

Адреса матеріалу: <http://yur-gazeta.com/publications/practice/derzhavnoprivatne-partnerstvo/nestabilni-garantiyi-prav-privatnih-partneriv.html>

ДЕРЖАВНО-ПРИВАТНЕ ПАРТНЕРСТВО, ВІВТОРОК, 21 СІЧНЯ 2020 Р., 12:20

«Нестабільні» гарантії прав приватних партнерів

Державно-приватне партнерство (*далі — ДПП*) як своєрідна форма співробітництва між державою та приватним бізнесом завжди означає інвестицію у довгостроковий проєкт з покладанням ризиків на приватного партнера. Звичайно, наявність цього ризику узгоджується з таким принципом підприємництва як власний комерційний ризик. Однак будь-який інвестор перед початком роботи уважно вивчає ситуацію на ринку, залучає юристів, аудиторів та інших спеціалістів, які детально описують йому правила ведення гри, висловлюють свою кваліфікаційну думку щодо конкретного проєкту та надають свої поради. Всі дії професіоналів спрямовані на уникнення ризику та ґрунтуються на чинному на момент їх вчинення законодавстві або на законодавчо запланованих змінах.

Проте, на жаль, сьогодні нашої державі не вистачає стабільності, до того ж не тільки політичної та економічної, але й законодавчої. Чого тільки вартий наш Податковий кодекс України, до якого за 9 років були внесені зміни більше ніж 130 законами, тобто в середньому відбувалася не менше ніж одна зміна на місяць. Хоча одним з принципів податкового законодавства є принцип стабільності. Також відсутня стабільність в інвестиційній галузі. Державні гарантії інвестицій в нашої країні давно стали умовними поняттями, які потрібно розглядати предметно в кожному окремому випадку, якщо йдеться про їх захист.

Всі ми пам'ятаємо долю гарантій, наданих державою іноземним інвесторам, відповідно до Закону України «Про іноземні інвестиції» та Декрету КМУ «Про режим іноземного інвестування». Однією з таких гарантій була гарантія від зміни законодавства. Встановлювалося правило, за яким у разі зміни в майбутньому спеціальним законодавством умов захисту іноземних інвестицій, які були зазначені в Законі або Декреті, до іноземних інвестицій протягом 10 років на вимогу іноземного інвестора повинно було застосовуватися законодавство, що діяло на момент реєстрації інвестицій.

Проте через 8 років держава відмовилася від наданих гарантій. Верховна Рада приймає Закон України «Про усунення дискримінації в оподаткуванні суб'єктів підприємницької діяльності, створених з використанням майна та коштів вітчизняного походження», яким скасовує раніше прийнятий Закон та Декрет. Крапку в цьому питанні поставив Конституційний суд України, який зазначив, що прийняття нового закону про усунення дискримінації є підставою для відмови у наданні та припиненні раніше наданих пільг у сфері валютного і митного регулювання та справляння податків підприємствам з іноземними інвестиціями, незалежно від часу внесення іноземних інвестицій та їх реєстрації.

Така ж доля спіткала державні гарантії, які були надані інвесторам, що здійснювали підприємницьку діяльність у спеціальних економічних зонах (*далі — СЕЗ*), зокрема, таких як «Яворів», «Славутич», «Закарпаття», «Миколаїв», «Рені». Первинні редакції відповідних законів гарантували інвесторам захист у разі зміни законодавства, обіцяючи протягом періоду функціонування таких зон певні податкові пільги, які повинні були застосовуватися весь час за правилами, які діяли на день реєстрації інвесторів як суб'єктів СЕЗ. Однак надалі

до законів були внесені зміни, норми про дію гарантій у часі були виключені, інвесторам залишалося тільки розводити руками. Безперечно, все це зовсім не на користь діловому інвестиційному іміджу нашої держави.

Чи притаманна ситуація з державними гарантіями для ДПП та чи дійсно захищений приватний партнер згідно з нормами чинного законодавства? Спробуємо розібратися і дослідити Закони України «Про державно-приватне партнерство» (далі — Закон про ДПП) та «Про концесію». Останній закон набув чинності 20.10.2019 р., він скасував чинний на той час «старий» Закон України «Про концесії», Закон України «Про концесії на будівництво та експлуатацію автомобільних доріг», а також змінив цілу низку законів, у тому числі Закон про ДПП. Після таких нововведень як у сьгоднішніх, так і в майбутніх концесіонерів виникли запитання, від відповідей на які певною мірою залежала доля інвестування.

Насамперед, всіх цікавила відповідь на питання про те, чим тепер керуватися («старим» або «новим» законом), якщо концесійний договір був укладений у період дії Закону України «Про концесії». Відповідь міститься у Прикінцевих та перехідних положеннях нового Закону, в яких зазначено, що до концесійних договорів, укладених за результатами концесійних конкурсів, розпочатих до набрання чинності новим Законом, можуть вноситися зміни, пов'язані з набранням чинності цим Законом, а також що договори концесії, укладені до набрання чинності новим Законом, є чинними до моменту закінчення строку їх дії відповідно до умов таких договорів.

Таким чином, нові правила регулювання стосуються тільки нових договорів, взаємини сторін за вже укладеними договорами варто визначати керуючись раніше укладеним договором. Якщо в договорі питання не врегульоване, все ж таки доведеться звернутися до нового Закону. Ось тут ми маємо класичну ситуацію з гарантіями, які держава надала раніше: в старому Законі було зазначено, що зміни, які вносяться до законодавства, не повинні погіршувати умови для провадження концесіонерами діяльності з реалізації проєктів на умовах концесії.

Не можу узагальнювати всі проєкти, але у мене немає впевненості в тому, що новий Закон, у змісті якого вдвічі більше статей (тобто вдвічі більше регулюючих норм), ніж у старому Законі, жодним чином не ускладнив життя концесіонера. Зокрема, в Законі про ДПП наразі зазначається, що на подібні гарантії не поширюються зміни законодавства щодо питань оборони, національної безпеки, забезпечення громадського порядку та охорони довкілля, ліцензування, правил та умов надання суспільно значущих послуг на ринках у стані природних монополій. Раніше не було такого застереження.

У цьому ж аспекті цікавим є те, що у ст. 26, 36 нового Закону держава знову декларує стабільність та обіцяє, що умови концесійного договору є чинними на весь строк дії договору, в тому числі якщо після його укладення законодавчими актами встановлюються правила, які погіршують становище концесіонера.

Щоправда, існує нюанс. Згідно зі ст. 27 Закону про концесії та ст. 17 Закону про ДПП, до договору можуть бути внесені зміни або він може бути достроково припинений на вимогу однієї зі сторін за рішенням суду або арбітражу у разі істотної зміни обставин, якими сторони керувалися у процесі укладення договору. Наскільки законодавче регулювання у сфері ліцензування, нагляду, оподаткування, ситуація на ринку тощо може бути істотною обставиною — питання відкрите, а отже, ризик для інвестора існуватиме завжди.

Щодо господарсько-правової відповідальності держави як партнера, варто зазначити, що така відповідальність має базуватися на принципі, згідно з яким приватний партнер повинен мати право на відшкодування збитків. З одного боку, це знайшло своє відображення у ст. 28 нового Закону, а з іншого — у ст. 2 цього ж Закону зазначено, що його дія не поширюється на проєкти, які передбачають отримання інвестором повного відшкодування здійснених ним інвестицій за кошти з державного або місцевого бюджету.

Під збитками у ст. 22 ЦК України розуміються втрати, яких особа зазнала у зв'язку зі знищенням або пошкодженням речі, а також витрати, які особа понесла або має понести

для відновлення свого порушеного права. Тобто склалася ситуація з грою слів: збитки є відшкодуванням, але концесіонер, за правилами ст. 2 нового Закону, фактично позбавлений права на повне відшкодування сум здійснених інвестицій з бюджету.

Окрім того, слід звернути увагу на ст. 19 цього Закону, відповідно до якої концесіодавець не несе жодної матеріальної відповідальності за шкоду, завдану претендентам та/або учасникам конкурсу у зв'язку зі скасуванням конкурсу та конкурентного діалогу. При цьому концесіодавець має право на скасування в тому випадку, якщо він вважає, що відсутня подальша потреба в реалізації проєкту, що здійснюється на умовах концесії. Дуже цікава норма, якщо врахувати те, що процедура підготовки пропозицій для конкурсанта є достатньо трудомістким та фінансово витратним процесом.

Copyright © 2010-2019 Юридична газета

Всеукраїнське щотижневe професійне юридичне видання

Ця копія для особистого некомерційного використання. Поширення і використання цього матеріалу регулюється нашим абонентським договором і законом про авторське право. Для неособистого користування або замовити кілька копій, будь ласка, зв'яжіться з видавництвом.

Реєстраційне свідоцтво КВ №11259-139ПР від 24.05.2006 р.

www.yur-gazeta.com