

В.І. ТРУБА, В.А. ЗАВЕРТНЕВА-ЯРОШЕНКО

В'ячеслав Іванович Труба, кандидат юридичних наук, професор, заслужений юрист України, декан економіко-правового факультету Одеського національного університету імені І.І. Мечникова

Валерія Адольфівна Завертнева-Ярошенко, старший викладач Одеського національного університету імені І.І. Мечникова

РОЗВИТОК КОНЦЕСІЙНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ В КОНТЕКСТІ ЄВРОІНТЕГРАЦІЙНИХ ПРОЦЕСІВ

Головною рушійною силою, що лежала в основі доцільності застосування у господарській діяльності договірних відносин між державою та приватним інвестором, була нагальна необхідність вирішити питання підвищення ефективності в тих сферах, де рівень надання соціально важливих послуг або результатів виробничої діяльності не міг бути забезпечений державою, як єдиним власником цих активів, на належному рівні сучасних вимог. Проблема взаємовпливу і взаємозалежності євроінтеграції України та її демократичного розвитку робить одним із важливих напрямів наукового пошуку визначення мотиваційних складових євроінтеграційних процесів. Декларований Україною курс на інтеграцію в Європу вимагає формування європейських стандартів як в політиці, так і в законотворчій діяльності. Обставинами, що спонукали до винайдення та впровадження нових форм взаємовідносин між державою та приватним інвестором, що відповідають сучасним потребам, були та залишаються процеси, які відбуваються як на міждержавному рівні, так і на внутрішньодержавному (для окремо взятої країни). До першої категорії, як визначає переважна більшість дослідників, належать об'єктивні наслідки хвиль економічних криз та розв'язання глобальних завдань геополітичного рівня, а до другої категорії (внутрішньодержавного значення) – рівень економічного розвитку і правового забезпечення та ряд суб'єктивних наслідків (корупція, бюрократичні перепони, зловживання в судовій системі, ментальне ставлення до захисту права власності та інші).

Маємо констатувати, що, на жаль, реальне сьогодення України охоплює всі перелічені вище обставини. Відповідно, постає питання архіважливого державного значення щодо необхідності дослідження концептуальних засад вдосконалення концесійного законодавства як правового підґрунтя в контексті обраного Україною шляху до країн ЄС. Таке бачення має забезпечити вирішення не лише суто економічних проблем, а й забезпечити суверенітет країни в цілому.

Активні спроби досягти результату у визначеному секторі були зроблені у березні 2018 р. прийняттям до першого читання Проекту Закону України «Про концесії» № 8125¹, що розроблявся за участю експертів ЄБРР. Даний проект покликаний не лише впорядкувати наявні концесійні закони, а й гармонізувати їх до вимог європейського законодавства. Проте аналіз зазначеного Проекту дає змогу зосередитись на певних його перевагах та неприхованих недоліках.

Сьогодні концесія є найбільш популярним видом державно-приватного партнерства (як в Україні, так і за кордоном) у більш ніж 120 країнах світу, де активно використовуються переваги правового забезпечення держави та приватного інвестора на основі концесійних договорів².

Слід зазначити, що попри наявні у ЗМІ деякі критичні зауваження, цілісного аналізу взаємопов'язаних положень, в тому числі, які базувалися на аналізі проекту в контексті гармонізаційних процесів, наразі немає.

Так, ми ставимо за **мету** у представлений статі дослідити та провести аналіз запропонованих у проекті Закону України «Про концесії» норм щодо вдосконалення концесійного законодавства в контексті євроінтеграційних та гармонізаційних процесів до законодавства ЄС, а також надати пропозиції з удосконалення підходів до правового забезпечення концесійного законодавства.

Констатуємо беззаперечний факт, що концесія залишається найбільш затребуваною формою ДПП (як в світі, так і в Україні), проте об'єктивним є факт того, що в сукупності концесійні договори в Україні лише у незначній кількості можуть претендувати на роль тих, що виконують системозабезпечуючу функцію. Така ситуація продиктована незначною питомою вагою більшості концесійних проектів в Україні, а також тим, що здебільшого вони впроваджуються у сфері житлово-комунальних послуг та у сфері надання соціально-торговельних послуг, хоча сам механізм концесії ідеологічно започатковувався для реалізації значущих проектів інфраструктурного значення та підвищення ефективності використання державних активів, що внаслідок забезпечення державних функцій не можуть перебувати у приватній власності.

Вищезазначене передбачає доволі складне гіпотетичне запитання, на яке, тим не менш, ми намагаємось дати відповідь шляхом аналізу концептуальних засад вдосконалення концесійного законодавства в контексті

цінностей ЄС. Це запитання наступне: чи зможе новий Закон «Про концесії» забезпечити необхідний правовий режим захисту і заінтересованості прав та інтересів публічно-правових та приватноправових сторін сприяти залученню необхідного обсягу інвестицій в українську економіку? Не зменшуючи значущості супутніх політичних, економічних та соціальних умов, які визнаються складовими елементами інвестиційного клімату, ми маємо проаналізувати правове підґрунтя як базисний елемент очікуваних змін. Статистичні дані Національного банку України свідчать про суттєве зменшення чистих надходжень прямих іноземних інвестицій в економіку, які становили 2,307 млрд доларів, що на 29,4 % менше у 2017 р., ніж у 2016 р., коли було інвестовано 3,268 млрд доларів³. На таке зниження, безумовно, впливає існуючий в Україні воєнно-політичний стан, проте не можна оминати увагою і такі негативні складові, як корупція та політична нестабільність.

Одним із шляхів, які мають забезпечити позитивні зміни, є практика розширення ДПП, що повинна базуватись на новому законі про концесії. Укладення договору між державою та інвестором є доволі ефективним способом сприяння оздоровленню інвестиційного клімату, модернізації інфраструктури та пожевлення соціально-економічного стану в державі шляхом створення нових робочих місць. Все це має забезпечуватись шляхом взятих на себе зобов'язань з боку інвестора щодо створення або відновлення об'єктів інфраструктури в обмін на право, надане державою експлуатувати об'єкт концесії та отримувати дохід протягом певного періоду.

Статистичні дані з відкритих джерел демонструють неситне зростання популярності та затребуваності, за останні 30 років, договорів ДПП у країнах ЄС та сприяли залученню інвестицій на суму, що наближається до 500 млрд євро. Зазначена динаміка є безумовним прикладом для нашої держави та стимулом для подальшого вдосконалення концесійного законодавства на основі досвіду ЄС.

Новий законопроект «Про концесії» містить перспективні напрацювання щодо низки нововведень, серед яких можна відмітити розширення суб'єктного складу концесійних правовідносин, доволі сміливий підхід щодо механізмів обрання концесіонера, розширення повноважень органів виконавчої влади та місцевого самоврядування, а також ряд неоднозначних ініціатив, які стосуються механізмів забезпечення концесійного договору шляхом внесення відповідних змін у закріплення положень щодо об'єктів концесійної угоди, мінімальних строків дії концесійного договору, стимулів фінансування та механізмів забезпечення інвестора гарантіями надання земельної ділянки. До вищезазначеного можна віднести також низку інших новел, зокрема щодо сплати концесійних платежів, певні преференції у галузі будівництва та експлуатації автомобільних доріг, морських портів та аеропортів, утилізації та переробки відходів, в енергетичній, соціальній та медичній сферах. Звісно, що всі ці позитивні зрушення можуть бути реалізовані шляхом прийняття підзаконних нормативно-правових актів, насамперед тих, що стосуються моніторингу виконання концесійних договорів, перевірки об'єктів оренди, які плануються до передачі у концесію та внесення відповідних змін до Закону України «Про державно-приватне партнерство»⁴, що містить загальні норми щодо реалізації концесії як форми такого партнерства.

Перелічені нами вище новели законопроекту «Про концесії» мають всі підстави ототожнювати з позитивним сприйняттям і відповідним очікуванням підвищення інвестиційної активності та розвитку ДПП зокрема.

Зупинимось більш детально на вже визначених нами складових у контексті правових наслідків, що будуть знаходитись в основі як правового тлумачення, так і майбутнього правозастосування при регулюванні правовідносин між суб'єктами публічно-правових та приватноправових сторін, що гіпотетично становитимуть суб'єктний склад зазначених правовідносин. Відповідний аналіз треба розпочати саме із *суб'єктного складу концесійних правовідносин*, який, як нами вже було зазначено, розширений даним законопроектом, адже називає учасниками зазначених правовідносин гіпотетичних кредиторів, суб'єктів, на яких покладено функції техніко-економічного обґрунтування проєктів, в тому числі міжнародні фінансові організації (ЄБРР та ін.), суб'єктів, що виконуватимуть дорадчі та експертні функції, розробників техніко-економічного обґрунтування проєктів, а також радників і надавачів інших необхідних послуг для забезпечення та супроводження проєктів у майбутньому. Розширений суб'єктний склад об'єктивно очікувано має забезпечити прозорість процесу вибору концесіонера та, відповідно, ефективність самої концесії. На відміну від чинного Закону України «Про концесії», законопроект зосереджує увагу на тому, що нерезиденти, виступаючи у концесійному конкурсі, можуть бути лише у формі об'єднань юридичних осіб, а у випадку виграшу в конкурсі – мають створити в Україні юридичну особу.

Окремої підтримки заслуговує підхід, покликаний захистити державний інтерес України на сучасному етапі, враховуючи агресію Росії. Так, законопроект забороняє участь у конкурсі суб'єктів юрисдикції країни-агресора, суб'єктів, зареєстрованих в офшорних юрисдикціях, а також тих суб'єктів, бенефіціарами яких є резиденти країни-агресора.

Окремої уваги та підтримки заслуговує новела, що покликана забезпечити статус ініціатора щодо укладання угоди ДПП у формі концесії як державою, так і приватною компанією. Отже, законопроект визнаватиме ініціаторами пропозицій щодо концесії не лише органи виконавчої влади, місцевого самоврядування та державні підприємства, а й інвесторів, що заінтересовані в інвестуванні в українську економіку. Таке закріплення статусу учасника лише через ініціювання концесійного договору або означення заінтересованості в його укладенні спонукатиме відповідальних державних чиновників розглянути відповідні пропозиції, що лежатиме в основі підвищення уваги, конкурентної оцінки наявних активів та, в кінцевому результаті, ефек-

тивного їх використання і прозорості правового супроводження фінансово-звітної документації, розподілу прибутків та відповідного стану активів, що перебувають у державній власності.

Також важливою новелою, що має безпосередній зв'язок із розширеним суб'єктним складом, має сприйматись ініціатива щодо не обов'язковості проведення тендеру при виборі концесіонера. Зазначена ініціатива хоч і надає більшої свободи учасникам даних відносин, проте може сприйматись як позитив виключно у разі, якщо запропонована процедура прямих переговорів буде чітко врегульована підзаконними нормативними актами та передбачатиме необхідний рівень публічності прийняття таких рішень, забезпечення прав інших інвесторів через дотримання їх права також брати участь у прямих переговорах та інших важелях, що забезпечуватимуть рівні права потенційних інвесторів. Саме такий підхід сприятиме зростанню кількості об'єктів концесії та кількості потенційних інвесторів. Поряд із тим слід підтримати авторів законопроекту, які обгрунтовано вважають винятком із цього правила ситуації у таких випадках, як: укладення концесійних договорів, спрямованих на забезпечення національної безпеки та оборони, а також тих випадків, коли укладання угоди безпосередньо пов'язано з наявністю у концесіонера виключних прав на використання об'єктів права інтелектуальної власності, високотехнологічних методів виробництва, авторських прав, ноу-хау, інноваційних технологій тощо. Проте навряд чи можна сприймати позитивно пріоритетну ініціативу, що надійшла від чинного орендаря державного майна. Правову оцінку останньої буде надано нами нижче, адже спрощення процедури для інвесторів містить певні корупційні ризики.

Наступною новелою, що потребує окремої уваги, є можливість *фактичної трансформації оренди об'єктів державної власності у концесію*. Наявність прямих переговорів з орендарем за умови дотримання вимог щодо строку дії договору, відсутності істотних порушень договору оренди, а також визначеними в законопроекті вимогами до орендаря як майбутнього концесіонера не можуть розглядатись як такі, що містять повноту їх тлумачення. Так, зовсім не зрозумілим є визначення істотних умов, що не порушуються орендним договором, а також обсягу концептуального обгрунтування доцільності укладення концесійного договору орендарем.

Логічним продовженням позитивних змін є *зниження мінімального строку дії концесійного договору з 10 до 3 років*. Такий підхід щодо зниження мінімального строку дії концесійного договору надає потенційні можливості сторонам більш гнучко підходити до прогнозування очікуваних результатів, формувати конкретизовані вимоги до проекту у меншому часовому проміжку, а також приймати конкретні фінансові та юридичні рішення щодо отриманих результатів діяльності та можливості ущільнити регулярність оцінки поточних показників діяльності у разі виникнення необхідності, продиктованої специфікою процесу.

Необхідність вирішення питання щодо залучення нових інвестицій спонукало авторів до більш гнучкого підходу до *фінансування концесійних проектів*. Зокрема, законопроектом передбачається державне фінансування як плата за готовність об'єкта концесії. Чинне законодавство, на відміну від законопроекту, передбачає фінансову участь держави виключно у формі дотацій об'єктів важливого соціального значення низької рентабельності. До заохочувальних важелів можна віднести також можливість вільного обрання процедури вирішення спорів, до яких законодавець відносить спосіб, що опосередковує участь незалежної сторони та широко застосовується у міжнародному праві як медіація. Крім того, очікувано позитивний результат має бути забезпечений такими законодавчо прописаними опціями, як можливість сторонам звернутись до національного, міжнародного або інвестиційного арбітражу, а також норма, що засвідчує не обов'язковість врахування попередньої експертної оцінки. Все це в сукупності є безумовним стимулом для потенційного інвестора, особливо в контексті правового розуміння цінностей, що забезпечують права інвестора у праві економічно розвинутих країн.

Не можна оминати увагою інші питання, що покликані забезпечити інтерес інвестора, а саме запропонований авторами *механізм забезпечення інвестора земельною ділянкою*, необхідною для дієвості концесійної угоди. Ця норма, хоч і має доволі обгрунтовані погляди опонентів, проте у разі логічного впорядкування на підзаконному рівні необхідних супутніх процедур, теж сприятиме позитивному результату. Так, проект передбачає, що концесіодавець має забезпечити концесіонера протягом дев'яти місяців з дня укладення концесійного договору земельною ділянкою. Проте позитивні наміри можуть бути нівельовані залишенням без додаткового правового врегулювання такої істотної умови, як покладення всіх необхідних витрат на концесіонера із забезпечення концесіодавцем земельною ділянкою. Адже, якщо земельна ділянка не знаходиться у розпорядженні органів державної влади або цілісного майнового комплексу, або перебуває частково за межами цілісного майнового комплексу, правове забезпечення надання в користування такої земельної ділянки буде супроводжуватись, згідно з діючим цивільним законодавством та підпорядковуватись нормам щодо вилучення об'єктів цивільних прав у зв'язку із суспільною необхідністю та не гарантуватиме наперед визначеної суми відшкодування власнику, не кажучи про те, що таке відшкодування має бути попереднім та повним. Тобто, концесіонер практично знаходиться в залежності від необхідності суттєвого витрачання коштів лише за місце розташування об'єкта концесії.

До перманентних позитивних для концесіонера умов можна віднести і *можливість переходу до концесіонера певних прав та обов'язків підприємства, активи якого передаються у концесію*. Проте таке право не вважається нами стабільним, адже є цікавим для потенційного інвестора лише за умови, що правонаступництво концесіонера не буде знаходитись в залежності від можливого стану підприємства у разі перебування останнього у стані ліквідації. У цьому випадку зазначена ініціатива збільшує ризик інвестора внаслідок можливих значних, непередбачених витрат, що будуть спрямовуватись на покриття заборгованості підприємства,

а також компенсації зобов'язань за невиконаними судовими рішеннями та відкритими виконавчими впровадженнями. Без наявності таких застережень вищезазначена новела має сприйматись як перспективна.

В основному проект сприймається як такий, що має на меті забезпечити прозорий та простий механізм концесії на основі загальноприйнятих напрацьованих і підтверджених часом світовими економічно розвиненими країнами здобутків, але за умови, як ми зазначали раніше, його доопрацювання та регламентування на підзаконному рівні деяких положень, що покликані забезпечити технічне супроводження пріоритетних напрямів удосконалення концесійного законодавства.

Такими складовими, які мають бути додатково доопрацьовані та регламентовані на підзаконному рівні, є положення, що не дозволяють сприймати їх цілісну та завершену норму внаслідок гіпотетичного існування можливих негативних наслідків її застосування в існуючому виді. Такі негативні моменти проекту Закону України «Про концесії» від 15 березня 2018 р. починаються із самого визначення концесії як правового поняття, обтяженого недоцільною кількістю надбудови, що призводить до колізійності його застосування. Так, у проекті Закону України «Про концесії» пропонується концесію визначити як форму державно-приватного партнерства, яка полягає в наданні концесієдавцем концесіонеру права на створення та/або будівництво (нове будівництво, реконструкцію, реставрацію, капітальний ремонт та технічне переоснащення), та/або управління (користування, експлуатацію, технічне обслуговування) об'єктом (об'єктами) концесії, та/або надання суспільно значимих послуг в порядку та на умовах, визначених концесійним договором, і передбачає передачу концесіонеру переважної частини операційного ризику, який охоплює ризик попиту та/або ризик пропозиції. Це означає, що за умов експлуатації, відповідно до умов концесійного договору, концесіонеру не гарантується окупність зроблених інвестицій або витрат, які виникли під час виконання робіт чи надання послуг, відповідно до концесійного договору, та переважно отримує плату прямо або опосередковано від користувачів. Цитоване визначення навряд чи може сприйматись як лаконічне, а тим більше легке для сприйняття потенційними інвесторами внаслідок важкості та невідповідності канонам правотворчості. На підтвердження можна привести інакше визначення поняття концесії в законодавстві інших країн, наприклад Закон Республіки Білорусь «О концессиях» від 2013 р. визначає концесію як засноване на концесійному договорі право володіння та користування об'єктом концесії або право на здійснення такого роду діяльності⁵. Названий вище закон чітко закріплює і визначення об'єктів концесії, як об'єкти, що знаходяться в республіканській власності, а також інші об'єкти концесії, що перебувають у власності держави, але не належать до об'єктів концесії адміністративно-територіальних одиниць, види діяльності, за винятком об'єктів концесії, відомості щодо яких є державною таємницею, та об'єктів концесії, що мають стратегічне значення для Республіки Білорусь.

Переважна більшість Європейських країн застосовує праворозуміння концесії як трасту держави до третьої особи на підставі повноважень щодо повного або часткового управління об'єктами, що належать до компетентного управління державою та наданих органом державної влади.

Заслугує на увагу також обов'язкове застосування директив, що встановлені ЄС, де участь держави перевищує у проекті 50 % концесійного фінансування та не може надаватись приватному оператору внаслідок поширення на нього правил відносно особливостей державних проектів в європейських країнах.

Окремої уваги у нашому дослідженні набуває значимість як у суто теоретичній, так і у практичній площині (у разі впровадження у дію нового законопроекту № 8125 «Про концесію»). Зазначений документ є результатом законодавчої ініціативи Уряду, проте процедура його проходження у Верховній Раді була досить складною через велику кількість зауважень при слуханні у профільному комітеті та ініціювання необхідності доопрацювання.

Не піддаючи сумніву важливість прийняття зазначеного документа для України, ми насамперед розуміємо важливість впровадження таких важелів економіко-правового заохочення суб'єктів господарювання, що здатні виконувати функції інвестора та забезпечити, за словами першого віце-прем'єра Степана Кубіва, модернізацію інфраструктури України у розмірі понад 35 млрд доларів⁶. Зрозуміло, що саме ДПП може стати одним із дієвих механізмів розвитку інфраструктури України, а концесія, як найпоширеніша форма ДПП, передбачає, що держава передає об'єкти, якими вона володіє, приватному бізнесу в оренду з метою залучення приватних інвестицій для модернізації, створення нової інфраструктури та надання якісних суспільно значущих послуг.

Чинний Закон України «Про концесії», що діє з 1999 р., наразі втрачає свою актуальність через невідповідність сучасним міжнародним механізмам, що застосовуються для заохочення приватних інвесторів для реалізації дієвості ефективного ДПП.

Суб'єкт законодавчої ініціативи в особі Міністерства економічного розвитку і торгівлі (далі – МЕРТ) у зазначеному законопроекті акцентує увагу на важливості нововведень, що, на думку розробника, мають активізувати відносини у формі ДПП внаслідок їх відповідності сучасним тенденціям. Безперечно, до таких можна віднести насамперед те, що ініціатором концесії можуть бути органи державної влади, в управлінні яких перебувають відповідні об'єкти, або органи місцевого самоврядування, держкомпанії, а також потенційні концесіонери, а також термін укладення угоди до 50 років та можливість застосування концесії у будь-якій сфері господарської діяльності як на загальнодержавному, так і на місцевому рівнях (дороги, порти, вокзали тощо).

Загалом, позитивно сприймається позиція суб'єкта законотворчої ініціативи (МЕРТ) сприяти прозорості укладення концесійних угод, що має бути досягнуто успішним проходженням потенційним інвестором чотирьох етапів концесійного конкурсу, а саме:

- 1) попереднього відбору претендентів;
- 2) подачею конкурсної пропозиції;
- 3) оцінки конкурсної пропозиції переможця;
- 4) подальші переговори з переможцем.

Також законопроект наголошує на важливості здійснення контролю концесіодавцем, як особі МЕРТ, так і інших державних органів та органів місцевого самоврядування, що мають безпосереднє відношення до укладеного договору.

Разом із тим поверхове викладення позитивних особливостей, що спрямовані на прозорість, спрощення та правове забезпечення укладених договорів ДПП, можуть бути легко нівельовані завдяки впровадженню не доопрацьованих норм, саме покликаних на спрощення цієї процедури. Такі «не доопрацьовані норми» є негативними моментами та можуть бути розподілені нами на основні три групи щодо наслідків їх впливу.

До *першої групи* ми відносимо врегулювання питань, що пов'язані з процедурою виділення земельних ділянок для концесійних проектів, адже законопроект передбачає, що для переможця конкурсу має бути автоматично врегульовує питання виділення земельної ділянки. Таке автоматичне забезпечення інтересів інвестора «під ключ» може бути «послугою на шкоду», адже за прихованим наміром надати додаткові гарантії може бути безпрецедентний механізм незаконного припинення права власності та права користування земельною ділянкою без рішення суду, якщо земельна ділянка потрібна для здійснення концесійної діяльності, але перебуває у власності суб'єкта, що не погоджується надати її для реалізації концесійного проекту. Крім того, такий підхід вирішення «земельного питання» може мати не лише приховані ризики для інвестора, а й прецедент на загальнодержавному рівні, що підриває одне з основних доктринальних положень про право власності, що базується на фундаментальному розумінні забезпечення рівності всіх суб'єктів у захисті права власності як приватного, так і публічного права. Особливої шкоди фундаментальному розумінню непорушності права власності може завдати взагалі не зрозуміла ініціатива позбавити права оскарження рішення про відчуження земельної ділянки у суді. Вважаємо, що такий підхід забезпечення інтересів інвестора «під ключ» може створити проблеми у зворотному напрямі – від глобального розуміння про неминучість «колапсу» внаслідок порушення конституційних гарантій забезпечення захисту права власності, кодифікованих норм щодо процедури передання земельної ділянки внаслідок існування суспільно важливих інтересів, і аж до поодиноких випадків, коли потенційний інвестор поглиблено ознайомиться з існуючою нормою та небезпідставно визначить свій ризик як такий, що може мати непередбачені наслідки та відмовитись від ідеї укладення договору взагалі. Тому не варто очікувати збільшення активності потенційних інвесторів, якщо в Україні на рівні закону буде дозволено без суду забирати землю у власника без можливості судового захисту, тобто відібравши приватну земельну ділянку оскаржити в судовому порядку можна буде виключно суму компенсації, а не сам факт незаконного позбавлення права власності, що однозначно буде «на руку» представникам олігархічних кланів та пов'язаних із ними структурами. У сукупності все це має сприйматись як цілеспрямоване відлякування інвесторів або як недолугість та відсутність кваліфікації у авторів. Окремою проблемою, що належить до групи колізійних питань, пов'язаних із забезпеченням інвестора земельною ділянкою «під ключ», може бути ситуація, коли рішення про укладення концесійного договору приймає один орган (наприклад, Мінінфраструктури), а надання земельної ділянки (земельних ділянок) має бути погоджено з іншими органами (наприклад, з обласною державною адміністрацією та/або місцевим органом самоврядування). У таких випадках мають бути вирішені на законодавчому рівні питання щодо передачі управління земельними ділянками до сфери управління профільного державного органу.

До *другої групи* негативних моментів ми відносимо суб'єктивні, проте такі, що породжені особливостями соціально-економічних складових та ментального сприйняття ведення бізнес-проектів в Україні. Цю групу становлять ризики, що можуть виникнути внаслідок зловживання запропонованими нормами найбільш спроможними в економічному розумінні олігархічними структурами, що безпосередньо пов'язуються з корупційною складовою. Насамперед йдеться про існуючу в законопроекті норму, що передбачає можливість обрання концесіонера за результатами прямих переговорів з концесіодавцем. По-перше, ми не маємо чіткого розуміння та пропозицій, що повинні мати на меті урегульованість таких переговорів та відповідного прийняття рішення концесіодавцем. По-друге, і наявність резонансних справ це підтверджує, не завжди більшість наших державних службовців пріоритетно керуються інтересами держави, надаючи перевагу деяким бізнесовим традиціям «засівання кабінетів», пояснюючи це особливостями звичаєвого права. Зрозуміло, що такі тонкощі сприйняття звичаю є доволі складним випробуванням та спокусою, що може бути використано саме суб'єктами олігархічних кланів та наближених до них структур. У такому випадку прописана в законопроекті ініціатива обирати концесіонера не тільки шляхом проведення конкурсу, а й за результатами прямих переговорів, має бути досконало врегульована. І, по-третє, право обрання концесіонера за результатами прямих переговорів прямо суперечить задекларованим у законопроекті спробам представити цю процедуру як прозору. Саме це становить серцевину групи корупційних ризиків та можливого впливу олігархічних структур, на що свого часу зверталась увага Головного науково-експертного управління (далі – ГНЕУ) та ряду депутатів при обговоренні законопроекту.

До *третьої групи ризиків* можна віднести доволі суперечливий підхід щодо права передавати майно у складі концесії в оренду, адже автори законопроекту пропонують не поширювати законодавство України про оренду держмайна і порядок списання такого майна на весь строк дії концесійного договору на об'єкт. Така шпаринка дає можливість передачі концесіонеру окремих, відокремлених основних засобів виробництва,

таких як облаштовані шляхи під'їзду, окремі гілки залізничного сполучення, лінії зв'язку, інженерні комунікації електро-, тепло-, водо-, газопостачання не у складі цілісного майнового комплексу (що має забезпечувати концесійна угода), а як відокремлені об'єкти. Це спонукатиме суб'єктів господарювання приватного сектора до пошуку оптимізації своїх витрат, адже закон дозволить використовувати держмайно до 50 років, а не витратити кошти задля його придбання, що є цілком природним, адже закон дозволить такі дії. На нашу думку, це може сприяти не обґрунтованій передачі об'єктів у користування з майже непередбачуваними економіко-політичними наслідками. Такий підхід до модернізації механізму концесії приховує в собі колосальні державні ризики, адже надає заінтересованим особам достатнє поле в правовій площині оптимізувати свою діяльність без врахування державних інтересів. Депутати наводять приклад порту «Південний», глибоководними причалами, землею та облаштуванням якого де-факто користується компанія «Портінвест», що належить Рінату Ахметову. Якщо запрацюють нові правила концесії, ліквідне держмайно порту пріоритетно відійде в концесію «Портінвест» на 49 років. При цьому, якщо власник вантажу та концесіонер порту є однією й тією ж особою, виникне конфлікт інтересів з державою, оскільки власник вантажу заінтересований працювати за мінімальними тарифами на перевантаження, що мінімізує відрахування податків до бюджету⁷.

Проведений нами аналіз свідчить про достатній потенціал для розвитку концесійної діяльності в Україні та відповідного його правового забезпечення задля максимального використання наявних у нашої держави засобів виробництва. Як і будь-яка ініціатива, а тим більше така глобальна задача на державному рівні, як правове забезпечення концесійної діяльності, не може мати не вирішених питань або таких напрямів правового удосконалення, що не підлягають подальшому опрацюванню, адже не помиляється той, хто нічого не робить.

Все вищезазначене допомагає дійти наступних висновків:

1. Не піддаючи сумніву доцільність оновлення концесійного законодавства маємо констатувати, що за час роботи над проектом нового Закону України «Про концесії» та його обговорення відбулось статистичне падіння кількості укладених договорів, що пов'язується, на нашу думку, із негативним впливом на формування концесійних правовідносин завдяки превалюючий публічно-адміністративній складовій у їх регулюванні. Разом із тим аналіз проекту нового Закону України «Про концесії» спонукає до висновку про велику наявність новел щодо спрощення процедури укладання концесійних угод та заохочення приватних інвесторів шляхом додаткових преференцій. Однак немає жодного сумніву щодо необхідності забезпечення державної власності на законодавчому рівні, що передається у концесію, шляхом збереження її за концесіодавцем (державою) за умови наявності будь-яких односторонніх дій, пов'язаних з розірванням договору концесіонером (інвестором).

2. Розробка єдиної узгодженої політики на рівні держави має базуватись на важелях заінтересованості щодо залучення приватного інвестування в галузі державної монополії, що одночасно зменшувало б тягар тиску на концесіонера у вигляді мінімізації обсягу дозвільних повноважень представників влади.

3. Світовий досвід доводить, що соціальний і економічний розвиток країни знаходиться у прямому взаємозв'язку з правовим забезпеченням механізмів концесійного інвестування. Проте керування виключно економічними складовими, як-то підняття якості послуг при збереженні рівня витрат, або їх зменшення при збереженні якості має враховувати особливості процесів економічного розвитку досвіду країн, які мають схожі тенденції з нашою державою.

4. Дієвість кроків, що мають бути спрямовані на вирішення проблеми ефективного залучення інвестицій шляхом укладання договорів про ДПП та концесії, має враховувати певну етапність у вигляді розробки державних інвестиційних проектів, реформи концесійного законодавства та врахуванні інтересів приватних інвесторів саме в площині економічної складової. Зазначене підтверджується гальмуванням існуючого проекту Закону України «Про концесії» у Верховній Раді України. Останнє знаходиться у взаємозв'язку із комплексом проблем, що наразі мають лише теоретичні пропозиції щодо їх вирішення, проте потребують закріплення в системі законодавства України відповідно до існуючої ієрархії правових норм. До таких ми відносимо: колізійність трактування державної підтримки як державної допомоги (що прямо суперечить існуючому визначенням добросовісної конкуренції) через ініціювання різноманітних засобів, спрямованих на податкове стимулювання (податкові пільги) для приватного інвестора; двоякість положення щодо укладання угоди без проведення концесійного конкурсу; колізійність норми та відсутність правового механізму її виконання, що покликана гарантувати надання концесіонеру земельної ділянки, приховує непередбачені правові наслідки для інвестора у вигляді суттєвих додаткових витрат чи ризиків, що лежать в основі відсутності економічної заінтересованості укладання такої угоди взагалі; незрозумілість положення, що «маскує» можливість прихованої приватизації шляхом отримання майна підприємства, яке знаходиться у концесії через процедуру його ліквідації. Ці та інші не доопрацьовані положення мають відповідати логічній завершеності та цільовій спрямованості відповідних норм Європейського законодавства, на які спиралась у розробці проекту нового Закону України «Про концесії» її автори.

¹ Проект закону України «Про концесії» від 15.03.2018 р. № 8125 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=63630

² Концесія: назад в майбутнє. Світовий досвід : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://irisgroup.info/kontsesiya-nazad-u-majbutnje-svitoviy-dosvid/>

Проблеми цивільного та підприємницького права в Україні

³ НБУ констатував зниження прямих іноземних інвестицій за рік на третину : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://ukranews.com/ua/news/544961-nbu-konstatuvav-znyzhennya-pryamykh-inozemnykh-investyciy-za-rik-na-tretynu>

⁴ Закон України «Про державно-приватне партнерство» від 01.07.2010 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2404-17>

⁵ Закон Республики Беларусь «О концессиях» от 12 июля 2013 г. № 63-3 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.pravo.by/document/?guid=3871&p0=H11300063>

⁶ Україні на модернізацію застарілої інфраструктури необхідно 35 млрд. доларів, – МЕРТ : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://www.rbc.ua/ukr/news/ukraine-modernizatsiyu-ustarevshey-infrastruktury-1504855209.html>

⁷ Законопроект про концесію: які небезпеки : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://espreso.tv/article/2018/05/24/zakonoproekt_pro_koncesiyu_yaki_nebezpeky

Резюме

Труба В.І., Завертнева-Ярошенко В.А. Розвиток концесійного законодавства України в контексті євроінтеграційних процесів.

У статті проведено аналіз запропонованих у проекті Закону України «Про концесії» норм щодо вдосконалення концесійного законодавства в контексті євроінтеграційних та гармонізаційних процесів в Україні до законодавства ЄС, а також надано авторські пропозиції з удосконалення підходів до правового забезпечення концесійного законодавства.

Ключові слова: концесія, державно-приватне партнерство, господарська діяльність, державна власність, комунальна власність, Європейська інтеграція.

Резюме

Труба В.І., Завертнева-Ярошенко В.А. Развитие концессионного законодательства Украины в контексте евроинтеграционных процессов.

В статье проведен анализ предложенных в проекте Закона Украины «О концессиях» норм по усовершенствованию концессионного законодательства в контексте евроинтеграционных и гармонизационных процессов в Украине к законодательству ЕС, а также представлены авторские предложения по совершенствованию подходов к правовому обеспечению концессионного законодательства.

Ключевые слова: концессия, государственно-частное партнерство, хозяйственная деятельность, государственная собственность, коммунальная собственность, Европейская интеграция.

Summary

Truba V., Zavertneva-Yaroshenko V. Development of concession legislation of Ukraine in the context of European integration processes.

The article analyzes the proposed in the draft Law of Ukraine «On Concessions» norms for improving the concession legislation in the context of the European integration and harmonization processes in Ukraine to the EU legislation, and presents the author's proposals for improving the approaches to the legal support of concession legislation.

Key words: concession, public-private partnership, economic activity, state property, communal property, European integration.