

УДК 346.5

DOI <https://doi.org/10.33216/2218-5461-2019-37-1-95-102>

ВДОСКОНАЛЕННЯ ЗАКОНОДАВСТВА ПРО КОНЦЕСІЙНУ ДІЯЛЬНІСТЬ В УКРАЇНІ

Терещенко С. В.

IMPROVEMENT OF LEGISLATION ON CONCESSION ACTIVITIES IN UKRAINE

Tereshchenko S.V.

Прокоментовано факт втрати чинності Закону України «Про концесії» (1999 р.) та Закону України «Про концесії на будівництво та експлуатацію автомобільних доріг» (2000 р.). Здійснено аналіз наукових досліджень та коментарів нового закону щодо врегулювання концесійної діяльності. Зокрема, положень про діяльність концесійного підприємця та про концесійні договори. Обґрунтовано авторську позицію щодо господарсько-правового та цивільно-правового регулювання відносин, що виникають на підставі договору концесії.

Виявлено переваги повноти правового врегулювання контролю та моніторингу виконання концесійних договорів за новими законоположеннями у порівнянні з регламентами правового впливу за попереднім законодавством.

Виявлено недоліки запропонованого договірного механізму здійснення концесійної діяльності. Визнано достатнім потенціал нового закону України про концесію для відображення всієї багатоаспектності концесійно-договірних відносин.

Ключові слова: концесія, контроль, моніторинг, виконання концесійних договорів, нові законоположення про концесію, державно-приватне партнерство, господарсько-правове регулювання, цивільно-правове регулювання.

Постановка проблеми. Перед Україною загострюється проблема інвестування та співфінансування галузей промисловості, комунального сектора економіки, видобутку корисних копалин. Наукове опрацювання договірного механізму концесії обумовлене станом дослідження процесів розвитку економіки сучасних країн та вивченням факторів активного поширення різноманітних механізмів взаємодії держави та приватного капіталу з проекцією на господарсько-правовий підхід сприйняття концесії.

Дійсно, за допомогою договірного механізму концесії як форми ДПП можна реалізувати цілеспрямовану систему заходів економіко-правового стимулювання відносин з використанням об'єктів публічної власності на організаційно-майнових засадах, запропонованих як державою та владою адміністративно-територіальних одиниць, так і суб'єктами підприємницької діяльності.

Попри визнання у світі високого потенціалу концесії в Україні жодного масштабного проекту на умовах концесії не було реалізовано. Внаслідок аналізу відомостей центральних та місцевих органів

виконавчої влади в нашій країні укладається обмаль договорів концесії (станом на кінець 2018 року – близько 200). Перевага віддається сфері житлово-комунального господарства.

Стан законодавчого забезпечення концесійної діяльності також не приходиться визнавати задовільним. За висновками фахових експертів та науковців Закон України «Про концесії» (1999 року прийняття) не відповідає передовим міжнародним практикам та сучасним потребам підвищення ефективності економіки країни. Також потребує систематизації низка законів України, що регулюють особливості здійснення концесійної діяльності у різних сферах господарювання. Йдеться про такі Закони України: «Про особливості оренди чи концесії об'єктів паливно-енергетичного комплексу, що перебувають у державній власності» від 08 липня 2011 р. № 3687-VI; «Про особливості передачі в оренду чи концесію об'єктів у сферах тепlopостачання, водopостачання та водовідведення, що перебувають у комунальній власності» від 21 жовтня 2010 р. №2624-VI) та інші.

Внаслідок того, що у Верховній Раді України обговорювався проект нового Закону України «Про концесію» з наступною втратою чинності Закону України «Про концесії» (1999 р.) та Закону України «Про концесії на будівництво та експлуатацію автомобільних доріг» (2000 р.) стала актуальною проблема критичного аналізу оновленого договірної механізму здійснення концесійної діяльності. Прийняття нового Закону «Про концесію» відбулося 03.10.2019 р.

Ціль статті – обґрунтування необхідності змін та аналіз проблем вдосконалення законодавства про концесійну діяльність в Україні внаслідок суттєвої зміни положень нового Закону України «Про

концесію» (2019 р.) у порівнянні з Законом України «Про концесії» (1999 р.).

Аналіз останніх досліджень. Основна частина дослідників з обраної проблематики – це представники науки господарського права. Зокрема, окремі аспекти доцільності запровадження ДПП в Україні висвітлювали Г.Л. Знаменський, О.М. Вінник, В.А. Устименко, Д.В. Задихайло, О.В. Шаповалова, В.С. Мілаш, Р.А. Джабраїлов, О.А. Зуєва, О.Д. Сиротюк, Д.В. Шликов, Г.С. Пілігрим, А.В. Макаренко та інші.

Більшість дослідників обраної проблематики зосереджували свою увагу на окремих договорах. Наприклад, договорі оренди державного та комунального майна – Д.В. Шликов, договору концесії – О.А. Зуєва, Г.С. Пілігрим Л. М. Гончарук, А.В. Макаренко та інші.

Але договори концесії та інші договірні форми ДПП досліджували також представники науки цивільного права І.В. Спасибо-Фатеева, Я.О. Золоєва, Л.М. Гончарук та інші.

Предметом дослідження Л.М. Гончарука було цивільно-правове регулювання відносин, що виникають на підставі договору концесії. Тобто автор досліджував нормативно – правові акти та інші правові документи, що регламентують концесійні відносини, практику їх застосування, відповідні доктринальні теорії концесійних відносин в аспекті не господарського права, а у площині іншої галузевої приналежності, а саме – цивільного права.

І хоча раніше (на аналітичному рівні) вже були обґрунтовані положення, відповідно до яких концесійний договір розглядався як різновид господарських договорів, але сучасна теорія концесійного договору все ще далека від сприйняття її досконалою. Вона має вразливі місця і тому кожне нове дисертаційне дослідження, тим

паче виконане в галузі цивільного права, представляє інтерес.

Виклад основного матеріалу. У пояснювальній записці до проекту Закону України «Про концесію» [1], який розміщено на сайті Верховної Ради України, було обґрунтовано необхідність прийняття зазначеного акту. Серед наведених аргументів зазначено такий, як наближення можливостей та вимог щодо реалізації договорів концесії до стандартів, методології, керівних принципів з метою узагальнення кращих світових практик.

Ці практики містять в собі: можливість залучення радників та незалежних експертів для підготовки проектів ДПП у формі концесії; договірне право заміни концесіонера на іншого концесіонера; особливості концесії на ринках, що перебувають у стані природної монополії, а також -і концесії щодо будівництва та експлуатації автомобільних доріг; процедуру трансформації оренди в концесію у разі відповідного звернення зі сторони орендаря; можливість передачі вирішення спорів, що виникають у зв'язку з виконанням концесійного договору, міжнародному комерційному або інвестиційному арбітражу; чіткий механізм контролю та моніторингу за виконанням концесійних договорів.

Але дійсно актуальним для України фактором удосконалення правового регулювання концесійної діяльності, слід визнати домовленості контрагентів про стратегію концесійної діяльності. Так, контрагенти, які домовляються про умови її здійснення, економічні наслідки, тощо беруть на себе зобов'язання не лише один перед одним як концесіонер і концесіодавець. Вони фактично підтверджують свою спільну спроможність як партнерів виконувати ще й соціально-економічні обов'язки перед державою і споживачами. Намір щодо узгодження стратегії концесійної діяльності

доводиться у період конкурсу, який передуює укладанню договорів концесії.

Тому затребуваною стає норма про конкретизацію вимог щодо стратегії концесійної діяльності та про державний моніторинг виконання стратегічних вимог. Розділ XI зазначеного Закону, який має назву «Контроль, моніторинг та оцінка концесій» сприяє досягненню зазначеної мети. Так, статтею 46 Закону фактично закріплено на новому більш високому рівні вимогу до моніторингу виконання концесійних договорів кожного півроку шляхом звітування про виконання концесійного договору [1, ст. 46]. Попередній Закон не містив такої вимоги. Схожа вимога формулювалася на підзаконному рівні, що не виправдано. Також заслуговують на позитивну оцінку положення статті 47 Закону щодо завершальної оцінки реалізації проекту, що здійснюється на умовах концесії [1, ст. 47].

Порівняльний аналіз двох Законів, дозволяє віддавати перевагу новому з наступних причин. Значення, в якому розуміється «концесійний договір як договір між концесіонером та концесіодавцем, а також за рішенням концесіодавця, третьою особою (особами) на стороні концесіодавця», вказує на його рамочний характер. Для зв'язку рамкового договору із змістом інших договірних інструментів механізму реалізації концесії, надається визначення прямого договору. Він укладається між концесіодавцем, концесіонером та кредитором(ами) та визначає порядок та умови заміни концесіонера, а також може передбачати зобов'язання сторін договору, пов'язаних зі зміною концесіонера. Ще один договір, якому надано визначення у законопроекті - договір про фінансування Його слід розуміти як угоду між концесіонером та кредитором (кредиторами) або їх представниками і укладається він з

метою фінансування проекту, що реалізується на умовах концесії.

Позитивним кроком слід визнати додаткові гарантії для концесіонерів та кредиторів. Це, зокрема, передбачення концесійним договором можливість заміни одного концесіонера на іншого концесіонера внаслідок реалізації права на таку зміну. Право заміни концесіонера здійснюється на конкурсних засадах або шляхом проведення прямих переговорів у разі невиконання ним своїх зобов'язань за договором. Такі випадки визначаються у прямому договорі.

Також пропонується закріпити у ч.7 ст.17 Закону України «Про державно-приватне партнерство» норму про те, що у разі невиконання приватним партнером своїх зобов'язань за договором концесії можна буде звернутися до державного партнера з пропозицією про заміну приватного партнера. Право замінити приватного партнера здійснюється на конкурсних засадах або шляхом проведення прямих переговорів відповідно до порядку заміни приватного партнера за договором. Ще схвальним є спрощення процедур виділення земельних ділянок для здійснення концесійної діяльності.

Водночас недоліком запропонованого у законопроекті договірного механізму здійснення концесійної діяльності слід вважати незавершеність впорядкування вимог щодо домовленості про угодоспроможність концесіонера та про його довгострокову стратегію концесійної діяльності.

Крім того немає підстав вилучати норми статей 407-410 ГК України. Їх виключення нівелює зміст спеціального правового режиму концесії. Встановлення переваг та недоліків господарсько-правового режиму концесії показало оригінальність процедури формування елементів договірного механізму реалізації договорів концесії.

Внаслідок того, що Україна обирає кращі сучасні практики реалізації договірних форм концесії, але при цьому дослідниками не сформовано завершеного уявлення про правову природу зазначеного договору, слід зважати на відмінність у тлумаченні природи концесійно-договірних відносин. Відмінність у тлумаченні є принциповою у вирішенні питання практичної реалізації прав та виконання зобов'язань партнерами. Зокрема, саме поняття договору концесії вивчають представники не лише господарського права, але - й адміністративного права, цивільного права та інших. Але різногалузевий підхід до вивчення проблем, не несуть загрози для «авторитету» будь-якої галузі права. Важливим є обґрунтованість сутності договорів та вимог до їх реалізації. Інша справа - неоднозначність законодавчих положень щодо визначення природи та умов цього договору. У складі договірного механізму реалізації ДПП залишається відкритою ціла низка юридично значущих питань про елементи механізму, процедури реалізації типових вимог та інш. На умовах договору негативно відбивається те, що умови участі у конкурсі та підтвердження перемоги у ньому претендентів у партнери прописані із суттєвими суперечностями.

Використання договірного механізму реалізації ДПП в Україні зазвичай зведено до розробки вимог, зобов'язань та умов їх виконання з оформленням домовленостей про концесію. Водночас важливе місце у комплексі договорів, позначених законодавцем «у межах державно-приватного партнерства» посідають ніяк не поійменовані домовленості про угодоспроможність партнерів, стратегію партнерства тощо. Відсутність узагальненого поняття договору у межах ДПП також призводить до невизначеності його в існуючому правовому полі та, у зв'язку з цим, позбавляє необхідної чіткої правової формалізації зобов'язального складу

відношень ДПП, що призводить до виникнення проблем у правозастосовній практиці.

Отже актуальність розгляду договору концесії як підстави реалізації ДПП обумовлена незавершеністю визначення механізму реалізації ДПП, головне місце в якому посідає важливий елемент, що має назву «договір».

При дослідженні тенденцій тлумачення вітчизняного законодавства про договір концесії як форму ДПП та аналізу підходів щодо обґрунтування його галузевої приналежності необхідно вирішувати низку взаємопов'язаних завдань. Зокрема, узагальнити функціональні можливості науки господарського права у розв'язанні проблемних питань реалізації договору концесії як форми ДПП; прояснити сутність категорії «договір концесії у рамках ДПП»; обґрунтувати висновок про наявність або відсутність в нашій країні передумов для формування господарсько-правових засад реалізації ДПП у порівнянні з цивільно-правовим підходом до регулювання договору концесії.

У своєму дисертаційному дослідженні Л.М. Гончарук обґрунтовує висновок, згідно якого здійснення публічно-приватного партнерства, на якому базується регламентація концесійних відносин, не може бути повною мірою реалізоване в сучасних умовах з причин, які він бачить у галузевому підході до правового регулювання. Зокрема, автор критично висловлюється стосовно заурегульованості в Україні відносин концесії спеціальними законами та типовим договором концесії, які, на його переконання, фактично виключають можливість впливу сторін на формування договірних відносин концесії.

І навпаки, вважає автор, «...регулювання договору концесії у ЦК України з властивими йому засадами та приватно-правовими принципами (свободи договору,

юридичної рівності учасників, добросовісності, розумності та справедливості тощо) могло б забезпечити збалансування інтересів учасників концесійних відносин, перетворити концесію в ефективну форму залучення приватного інвестора у фінансування розбудови вітчизняної економіки» [2, с. 177]. Тобто перевагу тут Л.М. Гончарук віддає саморегулюванню та засуджує заурегульованість.

Вважаємо, у таких сподіваннях слід спиратися на наукове положення, згідно якого «якщо цивільно-договірне регулювання є формою саморегулювання, то основу господарсько-договірного регулювання становить саморегулювання (ґрунтується на принципі свободи договору...), яке доповнюється законодавчим нормуванням відносин, що набувають договірної форми (...у межах, визначених законом). Значення господарсько-договірного регулювання полягає в тому, що завдяки господарським договорам вводиться в дію комплекс правових засобів імперативного та диспозитивного характеру, спрямованих на досягнення оптимальних соціально-економічних результатів, що відповідають інтересам як сторін договору, так і суспільства в цілому» [3, с. 380].

Тому маємо звертати увагу, що правові умови зародження такої договірної форми партнерства як концесія, рівно як і її подальший розвиток, не може бути відірваним від стану розвитку підприємництва та економічних умов його функціонування саме в нашій країні. Але, здається, що вищевикладена пропозиція Л.М. Гончарука про регулювання договору концесії у ЦК України з властивими йому засадами та приватно-правовими принципами, не відповідає повною мірою потребам суспільного розвитку. Аргументи тут надає законодавець та доповнюють його

науковці у своїх науково-практичних коментарях до законодавства.

Про поєднання управлінської компоненти з організаційною компонентою у межах договору концесії свідчить запровадження сучасної технології управління концесійним ДПП. Воно відбувається внаслідок спеціального регулювання відносин ДПП за участі у відносинах ДПП центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері державно-приватного партнерства (ст. 22 Закону про ДПП) [4, ст.5]. Також низка актів Уряду України містить вимоги до концесіонера, які не втискаються у зміст приватно-правових принципів (рафінованої свободи договору, юридичної рівності учасників), на яких наполягає Л.М. Гончарук.

Навпаки, складна природа договору концесії проявляється у тому, що держава виступає відразу в двох іпостасях - як сторона і як гарант дотримання всіх домовленостей за договором. Нічого подібного ніякий договір концесії у рамках концепції Цивільного кодексу надати не зможе.

Отже, якщо спиратися на систему наукових концепцій щодо правової природи концесійного договору як форми ДПП та розкривати його сутність як різновиду господарських договорів, то маємо звернути увагу на окремі спостереження науковців про «вектор» розвитку українського законодавства та критичні зауваження.

Дійсно, важко визнати пропозицію Л.М. Гончарука своєчасною внаслідок відсутності в ній застережень та стримувань, які традиційно закладаються у договірний механізм реалізації ДПП. До застережень та стримувань у договірному механізмі реалізації концесійної діяльності науковці відносять обтяження речового права на нерухоме майно концесіонера, дозвіл на заміну концесіонера як сторони у

концесійному договорі шляхом уступки вимоги чи переведення боргу лише після введення в експлуатацію об'єкта концесії, виконанням умов рамкових договорів ДПП в частині збереження заявленої стратегії досягнення більш високих економічних результатів ніж у разі виконання договірного обсягу державним партнером без залучення приватного та виконання домовленостей про узгодженість економічної стратегії приватного партнера із державною стратегією розвитку економіки в її окремих галузях та ін.

Можливість налаштування договірного механізму ДПП на потреби господарської практики потребує прояснення низки загальнотеоретичних питань визначення ролі господарського законодавства у регулюванні договірних відносин ДПП. Зокрема, відносин організаційно-господарського та господарсько-виробничого характеру, які складають предмет ГК України.

О.В. Шаповалова пов'язує сучасні аналітико-правові проблеми створення ефективного договірного механізму реалізації ДПП із незавершеністю з'ясування змісту регулятивної динамічної функції господарського права.

Для сприяння розвитку концесійних відносин, як таких, що відповідають інтересам суспільства і держави, є необхідним: чітко визначення компетенції органів державної влади у процесі отримання ними статусу концесіодавця та виявлення оптимального типу правового регулювання... відносин на умовах концесійного договору і угод, які йому передують, або супроводжують [5, с. 62]

Отже без переконливого обґрунтування глибокого змісту регулятивної динамічної функції цивільного права на перевагу господарського важко визнати, що потенціал ЦК України буде достатнім для відображення всієї багатоаспектності концесійно-договірних відносин. Навіть у

країнах ЄС, де договірні моделі управління державним майном зближуються і реалізація концесійного законодавства налічує більш ніж вікову історію, існують істотні відмінності у трактуванні поняття договору концесії та розумінні його правової природи.

Тому і оптимальний тип правового регулювання неможливо виявити назавжди. Він опосередковує баланс між свободою господарського договору про здійснення концесійної діяльності та економіко-правовими чинниками, які обмежують свободу у конкретних умовах економічного розвитку відносин у конкретному суспільстві.

За результатом аналізу наукових досліджень, що визначають перспективу затребуваності договірного механізму концесії в Україні, можна дійти висновку про активне вивчення в українській юридичній науці правового регулювання договору концесії. Слід визнати достатнім потенціал нового закону України про концесію для відображення всієї багатоаспектності концесійно-договірних відносин.

Література:

1. Закон України «Про концесію» № 1046 http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/GI00032A.html
2. Гончарук Л. М. Договір концесії. Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 – цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право. – Київ, 2012. - 215 с.
3. Мілаш В.С. Комерційний договір у контексті сучасних ринкових умов : монографія / В.С. Мілаш. – Харків: Видавець ФОП Вапнярчук Н.М., 2007.–440с.
4. Про державно-приватне партнерство: Закон України від 1 липня 2010 р. // Відомості Верховної Ради України. - 2010. - № 40. - Ст 524.
5. Шаповалова О. В. Правове забезпечення підтримки і розвитку господарювання. Монографія / О.В. Шаповалова .– Луганськ: Вид-во СНУ ім. В.Даля, 2004. – 280 с.

6. Макаренко А. В. Правове регулювання концесійно-договірних відносин: дис.... канд. юрид. наук: 12.00.04 – господарське право; господарсько-процесуальне право. – Аліна Вікторівна Макаренко / Київ, 2015.-17 с.

References:

1. Zakon Ukrainy «Pro kontsesiiu» № 1046 http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/GI00032A.html
2. Honcharuk L. M. Dohovir kontsesii. Dysertatsiia ... kand. yuryd. nauk: 12.00.03 – tsyvilne pravo i tsyvilnyi protses; simeine pravo; mizhnarodne pryvatne pravo.– Kyiv.-2012.- 215 s.
3. Milash V.S. Komertsiiyni dohovir u konteksti suchasnykh rynkovykh umov: monohrafiia / V.S. Milash. – Kharkiv: Vydavets FOP Vapniarchuk N.M., 2007.–440s.
4. Pro derzhavno-pryvatne partnerstvo: Zakon Ukrainy vid 1 lypnia 2010 r. // Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy. - 2010. - № 40. - St 524.
5. Shapovalova O. V. Pravove zabezpechennia pidtrymky i rozvytku hospodariuvannia. Monohrafiia / O.V. Shapovalova .– Luhansk: Vyd-vo SNU im. V.Dalia, 2004. – 280 s.
6. Makarenko A. V. Pravove rehuliuвання kontsesiino-dohovirnykh vidnosyn: dys.... kand. yuryd. nauk: 12.00.04 – hospodarske pravo; hospodarsko-protseualne pravo. – Alina Viktorivna Makarenko / Kyiv, 2015.-17 s.

Терещенко С. В. Совершенствования законодательства о концессионной деятельности в Украине. – Статья.

Прокоментировано факт прекращения действия Закона Украины «О концессиях» (1999 г.) и Закона Украины «О концессиях на строительство и эксплуатацию автомобильных дорог» (2000 г.). Осуществлен анализ научных исследований и комментариев нового закона по урегулированию концессионной деятельности. В частности, положений о деятельности концессионера и о концессионных договорах. Обоснованно авторскую позицию по хозяйственно-правового и гражданско-правового регулирования отношений, возникающих на основании договора концессии.

Вьявлены преимущества полноты правового регулирования контроля и

мониторинга выполнения концессионных договоров по новым законоположениями по сравнению с регламентами правового воздействия по предварительному законодательством.

Выявлены недостатки предложенного договорного механизма осуществления концессионной деятельности. Признано достаточным потенциал нового закона Украины о концессии для отображения всей многоаспектности концессионных договорных отношений.

Ключевые слова: концессия, контроль, мониторинг, выполнение концессионных договоров, новые законоположения о концессии, государственное-частное партнерство, хозяйственно-правовое регулирование гражданско-правовое регулирование.

Tereshchenko S.V. Improving the legislation on concession activities in Ukraine. - Article.

Problem setting. Article is devoted: the Legal providing of state-private partnership and problem of his popularization. The is dedicated to complex analysis and research of legal regulation of agreement relations. Concept and features of agreement relations are described herein. Much attention is given to the legal status of the above relations members. We analyzed problems concerning the formation of agreements on the unification of partners and on means to secure the conditions for the realization of their respective economic rights and interests

Analysis of resent researches and publications. The following scientists were engaged in research of the specified question: Znamensky G.L., Vinnik O.M., Shapovalova O. V., Zadykhaylo D. D., Simson O. E., Shlykov D. V, Syrotyuk O.D., Makarenko A. V. and others.

Article's main body. The fact that the Law of Ukraine «On Concessions» (1999) and the Law of Ukraine «On Concessions for Construction and

Operation of Highways» (2000) has been commented upon. The analysis of scientific researches and comments of the new law on regulation of concession activity is carried out. In particular, the provisions on the activity of the concessionaire and on the concession contracts. The author 's position on economic and civil and legal regulation of relations arising on the basis of the concession agreement is substantiated.

Advantages of completeness of legal regulation of control and monitoring of concession contracts fulfillment under the new legislation in comparison with the regulations of legal influence under the previous legislation were revealed.

The disadvantages of the proposed contractual mechanism of concession activity are revealed. The potential of the new concession law of Ukraine to reflect the whole multifaceted nature of concession and contractual relations has been recognized as sufficient

General characteristics of economic and legal regulations mechanism of PPP relations in Ukraine are provided. Particularities of realization of organizational commercial state authorities represented by its bodies regarding are analyzed. Content of concession agreement, peculiarities of its conclusion, modification and termination, including responsibility for its violation, are analyzed in the thesis.

Key words:: concession, control, monitoring, implementation of concession contracts, new concession laws, public-private partnership, economic and legal regulation, civil law regulation.

Авторська довідка:

Терещенко Сергій Володимирович, канд. юрид. наук, доцент кафедри господарського права Східноукраїнського національного університету імені Володимира Даля, м. Северодонецьк, Україна,

Стаття надійшла до редакції 28 серпня 2019 р.