁴⁶²

7.5.5. Степень передачи риска зависит от всех этих частей; высокие вычеты за недобросовестную Услугу могут не предполагать сурового механизма; если требования к Услуге не являются чрезмерно жесткими и существуют длительные сроки, в течение которых Подрядчик может отреагировать и может предоставить альтернативное размещение или недоступное размещение, вероятно, продолжит использоваться с применением более низких вычетов. С другой стороны, схема с небольшим вычетом денежных средств может обеспечить сильный стимул для исполнения обязательств и передачи значительного риска, если вычеты предоставляют четко определенные высокие стандарты и требования к срокам не являются сжатыми или повышенными.

Методика калибровки

7.5.6. Государственные учреждения должны рассмотреть следующие вопросы калибровки:

— уровень вычетов следует рассматривать в свете важности Услуги для Государственного учреждения (т. е. большие вычеты за недоступность важных элементов Услуги). Стимулирование Подрядчика также является важным (т. е. большие вычеты за типы неисполнения обязательств, исправление которых может стать дорогим и поэтому потребуется сильный стимул);

— государственное учреждение должно определить, какой уровень исполнения требуется, и это должно служить в качестве ориентира, при котором достигается стопроцентная оплата или близко к стопроцентной оплате; и

— есть целый ряд подходов, находящихся в распоряжении Государственного учреждения для лучшего понимания того, как предлагаемая

⁴⁶² Это далеко не полный список всех потенциальных характеристик механизма платежей и других особенностей, которые могут быть целесообразными для конкретных проектов.

система может работать. Эти подходы варьируются от рассмотрения ограниченного количества конкретных потенциальных сценариев до построения сложных моделей или моделирования по методу Монте-Карло. Модель калибровки может использоваться для предположения, какие уровни вычетов могут возникнуть в результате данной спецификации и механизма платежей, дает представление об экономических стимулах, которые они порождают, а также помогает Государственному учреждению понять уровень непредвиденных обстоятельств, которые Подрядчик может включить в свою цену.

7.5.7. Когда Государственное учреждение стремится прогнозировать как, вероятно, механизм будет работать, оно может обращаться за сведениями к другим успешным проектам, а также рассмотреть использование исторических данных о существующих Услугах.

Стандарты

7.5.8. Механизм платежей должен обеспечивать четкие экономические стимулы для Подрядчика для выполнения им требуемых стандартов. Стандарты доступности и исполнения должны быть определены в соответствии с требованиями Государственного учреждения, но также должны быть установлены на реалистичном и достижимом уровне, чтобы избежать ненужной котировки риска со стороны Подрядчиков и субподрядчиков.

7.5.9. Учитывая, что ключевым элементом выражения требований Государственного учреждения в PFI-контракте является окончательная спецификация, значительная часть окончательной спецификации часто представлена или связана с механизмом платежей. Договор легче будет выполнять и изменять в случае необходимости, если эти взаимосвязи четко изложены, и роль любых требований к окончательной спецификации, которые не представлены в механизме платежей, должна быть оспорена (или же они должны быть включены в механизм платежей). Использование требований к спецификации в механизме платежей должно быть четким. Должны быть предусмотрены единицы учета в случае необходимости: например, требование об обслуживании номеров, которое должно быть выполнено вместе с вычетом £10 за неоказание услуги, требует определенности с точки зрения того, сколько плохо обслуживаемых номеров за конкретный период повлекли единовременный вычет в размере £10.

Периоды времени для ремонта/исправления

7.5.10. Сроки для ремонта и/или исправления не применяются ко всем типам сбоя (неисполнения) (например, они не распространяются на сотрудников, привлеченных к службе без необходимой квалификации). Если срок устанавливается, например, для ремонта разбитого окна, Государственный орган должен принять необходимые меры, чтобы сроки ремонта были сжатыми, но реалистичными, не увеличивая расходы до уровня, который не представляет выгоду (например, требуя привлечения чрезмерной рабочей силы и ресурсов). Государственное учреждение может рассмотреть, какие ресурсы могут быть немедленно доступны на месте выполнения работ и какие проблемы могут с наибольшим экономическим эффектом потребовать

привлечения внешних ресурсов и, таким образом, возможно, гарантировать менее длительный срок для ремонта. Для существенных проблем могут быть использованы «планы по устранению сбоя», которые должны быть согласованы в каждом конкретном случае и включать согласованные сроки исправления.

7.5.11. Для некоторых случаев неисполнения обязательств понятие «временный ремонт» может быть целесообразным, а некоторые механизмы платежей делают различие между периодом реагирования — сроком в течение которого должно быть найдено временное решение (например, временный ремонт окна) и периодом исправления — сроком в течение которого проблема должна быть устранена надлежащим образом (например, установка нового окна). Сразу в начале работ Государственное учреждение может допустить немного большие сроки для апробации данного режима работы.⁴⁶³

«Недоступно, но используется»

7.5.12. Использование определения «недоступно, но используется» (см. Раздел 8.8 относится к ситуации, которая может быть уместной, когда Государственный орган желает продолжить использование объекта, являющегося технически «недоступным», (например, классная комната необходимая для обучения). В некоторых проектах она будет общей чертой для элементов, недоступных, но используемых, так что это может стать значительной частью режима работы проекта.

Оценочный коэффициент

7.5.13. Во многих механизмах платежей максимальный условный вычет за недоступность превышает 100 % единичных затрат. Максимальный финансовый вычет, однако, ограничен на уровне стопроцентной оплаты Государственным учреждением (например, общие единичные затраты за данный месяц), так что Подрядчик может получить нулевую оплату, пока объект не станет совершенно доступным (или когда он полностью недоступен, но только на часть срока, например, месяц), но не обязан осуществлять платежи Государственному учреждению, когда условные вычеты выше, чем единичные затраты.⁴⁶⁴ Высокие оценочные коэффициенты резко усиливают стимулы для выполнения обязательств Подрядчиком, но также увеличивают риск для Подрядчика и могут способствовать повышению цен.⁴⁶⁵ Если оценочный

⁴⁶³ Некоторые проекты также допускают дополнительные поправки в отношении вычетов и/или прекращения договора в течение срока апробации. Использование таких мер (схем) должно быть тщательно проанализировано, чтобы найти баланс между разумными ожиданиями Государственного учреждения и рисками ценообразования.

⁴⁶⁴ Иногда применяются механизмы платежей, которые позволили государственным учреждениям «сделать перенос на будущий период» каких-либо вычетов, превышающих уровень 100 %, которые будут использованы в следующем периоде. Это вряд ли будет выгодно и не рекомендуется. Возможности для ретроспективных вычетов (когда Государственное учреждение позже обнаруживает, что сбой в исполнении остался незамеченным в течение договорного срока) должны подвергаться лимитированию, так как Подрядчик и основные кредиторы могли быть не осведомлены о сбое и поэтому не предприняли мер по его устранению.

⁴⁶⁵ Так, Министерство здравоохранения в декабре 2006 г. выпустило Руководство по механизмам исполнения, указывающее что общий условный вычет не должен превышать 200 %, обнаружив ранее гораздо большие максимальные вычеты в некоторых проектах (например, 500 %). Существует два подхода в стандартах механизма оплаты в здравоохранении, который разделен на

коэффициент является слишком высоким, могут возникнуть обратные стимулы.⁴⁶⁶ Например, если Подрядчик получает нулевую оплату только за одну четверть предоставления услуг, то отсутствует достаточный стимул, чтобы увеличить показатель до половины предоставления услуг, если оплата будет оставаться нулевой на этом уровне

7.5.14. Мало смысла в использовании настолько низкого оценочного коэффициента, что для Подрядчика в целом дешевле невыполнять обязательства. Вычеты в связи с неудовлетворительным исполнением услуг не должны существенно превышать расчетную стоимость этих услуг, пока многие элементы исполнения не оценены соответствующим образом. Калибровка вычетов в отношении физического состояния здания является более сложной, так как причины недоступности могут варьироваться от причин, по которым Подрядчик может исправить неполадки при относительно небольших затратах (что требует сравнительно небольшого стимулирования), а более обширные сбои требуют значительных расходов. Власти должны учитывать общую оценку в свете детальной окончательной спецификации, другие переменные величины механизма и объекта/объектов в данном вопросе.

7.5.15. Ориентиром для типовых проектов размещения служит то, что общий объем вычетов недоступности должен быть в пределах 150–200 % (при стандартном подходе к общей конструкции механизма платежей). Для проектов которые не предусматривают размещение для проживания, таких как проекты оборудования (большинство из которых имели место в военной сфере) это более затруднительно для ввода в употребление. Факторы, предлагающие более низкий уровень, даже ниже 150 %, включают проект, имеющий ряд отдельных результатов проекта, которые не являются взаимозависимыми (например, обеспечение географически разбросанным жильем социального найма или проекты оборудования с рядом независимых и имеющих самостоятельную ценность транспортных средств).⁴⁶⁷ Факторами, предполагающими более

«Функциональные сферы», каждая из которых включает ряд «Функциональных блоков». Недоступность всех функциональных сфер может обеспечить максимальный условный вычет в размере 200 % с пределом (ограниченный) 100 % фактического вычета. Недоступность всех функциональных блоков в одной функциональной сфере может обеспечить 150-процентный условный вычет для этой сферы, опять же со стопроцентным пределом фактического вычета. Таким образом, если две трети блоков в одной сфере были недоступны, то оплата будет равняться нулю для данной сферы. Если это произошло в половине сфер, платеж за выполненные работы будет равным нулю.

⁴⁶⁶ Другим примером является Стандартное руководство BSF-калибровки, в котором говорится о том, что оценка должна быть в диапазоне 100–200 %. Для проектов застройки она обычно имеет нижний предел 100 %.

⁴⁶⁷ Таким образом, отсутствие взаимосвязи, с точки зрения полезности объекта, предлагает меньшее воздействие на Государственное учреждение одного элемента, являющегося недоступным. Отметим, что это не единственный ведущий элемент оценки: вычеты должны по-прежнему оставаться достаточными для стимулирования Подрядчика. В то же время, если элементы проекта являются независимыми от Услуги, может возникнуть «эффект портфеля», что означает, что большая надбавка может быть приемлема для Подрядчика. Например, в проекте уличного освещения Подрядчик может планировать и цены за риски отдельных поврежденных фонарей в результате аварий, и может допускать более высокое взвешивание поскольку вероятность значительного числа

высокий уровень вычета в пределах этого диапазона или выше 200 %, является сложность и взаимозависимость результата работ (услуг), например крупная больница где много комнат или областей находящихся в зависимости, и каждая из которых требует соответствующего режима вычитания, или учебного проекта где оборудование и составные части классной комнаты требуют наличия один другого для того, чтобы проект принес желаемый результат. Проект, который исключает гибкие способы управления услугами, может потребовать более высокие оценочные коэффициенты за сбой в оказании услуг в качестве процента от всех платежей, платежи будут ниже в случае исключения гибких средств управления услугами.

7.5.16. Механизм платежей не должен быть, однако, разработан на основе широких экономических допущений, таких как эти. Данные *оценочные* рекомендации разработаны как проверка восприимчивости режима исполнения. Режимы исполнения должны быть построены изначально снизу вверх с *оценочными* коэффициентами для различных компонентов продукции, предназначенными для стимулирования хорошей производительности. Совокупному показателю должна быть обеспечена проверка содержания сверху вниз, чтобы убедиться, что общие экономические показатели проекта предполагают выгоду.

7.5.17. Потенциальные Подрядчики и субподрядчики будут моделировать поведение механизма платежей с целью изучения рисков, с которыми они столкнутся, и будут основывать свои цены на результатах (отметим, что для субподрядчиков вычеты за недоступность работ и услуг могут рассматриваться как текущие и менее значимые, чем вычеты, связанные с системой измерения исполнения). Аналогично этому рискованность Договора будет влиять на уровень интереса со стороны спонсоров и на условия, которые они предлагают. Обременительная окончательная спецификация и механизм платежей могут привести к росту цен или оттолкнуть надежных соискателей на получение контракта и спонсоров. Некоторые ранние режимы были слишком строгими и усложненными, когда они создавались, и не были тогда в полном объеме приведены в исполнение. Чрезмерно строгий договор в сочетании со слабым контролем за его исполнением является недостаточно выгодным. Государственные учреждения должны стремиться создавать благоприятные режимы и старательно их реализовывать. Раздел 8.4 (Оплата за доступность и оценку критических областей) предусматривает дальнейшие комментарии в отношении этой области калибровки.

«Храповые механизмы»

7.5.18. Многие механизмы платежей включают «храповые механизмы», в соответствии с которым длительная задержка в устранении проблемы или ее многократное повторение, или ее широкое распространение в ряде сфер проекта, приводит к увеличению вычетов. «Храповые механизмы» помогают гарантировать, что систематические проблемы надлежащим образом

аварий является низкой. Если передача большего риска может быть достигнута при относительно небольших затратах, то ее следует осуществлять.

разрешаются. См. далее Раздел 9.5 (Последствия ненадлежащего исполнения). Использование «храпового механизма» должно быть тщательно продумано: низкий начальный вычет вместе с «храповым механизмом» может провоцировать реактивный, а не проактивный подход к управлению исполнением, но вместе с тем без «храповых механизмов» стимулы не могут быть эффективными (например, может оказаться, что без «храпового механизма» вычет не является достаточно весомым, чтобы предоставить экономический стимул для хорошего исполнения услуг). «Храповые механизмы», вероятно, будут полезны в большинстве механизмов платежей.⁴⁶⁸

Ограничения вычетов при исполнении

7.5.19. В некоторых отраслях является распространенным наличие ограничения на размер вычетов, которые могут быть сделаны за ненадлежащее исполнение.⁴⁶⁹ Максимальная подверженность субподрядчика в любой год может быть ограничена получением нулевой оплаты от Подрядчика (т. е. он может потерять все свои доходы, однако они не возмещают Подрядчику вычетов, которые превышают стоимость выполнения работ, но являются ответственными за недостатки как субподрядчик). Риск дополнительных вычетов доступности лежит на Подрядчике. Важно, чтобы Государственное учреждение всегда придерживалось принципа «нет услуги — нет оплаты» и в механизме платежей, основанном на доступности, не должно быть никакой оплаты, если объект недоступен. Ограничения вычетов за ненадлежащее исполнение Услуг может быть приемлемым, если Государственное учреждение считает, что существует небольшая выгода от дальнейших отчислений исполнения, которые не могут быть либо проигнорированы, либо приняты Подрядчиком исходя из его выгоды. Тем не менее, любое ограничение не должно быть использовано просто для того, чтобы оградить инвесторов от рисков. В любом случае, если субподрядчик теряет значительную часть своего вознаграждения за неудовлетворительную работу, он, вероятно, просрочит платеж по собственному контракту субподряда и у Подрядчика будет безусловный мотив, чтобы заменить его, пока он не поставит по угрозу доступность объектов обслуживания и, следовательно, все единичные затраты. Государственный орган должен обеспечить, чтобы Подрядчик был заинтересован в эффективном управлении субподрядчиками, и не должен уступать ограничения на вычеты без консультации с его учреждениями-советниками. Любое ограничение на вычеты исполнения должно всегда быть оправдано на основании выгоды.

7.6. Возможность финансирования

7.6.1. Механизм платежей не должен ограждать Подрядчика от выплаты финансовых сборов или гарантировать их выплату.

⁴⁶⁸ «Храповой механизм» должен быть вызван неоднократными сбоями в исполнении Услуг, даже если они были вызваны разными причинами.

⁴⁶⁹ Например, стандартный BSF механизм платежей использует ограничение, установленное на уровне стоимости Услуг (в отличие от капитальных работ), включая гибкие средства управления, страховые расходы и административные расходы Подрядчика. Это ограничение не распространяется на вычеты недоступности.

7.6.2. Кредиторы первой очереди будут проверять вычеты по своим финансовым модельным экспериментам для оценки их риска в качестве кредиторов. Опыт показал, что механизмы платежей, охарактеризованные в данном руководстве, могут финансироваться при условии, что механизм платежей является достаточно объективным, включает разумные механизмы устранения недостатков, и должным образом настроен.

7.7 Гибкость

7.7.1. Государственные учреждения должны учитывать, насколько их механизмы платежей способны приспособливаться к изменениям в требованиях Государственных органов, в отношении либо дополнительных капитальных работ, либо изменений в Услугах. Это частично является вопросом разработки механизма платежей, но Государственные учреждения также должны рассматривать необходимость включения в механизм платежей процедуры проведения ежегодного обзора надбавок, периодов устранения ошибок и т. д.⁴⁷⁰ Такое рассмотрение может обеспечить внесение изменения лишь по договоренности между обеими сторонами, тем не менее в Контракте излагается основа для проведения обсуждений и предлагается формальная возможность рассмотрения внутреннего механизма в свете появления руководства и лучшего практического опыта для сектора и опыта практического применения механизма при реализации конкретного проекта. Такое рассмотрение может быть уместно в конце любого периода приработки.

7.7.2. Для тех механизмов платежей, в которых платеж изменяется в зависимости от фактического использования или объема (см. Раздел 7.4 (Системы, основанные на фактическом использовании)), механизм платежа допускает (в соответствии с любым минимальным уровнем осуществления принципа «бери или плати» или ограничениями расчетной мощности) регулировку платежа в ответ на изменения в производительности (например, отходах или наружном освещении). В проектах, основанных на размещении (например, школах и больницах), может оказаться сложнее предусмотреть такую гибкость при создании механизма платежей — частично из-за того, что Услугу нелегко разделить на дискретные элементы (например, наличие крупных общих территорий, таких как коридоры и холлы), и частично из-за того, что структура издержек установлена главным образом в отношении фактического использования.⁴⁷¹ В результате в данных секторах более распространены механизмы платежей, разработанные на основе заданной совокупной мощности и заданного перечня требуемых территорий, причем каждая территория получает «надбавку на территорию», в соответствии с чем

⁴⁷⁰ Данный подход был принят в качестве стандартного в секторе здравоохранения: см. Часть D Стандартного механизма платежей Департамента здравоохранения (издан в декабре 2006 г.).

⁴⁷¹ Однако PFI-проекты жилищного сектора являются примером проектов, основанных на согласованности схем, в которых Услуга делится на дискретные элементы (например, квартиры или дома); и из-за возможности жителей осуществлять свои права на покупку собственности, в механизмах платежей PFI, связанных с жилищным сектором, все чаще наблюдается включения метода регулирования платежей в результате внесения изменений в количество жилых единиц на основе расчетов фиксированных, переменных и условно-переменных расходов.

могут быть рассчитаны ее соответствующая доступность и вычеты из производительности. Это обычно означает, что по мере возникновения изменений (например, добавления новых учебных помещений), механизм платежей нуждается в повторной настройке. Надбавка на первоначальные помещения в качестве доли общего Унитарного сбора, взимаемого после внесения изменений, будет нуждаться в изменении с целью сохранения стимулирующего эффекта первоначальной настройки. Особенно в тех случаях, когда изменения имеют маленькую или среднюю стоимость, операционные издержки в связи с повторной настройкой могут быть довольно высокими по отношению к расходам на изменения.

7.7.3. Относительным простым способом решения данной проблемы является разработка механизма платежей таким образом, чтобы он автоматически распространялся на покрытие изменений вплоть до завершения проекта, лишь с периодическим обзором (например, раз в год, возможно, в качестве части общего ежегодного осмотра, предложенного выше), необходимым для общей настройки. Пример данного подхода представлен в программе BSF, где величины вычетов указаны в денежных суммах для разных территорий, с тем условием, что по мере добавления новых территорий к ним могут автоматически применяться соответствующие уровни вычетов. Например, если величина вычета за недоступное учебное помещение составляет £x, в школе добавляются новые учебные помещения, каждое из которых несет уровень вычета, составляющий £x без повторной настройки. Ежегодный осмотр предоставит возможность изучения общего баланса стимулов. Для больших изменений (например, превышающих £100 000) вероятно, что повторная «настройка» будет требоваться каждый раз.

7.7.4. Дальнейшая гибкость может быть приобретена, если Государственные учреждения согласятся с Подрядчиком и с его Кредиторами первой очереди в том, что ниже определенных порогов объема и величины приказы о внесении изменений будут рассматриваться как нормальное явление в проекте и не придется проводить его комплексную юридическую проверку. Вместо этого Подрядчик может просто подтвердить, в ежеквартальных/ежегодных отчетах перед спонсорами, какие изменения были произведены по Контракту с автоматическим распространением на них механизма платежей. Ежегодные обзоры могут осуществляться в соответствии с вышеизложенным с целью удостовериться, что настройка все еще находится в равновесии. Это сэкономит технические расходы и расходы на проведение комплексной юридической оценки, а так же время, затрачиваемое на управление.

7.8. Другие средства оптимизации

7.8.1. Механизм платежей обеспечивает механизм, посредством которого Государственное учреждение может определить финансовые последствия сбоя при оказании Услуги. Государственное учреждение не должно требовать компенсации за ущерб в дополнение к осуществлению вычетов за сбой при оказании Услуги. Необходимо отметить, что это не ограничивает Государственное учреждение в осуществлении других прав, явным образом

представленных ему по Контракту (таких как, например, право на расторжение договора, право на вступление в дело или особые права на компенсацию убытков, или право на требование замены субподрядчика при достижении определенного уровня низкой производительности) и не ограничивает право на получение средства судебной защиты в виде решения об исполнении договорных обязательств или запрета.⁴⁷²

7.8.2. Подходящий проект выглядит следующим образом:

7.8. Механизм платежей. Отсутствие дублирующего средства исправления недостатков

(a) В соответствии с:

(i) любым непосредственным правом Государственного учреждения в соответствии с настоящим Контрактом, и

(ii) правом Государственного учреждения требовать, при расторжении настоящего Контракта или после него, компенсации суммы своих разумных издержек, убытков, ущерба и расходов, понесенных им в результате исправления или смягчения последствия любого нарушения настоящего Контракта Подрядчиком, за исключением тех случаев, когда вышеуказанная сумма уже была взыскана Государственным учреждением в соответствии с настоящим Контрактом или учтена при расчете любой компенсации, подлежащей выплате Государственному учреждению в соответствии с пунктами 21.3.2 (Компенсация при расторжении контракта в связи с форс-мажором), 21.2 (Компенсация при расторжении контракта в связи с неисполнением обязательств Подрядчиком), 21.1.3 (Компенсация при расторжении контракта в связи с неисполнением обязательств Государственного учреждения), 21.4.4 (Компенсация при расторжении контракта в связи с коррупцией и мошенничеством), 21.5.2 (Компенсация при добровольном аннулировании контракта), [21.5.4 (Компенсация при расторжении контракта на дату достижения Государственным учреждением точки безубыточности)] или 21.6.2 (Компенсация при расторжении контракта в связи с нарушением положений о рефинансировании), единственным средством исправления недостатков, используемым Государственным учреждением в отношении неоказания Услуг в соответствии с настоящим Контрактом, является Приложение [] (Механизм платежей).

(b) Ничто в данном Пункте 7.8 (Механизм платежей: Отсутствие двойного средства устранения недостатков) не ограничивает право Государственного учреждения на получение средства судебной защиты в виде запрета или решения об исполнении договорных обязательств или иных диспозитивных процессуальных средств судебной защиты.

7.8.3. Неисполнение обязательств Подрядчиком описано в Разделе 21.2 (Расторжение контракта в связи с неисполнением обязательств Подрядчиком).

Государственное учреждение должно обеспечить существование соответствующих прав на расторжение договора, например, в связи с уровнями недоступности или неоказанием Услуги, что составляет основание для

⁴⁷² См. далее Раздел 24.6 (Требование возмещения ущерба).

расторжения договора, или в связи с альтернативными определениями, если механизм платежей не основан на доступности.

7.8.4. Настройка механизмов платежей описана в Разделе 7.5. Пороги для неисполнения обязательств Подрядчиком и потенциальные предшествующие ему события должны определяться в качестве части общего процесса настройки. Такие предшествующие события обычно включают следующее:

- направление Подрядчику уведомлений с предупреждением;
- повышения контроля производительности, обычно за счет Подрядчика;
- требование от Подрядчика представления плана по исправлению недостатков;
- замена субподрядчика; и
- неисполнение обязательств Подрядчиком (отмечая, что решение о прекращении договора остается за Государственным учреждением).

7.8.5. Нет необходимости использовать все эти шаги или ограничиваться ими. Государственные учреждения должны выбрать путь к потенциальному расторжению договора, который обеспечит конструктивную основу для обсуждения путей решения проблемы низкой производительности. Эти шаги могут быть привязаны к данному уровню вычетов из платежей, например, вычет, превышающий x % от Унитарного сбора в течение нескольких/каждого из y последовательных месяцев или серии краткосрочных или более долгосрочных порогов, или к системе «точек прекращения», которая может быть привязана к другим элементам механизма платежей или работать параллельно с ней.⁴⁷³

7.8.6. Государственные учреждения должны в первую очередь рассматривать то, что составляет недопустимый уровень производительности для них самих при установлении порога для неисполнения обязательств Подрядчиком и соответствующих порогов. В качестве второстепенного вопроса они могут также рассмотреть воздействие порогового уровня вычетов на финансовое положение Подрядчика (и даже если пороги не выражены в простых финансовых терминах, можно рассмотреть взаимодействие между уровнями производительности, приводящими к неисполнению обязательств Подрядчиком, и уровнем вычетов, с высокой долей вероятности сопровождающих данную производительность).⁴⁷⁴

⁴⁷³ Так, вычеты в течение одного месяца, составляющие более 25 %, или вычеты в течение каждого из трех месяцев подряд, составляющие более 20 % каждый, могут принести Подрядчику «точки окончания», накопление которых приведет к неисполнению обязательств Подрядчиком. В том что касается фактического осуществления, проекты могут включать в себя различные факторы, обуславливающие вывод о неисполнении, и некоторые проекты могут иметь разные пороги для вычетов, связанные с недоступностью работ и услуг, и вычетов, связанных с низкой удовлетворительностью Услуг.

⁴⁷⁴ Если Подрядчик сталкивается с вычетами, которые являются достаточными для фактического уменьшения чистой прибыли и надбавок на непредвиденные расходы во всей цепочке поставок, включая элемент надбавки за риск к его доходу от акций, его положение может оказаться неустойчивым. Уровень, на котором уменьшается вероятность возникновения всех непредвиденных обстоятельств и понижается чистая прибыль, может составлять в регионе 15–20 % вычета из

7.8.7. Для механизмов платежей, основанных на недоступности, может потребоваться другой подход; низкий уровень использования и соответственно платежа не обязательно означает, что Подрядчик не выполняет свои обязательства, хотя это может иметь место.

7.8.8. Субподряды будут обычно заключать договоренности о прекращении, привязанные к более широким договоренностям в отношении неисполнения обязательств Подрядчиком (см. Разделы 9.3 (Замена Субподрядчиков) и 9.4 (Контроль деятельности Субподрядчиков). При определении средств устранения недостатков Государственное учреждение также должно иметь в виду, что Кредиторы первой очереди будут также определять свои собственные средства устранения недостатков (замены, неоплата и т. д.). Государственное учреждение должно понимать, как это связано с положением Государственного учреждения, и гарантировать, что общая структура соответствующим образом будет стимулировать Кредиторов первой очереди использовать свои средства устранения недостатков до того, как Государственное учреждение будет использовать свои средства устранения недостатков.

7.9. Качественные факторы и удовлетворение запросов пользователей

7.9.1. Спецификация даже относительно простых и понятных требований, таких как требования, относящиеся к отоплению и освещению, может быть сложной и вызывать споры после подписания Контракта; соответствующий уровень договорных подробностей отражает соображения практичности и ясности, и Государственные учреждения должны тщательно рассмотреть эти вопросы для всех элементов механизма платежей. Объективные и четко определенные критерии производительности всегда надлежит использовать как можно практичнее, но могут быть рассмотрены другие методы измерения производительности, предлагающие дополнительные требования в рамках всего механизма.

7.9.2. В некоторых проектах могут присутствовать качественные аспекты производительности, которые с трудом поддаются объективному измерению, но которые, тем не менее, являются важными для пользователей Услуги, такие как любезность персонала или качество обеспечения питания. В более общем смысле, качество обслуживания в комплексной обстановке, например, в больнице или школе, не может быть легко сведено к практическому набору критериев доступности и производительности.

7.9.3. Наиболее простым для измерения механизмом является регулярное исследование удовлетворения клиентов с вычетом за низкие или снижающиеся баллы. Согласно распространенному мнению, сложно обосновать финансовую компенсацию на основе исследований удовлетворения клиентов, потому что они основаны на восприятии отдельных лиц, а не на реальных и поддающихся измерению фактах, и поэтому результаты могут быть непостоянными; более

унитарного платежа за несколько месяцев, однако он может изменяться в соответствии с общей структурой механизма платежей.

того, они могут легко поддаваться манипуляциям. Однако исследования являются полезным способом контроля производительности и успешно использовались в большом количестве проектов во множестве секторов, хотя максимальный вычет обычно составляет относительно небольшой элемент общего Унитарного платежа. Примеры включают вычеты за плохое удовлетворение директоров в школьных проектах, вычеты за низкие баллы при исследованиях удовлетворения запросов пользователей в объектах жилищного строительства, и требования для Подрядчика о выполнении аудита производительности и подготовке плана по устранению недостатков в случае низкого уровня удовлетворения запросов пользователей. Главным преимуществом такой системы является то, что получаемая обратная связь может быть очень полезной в качестве стимула для качественного оказания Услуги.

7.9.4. В данном контексте местные государственные учреждения уже имеют юридическую обязанность по обеспечению постоянного усовершенствования тем способом, которым они осуществляют свои установленные законом функции; это общеизвестно в качестве «Обязанности по наилучшему вложению средств».⁴⁷⁵ Это обычно включает в себя осуществление периодических исследований уровня удовлетворения запросов пользователей для сравнения качества обслуживания по Контракту с качеством сопоставимых услуг в других местах. Опубликовано руководство 4ps⁴⁷⁶ по осуществлению обязанности по наилучшему вложению средств и предложили положения для включения в PFI-контракты местных государственных учреждений.⁴⁷⁷ Следующие рекомендации предназначены для подкрепления руководства 4ps для операций местных государственных учреждений и будут применяться независимо для PFI-контрактов центрального правительства.

7.9.5. В прошлом успешно использовалось множество механизмов для отражения важности качественных факторов в механизме платежей.⁴⁷⁸ Все проекты⁴⁷⁹ должны включать в себя как минимум следующие пункты:

— обеспечение регулярных исследований уровня удовлетворения запросов пользователей (проводимых по меньшей мере ежегодно, хотя они могут проводиться на постоянной основе) за счет Подрядчика. Они обычно осуществляются Подрядчиком или независимой третьей стороной (по договору с Подрядчиком).⁴⁸⁰ В первом случае Государственное учреждение имеет право

⁴⁷⁵ См.: Закон о местном самоуправлении 1999 г.

⁴⁷⁶ http://www.unpcdc.org/media/16923/protections_la_pfi_proc_contracts.pdf

⁴⁷⁷ См.: Программа 4ps «Дополнения местного самоуправления к стандартизации PFI-контрактов, Версия 3», июль 2004 г.

⁴⁷⁸ Удовлетворение запросов пользователей, однако, не должно противоречить процедуре изменений, осуществляемой Государственным учреждением, в случаях, когда необходимы изменения в спецификации реального обслуживания.

⁴⁷⁹ Если только они не носят исключительный характер, когда Государственное учреждение признает, что не существует разумного способа исследования уровня удовлетворения запросов пользователей.

⁴⁸⁰ Оба эти варианта предполагают, что респондентами будут являться фактические пользователи. Другое предложение заключается в использовании «мнимых покупателей». Мнимый покупатель — это квалифицированное независимое частное лицо, используемое для испытания

поручить осуществление своего собственного исследования независимой третьей стороне в случае его неудовлетворенности исследованием, проведенным самим Подрядчиком, такой вариант осуществляется за счет Государственного учреждения, и такое исследование должно иметь преимущественную силу перед исследованием Подрядчика, если только Государственное учреждение не принимает иное решение. Цель этого заключается в том, что даже если результаты исследования не имеют непосредственного финансового воздействия, данная информация является важной управленческой информацией как для Государственного учреждения, так и для Подрядчика. Невыполнение исследования должно само по себе повлечь за собой выплату штрафа в соответствии с механизмом платежей;

— требование представления Подрядчиком за свой счет плана по исправлению недостатков в случае низкого уровня удовлетворения. В данном плане должна быть изложена точка зрения Подрядчика на то, почему измерения в данном исследовании показали столь низкий уровень удовлетворения, его запланированные действия по его усовершенствованию постольку, поскольку оно (с его точки зрения) связано с его производительностью, и его предложения по оценке эффективности данных действий (например, включение вопросов по существу в следующее исследование). «Низкий уровень» удовлетворения должен быть предусмотрен в Контракте, где только возможно, но можно запланировать его улучшение на первоначальный период и обеспечить его проверку после, к примеру, пяти лет работы. Предоставление плана требует некоторого времени, затрачиваемого на управление, и поэтому он влечет за собой косвенные финансовые издержки для Подрядчика, но он должен служить главным образом в качестве средства гарантии того, что проблемы, связанные с удовлетворением запросов пользователя, будут рассмотрены Подрядчиком со всей серьезностью; и

— результаты исследований уровня удовлетворения запросов пользователей должны рассматриваться как надлежащее доказательство постольку, поскольку они касаются соответствующего поставщика услуг в оценке лиц, занимающих определенные должности для тестирования рынка способов управления.⁴⁸¹

аспектов оказания Услуги; это снижает уровень субъективности, так как они будут применять одни и те же стандарты повсюду. Обычное использование сторонних организаций, включая «мнимых покупателей», вероятно, повлечет за собой расходы, которые могут негативно повлиять на соотношение цены и качества во всех проектах, кроме самых крупных.

⁴⁸¹ Важно, чтобы должностное лицо не столкнулось с «дополнительным» испытанием во время рыночных проверок, по результатам которого посторонние лица не оцениваются, при том что данное испытание дает положительные результаты удовлетворения запросов пользователей. Предпочтительнее, чтобы должностное лицо и посторонние лица оценивались по их способности оказывать Услуги, и обычно должен осуществляться поиск лиц, способных дать рекомендации на новых потенциальных поставщиков Услуги; в отношении должностного лица Государственное учреждение предоставляет прямые доказательства на основании таких критериев оценки. Государственные учреждения должны разъяснить в положениях о рыночных испытаниях, что результаты исследования удовлетворения запросов потребителей можно использовать таким образом.

7.9.6. Что касается санкций за плохое удовлетворение запросов пользователей, Государственные учреждения должны рассмотреть следующие потенциальные подходы:

— незамедлительный прямой финансовый вычет (например, установленная сумма на процентный пункт, не достигающая заранее согласованной базы, которая должна оставаться постоянной или регулироваться для отражения обязательств по постоянному усовершенствованию). Цель таких вычетов должна быть обусловлена величиной денежной оценки, и они, вероятно, будут достаточно небольшими;

— утверждение точек производительности, рассматриваемых таким же образом, как и точки других типов ошибок производительности там, где используется такая система;

— описанный выше план по исправлению может быть связан с вычетами, если его принятие не влияет на удовлетворение запросов пользователей;

— низкий уровень удовлетворения может потребовать от Подрядчика проведения более всестороннего аудита производительности (за счет Подрядчика) в отношении механизма. Фактически это представляет использование данных о плохом удовлетворении в качестве инструмента обеспечения строгого применения «стандартных» элементов механизмов платежей, и это является косвенным подходом к оказанию финансового воздействия на плохое удовлетворение запросов пользователей; и/или

— привязка вычетов к жалобам или звонкам в службу помощи.

7.9.7. Государственные учреждения должны решить, стоит ли делать вычет из унитарного сбора за плохое удовлетворение или из вознаграждения за сверхпроизводительность, или и из того и другого. Платежи, привязанные к удовлетворению запросов пользователей, должны быть областью, в которой высоко ценится вознаграждение за сверхпроизводительность (см. Раздел 7.2.6), и в этом случае поощрение может сыграть двойную роль.

7.9.8. Так же, как и в случае с другими элементами механизма платежей, Государственные учреждения должны согласовать детали процесса измерения и финансовые последствия перед назначением победившего претендента (например, они должны согласовать проект и содержание анкеты, требуемых баллов, объем выборки / процесс идентификации и подробности того, кто, как и когда будет проводить опрос).

7.9.9. Лучший подход к выбору групп пользователей для исследования уровня удовлетворения будет зависеть от конкретного проекта. Во многих проектах существует ряд различных «пользователей», от руководства исполнением контракта внутри Государственного учреждения (например, в местном государственном учреждении), местного руководства учреждения (например, директора школы) до обслуживающего персонала (например, учителей) и широкого круга заинтересованных лиц (например, учеников или их родителей). Любой стороне может быть более удобно исследовать одни группы, а не другие, в зависимости от отношений с участвующими сторонами.

7.9.10. В некоторых случаях критерием измерения результатов оказания Услуги в целом может служить соотношение цены и качества, что отражает

производительность служащих государственного сектора и служащих Подрядчика вместе, например, здоровье или образовательные результаты по сравнению с соответствующей группой, с которой проводится сопоставление. Это смещает акцент с деятельности Подрядчика, но является более объективным, хотя это может быть более подходящим для платежей за сверхпроизводительность, чем для вычетов.

7.9.11. Государственные учреждения могут определять требования, выполнение которых необходимо для удовлетворения запросов пользователей до осуществления частной финансовой инициативы, там, где есть такая возможность (например, для проекта восстановления здания), или результаты подобных проектов (например, тех, которыми руководят спонсоры того же самого проекта или Государственные учреждения).

CONTENTS

Preface	5
<i>Tatiana AKULINA</i> akulinati@yandex.ru	
Comparative analysis of the legal aspects of the admission to work of medical workers in Russia and France	7
M.-L. MOCA-ANGER “Medical Law” (<i>extraction</i>) (<i>Translated from French</i>)	26
<i>Tatiana ALEXEEVA</i> talxeeva@hse.spb.ru	
Constitutional Statute of Kings in Spain (XIX–XXI centuries)	36
Constitutional Project of J. Bravo Murillo (December, 1, 1852) (<i>Translated from Spanish</i>)	59
<i>Alexander VOLKOV</i> akvolkov@hotmail.com	
Legal Regulation of Foreign Investments in Gas Producing Industry of Russia and China	64
Order of the State Council of the People's Republic of China № 131, 7 October 1993 “Regulation of Foreign cooperative exploitation of onshore Petroleum Resources” (<i>Translated from English</i>)	115
<i>Alexander GURKOV</i> gurkov.alexander@gmail.com	
Antitrust Legislation as an Element of Public Policy in International Arbitration in Russia	121
Judgment of the European Court of Justice of 1 June 1999 Eco Swiss China Time Ltd v Benetton International NV (<i>Translated from English</i>)	130

Anna LAPTEVA

laptevaann@rambler.ru

The Chinese system of patent legislation	143
Protection Measures for Intellectual Property Rights during Exhibitions 2006 (<i>extraction</i>) (<i>Translated from English</i>)	154
Rules for the Implementation of the Patent Law of the People’s Republic of China, 2001 (<i>extraction</i>) (<i>Translated from English</i>)	156
Regulations on Patent Commissioning, 1991(<i>extraction</i>) (<i>Translated from English</i>)	159

Irina MAKAROVA

irina.a.makarova@gmail.com

Protection of intellectual property in The South African Republic	161
Schedule 3 “List of classes of goods and services (Nice classifications)” of Trade Marks Regulations — GN R578-95 (<i>Translated from English</i>)	169

Dmitriy V. NEFYODOV

dnefedov@hse.spb.ru

Basic principles of the design of the financial system BRICS	173
--	-----

Polina RYABINCHUK

pryabinchuk@hse.spb.ru

Public Private Partnership (PFI) in the construction industry in Russian Federation and Great Britain	182
Chapter 7 “Price and payment mechanism” of Standardization of PFI Contracts (Version 4, March 2007) (<i>extraction</i>) (<i>Translated from English</i>)	197

*The studies were implemented in the framework of the Programs of Fundamental
Studies of the Higher School of Economics in 2012.*

**СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЙ АНАЛИЗ
В ИССЛЕДОВАНИЯХ
ПРАВОВЫХ ИНСТИТУТОВ И ЯВЛЕНИЙ
В ОТРАСЛЕВОМ, СТРАНОВЕДЧЕСКОМ И
ВРЕМЕННОМ АСПЕКТАХ**

*Труды Лаборатории
сравнительно-правовых исследований
Часть II*

Лицензия ЛР № 020593 от 07.08.1997

Налоговая льгота — Общероссийский классификатор продукции
ОК 005-9, т. 2; 95 3004 — научная и производственная литература

Подписано в печать 24.12.2012. Формат 60x84/16
Усл. печ. л. 14,0. Уч.-изд. л. 16,1. Тираж 100. Заказ ____.

Отпечатано с готового оригинал-макета, предоставленного авторами,
в типографии Издательства Политехнического университета.
195251, Санкт-Петербург, Политехническая ул., 29