|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **№ 17 -** **2 жовтня 2017 року**  |  | **Віце-прем’єр-міністру -** **Міністру економічного розвитку та** **торгівлі України****Кубіву С.І.** |
|  |  **КОПІЯ:**  | **Міністру інфраструктури України****Омеляну В.В.** |

*Щодо Проекту Закону «Про концесію»*

***Шановний Степане Івановичу****!*

Від імені Ради директорів Американської торгівельної палати в Україні (далі - Палата) та компаній-членів засвідчуємо Вам глибоку повагу та звертаємось із наступним.

Проаналізувавши Проект Закону «Про концесію» (далі - законопроект) експерти компаній-членів Палати розробили основні позиції, які потребують вирішення.

1. Концесійний платіж (ст. 33 законопроекту).

Однією із проблем концесійного законодавства вважалося недостатнє регулювання відносин, пов’язаних з правилами формування концесійних платежів. При цьому, вказана проблема розглядалася у двох аспектах: недосконалості самої формули розрахунку платежу, а також відсутності змагальної складової при формуванні кінцевого розміру платежу. Тобто розмір концесійного платежу, відповідно до чинної на сьогоднішній день процедури, є фіксованою умовою, який визначається концесієдавцем, та не може змінюватися за жодних обставин, навіть якщо учасники конкурсу готові на його збільшення в межах конкурсного змагання.

З метою вирішення першої складової проблеми в кінці 2015 року були внесені зміни до ст. 12 Закону України №997-14 від 16.07.1999 р. «Про концесії», а станом на 04.02.2016 року була змінена Методика розрахунку концесійних платежів. Прийняті зміни до законодавства, хоч і не повністю, але, з урахуванням міжнародної практики, встановили більш гнучкі правила, які б могли забезпечити збалансованість майбутніх концесійних транзакцій в частині справедливої концесійної плати.

Таким чином, на сьогоднішній день, на рівні чинного концесійного законодавства, невирішеною залишається проблема відсутності змагальної складової при формуванні кінцевого розміру концесійного платежу. Слід відмітити, що запропонований законопроект вказану проблему вирішує та, крім того, передбачає низку інших новел щодо платежів у концесійних договорах, зокрема:

* можливість встановлення на рівні договору як платежів концесіонера на користь концесієдавця, так і платежів концесієдавця (держави) на користь концесіонера;
* встановлює види платежів концесіонера (концесійні платежі та/або одноразова фіксована плата);
* встановлює форми концесійного платежу (частка від чистого доходу, частка від вартості об’єкта концесії та поєднання декількох підходів).

В той же час, законопроект породжує низку додаткових проблем, пов’язаних із платежами у концесійних договорах, зокрема:

* законопроект не містить жодних посилань на особливості розрахунку та порядку сплати концесійних платежів для окремих видів концесії (концесія на створення об’єкту концесії, концесія на управління, концесія на надання суспільно значимих послуг);
* не встановлює алгоритму дій для ситуацій, коли склад об’єкту концесії зменшується (списання) чи збільшується (передача з боку держави нових об’єктів);
* практично не регулює особливості сплати концесійних платежів у разі створення нових об’єктів (фактично це питання виноситься на рівень формування умов договору);
* не містить жодних вказівок щодо механізму формування одноразової фіксованої плати, що створює умови для формування корупційних ризиків.

Ще більше питань викликає регулювання платежів концесієдавця (відповідного державного органу або органу місцевого самоврядування) на користь концесіонера.

Так, відповідно до ч. 8 ст. 33 законопроекту встановлені наступні форми платежів концесієдавця на користь концесіонера:

* плата за готовність (доступність) об’єкта концесії;
* інший платіж, передбачений концесійним договором.

Законопроект не визначає порядок формування плати за готовність, також не передбачається впровадження такого механізму на рівні підзаконних нормативних актів. Тобто формування плати за готовність так само, як і встановлення інших видів платежів держави на користь приватного суб’єкта буде здійснюватися без будь-яких меж та правил, що зумовить формування сприятливого ґрунту для корупції.

2. Передача майнових прав, що випливають з договору концесії, на користь третіх осіб (ч. 5 ст. 28 законопроекту).

Інша проблема чинного концесійного законодавства, яка неодноразово обговорювалась експертами в юридичному середовищі, - це проблема можливості забезпечення кредитних зобов’язань за рахунок передачі майнових прав, що випливають з концесійного договору. Так, діюча редакція ст. 4 Закону України №997-14 від 16.07.1999 р. «Про концесії» передбачає можливість передачі концесіонером майнових прав, що випливають із договору концесії. Вказане право може використовуватись в якості застави за кредитним договором, проте лише за умови наявності механізму реалізації такого специфічного предмета застави, як право на концесію, який на сьогодні, в рамках даних правовідносин, відсутній. Очевидно, що реалізувати такий предмет застави за стандартною процедурою, регламентованою діючим законодавством України, неможливо.

Законопроект також не вирішує вказаної проблеми, залишаючись по суті на тому ж рівні, що і існуюча редакція Закону України №997-14 від 16.07.1999 р. «Про концесії», - виключно декларує можливість передачі таких прав третій особі.

Таким чином, аналогічно з діючою редакцією Закону України «Про концесії» законопроектом, заздалегідь, запропонована «мертва» норма.

3. Земельні питання (ст.31 законопроекту).

Неузгодженість на рівні законодавства термінів передачі об’єктів в концесію та оформлення прав на земельні ділянки, на яких розташовані такі об’єкти також вважається однією із проблем реалізації концесійних проектів. Відповідно до чинного законодавства, це два паралельні процеси, які здійснюються не пов’язаними між собою відносинами субординації органами влади.

Міністерство інфраструктури України чи будь-який інший центральний орган виконавчої влади, що є потенційним концесієдавцем, не уповноважені здійснювати розпорядження земельними ділянками, що виключає можливість передачі в концесію об’єктів разом із землею. Такими повноваженнями наділені обласні державні адміністрації, які, де-юре, не залучені в концесійний процес. Отже відсутність нормативної узгодженості щодо вчасного отримання концесіонером прав на землю спричиняє значні ризики для успішної реалізації концесійного проекту.

Разом з тим, в законопроекті вказані проблеми не знайшли свого вирішення, натомість з’явилось ряд нових понять та процедур, що є неробочими та неадаптованими до української моделі функціонування земельних відносин.

Зокрема, законопроект пропонує вирішувати земельні питання одночасно у двох площинах – на рівні законодавства та безпосередньо в договорі, в результаті чого виникає неузгодженість.

Зокрема, «порядок забезпечення земельними ділянками, необхідними для концесії» є однією з істотних умов концесійного договору (абз.7 ч.1 ст. 24 законопроекту). При цьому якщо концесієдавець протягом 9-ти місяців з дати укладення договору не забезпечить концесіонера правами на земельні ділянки, концесіонер має право на розірвання концесійного договору в односторонньому порядку (ч. 3 ст. 31). Таким чином, єдина особа, до кого у концесіонера можуть бути претензії – концесієдавець, єдина можлива санкція – розірвання договору. При цьому, як і на сьогоднішній день, концесієдавець не наділяється повноваженнями, що дозволяють йому вирішувати питання земельних ділянок, в результаті чого він є «заручником ситуації» та залежить від своєчасності прийняття рішень іншими органами, не пов’язаними з ним будь-якими зобов’язаннями.

Законопроектом пропонується наступний порядок оформлення прав на земельні ділянки:

1) Якщо відповідно до умов концесійного конкурсу концесіонер виступатиме замовником будівництва – передбачається відмова державного підприємства, установи, організації, що є землекористувачем земельної ділянки, від права користування земельною ділянкою (ч. 2 ст. 29, ч. 2 ст. 31) та обов’язок розпорядника земельної ділянки передати її у користування концесіонеру. Така передача здійснюється на підставі звернення концесієдавця. При цьому забезпечення розробки та затвердження необхідної документації із землеустрою є обов’язком концесієдавця. Фінансування вказаних робіт здійснюється за рахунок коштів державного, місцевого бюджетів або коштів підприємств, установ, організацій, що належать до сфери управління концесієдавця, інших не заборонених джерел. Зазначені витрати відшкодовуються концесіонером (абз. 2-5 ч. 1 ст. 31).

2) Якщо відповідно до умов концесійного конкурсу концесіонер не виступатиме замовником будівництва – передбачено обов’язок державного підприємства, установи, організації, що є землекористувачем та, відповідно, замовником будівництва, укласти із концесіонером “договір про делегування функцій замовника будівництва”(ч. 2 ст. 29).

Щодо першого випадку, варто зазначити, що він містить ряд недоліків. По-перше, не конкретизовано, які саме підприємства зобов’язані відмовитись від належних їм земельних ділянок і на підставі якого правового акту. Можливо, розробники законопроекту мали на увазі підприємства, майно яких є об’єктом концесії, проте, текст законопроекту не містить будь-якої конкретизації цього питання. По-друге, як бути в тому випадку, якщо в концесію передається лише структурний підрозділ підприємства, проте, все підприємство розміщене на одній земельній ділянці. Якщо підставою для такого поділу буде факт проведення концесійного конкурсу та укладення концесійного договору, то очевидно, вирішення питання про надання концесіонеру прав на земельну ділянку затягнеться на тривалі строки. По-друге, можливість звернення концесієдавця до розпорядника земельними ділянками суперечить земельному законодавству, оскільки відповідне клопотання має подати особа, зацікавлена в одержанні в користування земельної ділянки (ст. 123 Земельного кодексу України).

Цілком очевидно, що ці питання повинні вирішуватись не після укладення концесійного договору, а на етапі підготовки до конкурсу, а запропонована схема не вирішує проблему, а ще більш її поглиблює.

Законопроект також передбачає новий порядок розробки та затвердження детального плану територій (ст. 30), в результаті якого розпорядники земельних ділянок фактично втрачають повноваження в цій частині, що в свою чергу суперечить основним засадам земельного та містобудівного законодавства та свідчить про наділення, зокрема, відповідних центральних органів виконавчої влади неприманними їм функціями.

Таким чином, запропоновані законопроектом зміни є неузгодженими між собою та діючим законодавством України та передбачають необхідність змін в земельне та містобудівне законодавство, що також не враховано в Законопроекті.

4. Механізм «трансформації» оренди в концесію (ст. 19 «Прямі переговори»).

Як свідчить аналіз змісту вказаної норми Кабінет Міністрів України може прийняти рішення про укладення концесійного договору шляхом процедури «прямих переговорів» у випадку отримання позитивного висновку за результатами здійснення державно-приватного партнерства у формі концесії. На жаль законопроект визначає лише декларативні норми та не конкретизує порядок (алгоритм) застосування цієї процедури.

Зокрема, на якій стадії і ким (Фондом державного майна України чи галузевим міністерством) приймається рішення про доцільність концесії, яке в силу ч. 3 ст. 5 законопроекту, має передбачати здійснення необхідних заходів. Відповідно до якої процедури та ким здійснюється інвентаризація та оцінка орендованого майна, яке планується передати в концесію, з якого моменту припиняється договір оренди, чи необхідно (формально) повертати орендоване майно Фонду державного майна України, оскільки саме з ним було підписано акт приймання-передачі, як будуть враховуватись здійснені орендарем поліпшення, чи будуть вони включені до об’єкту концесії, чи буде на них нараховуватись концесійний платіж тощо?

Крім того, аналіз змісту норми законопроекту щодо запровадження процедури прямих переговорів на основі орендних відносин свідчить про те, що концесійний договір може бути укладений за умови, якщо орендар відповідає вимогам до концесіонера, встановленим цим Законом. Законопроектом, зокрема ч. 4 ст. 23, встановлена лише одна вимога до концесіонера: «не може виступати концесіонером юридична особа, 50 або більше відсотків статного капіталу якої належать державі, територіальній громаді чи АРК». Всі інші вимоги до потенційних концесіонерів визначаються на етапі прекваліфікації в межах конкурсної процедури. Тобто процедури, яка не застосовується під час «прямих переговорів». Чи означає це, що будь-який орендар, навіть той який знаходиться на стадії банкрутства може бути концесіонером? Чи повинен такий орендар відповідати хоча б окремим вимогам до претендента, передбаченим ч. 3 ст. 12 законопроекту. Якщо так, то хто буде здійснювати перевірку на таку відповідність і хто буде формувати ці вимоги?

Також вказана норма законопроекту передбачає, що концесійний договір може бути укладений за умови, «що укладення та виконання концесійного договору не повинно призводити до зменшення обсягу інвестицій в порівнянні з обсягом, встановленим договором оренди». В той же час, враховуючи, що поліпшення об’єкту оренди, відповідно до закону, не є істотною умовою договору оренди, як правило, укладені договори оренди не передбачають конкретизованих інвестицій та/або конкретного розміру поліпшень орендованого майна, які в кожному конкретному випадку потребують розроблення проектної документації та окремого погодження.

Договір оренди не може просто бути переукладений у вигляді концесійної угоди. Оскільки будь-який концесійний проект передбачає розвиток інфраструктури та підвищення ефективності бізнесу в цілому, механізм має містити умови щодо початку реалізації інвестиційного проекту на основі орендованого майна та землі, на якій воно розташоване.

Крім того, законопроект не містить обмеження щодо розповсюдження правил «трансформації» оренди в концесію, за умови укладення договору оренди до набуття чинності новим законом про концесії. Таке обмеження видається цілком логічним, оскільки паралельно із концесійною процедурою буде існувати альтернативна – орендна процедура, яка дозволятиме поза конкурсом отримувати права на концесію.

Експерти компаній-членів Палати звертають увагу на те, що надання законопроектом права орендарю на позаконкурентну концесію випливає не з міжнародної практики, а з українських реалій, де протягом десятиліть завдяки недолугій інвестиційній політиці держави, оренда просувалася у якості головного механізму інвестування в морські порти. Отже впровадження на рівні закону практики переукладення договорів оренди в концесійні угоди має бути виключенням із загального правила надання концесій.

5. Двоетапна процедура конкурсу пропозицій (ст. 14 «Конкурс пропозицій»).

Законопроектом передбачена можливість проведення конкурсу пропозицій в один або в два етапи. При цьому двоетапна процедура застосовується тоді, «коли не визначено технічних, якісних характеристик проекту і для прийняття оптимального рішення необхідно провести переговори з учасниками».

Слід зазначити, що вказана норма знаходиться у дисонансі з законодавством про державно-приватне партнерство в частині здійснення аналізу ефективності концесійного проекту – етапу, на якому мають бути визначені у тому числі технічні та якісні характеристики проекту, від яких залежать економічні та фінансові показники проекту.

По-перше, якщо «не визначено технічних і якісних характеристик проекту», яким чином готується техніко-економічне обґрунтування, здійснюється аналіз ефективності та взагалі приймається рішення про доцільність концесії, що є передумовою прийняття рішення про проведення конкурсу як в силу Закону України №2404-17 від 01.07.2010 р. «Про державно-приватне партнерство», так і в силу даного законопроекту.

По-друге, «якщо не визначено технічних і якісних характеристик проекту», що в такому випадку є предметом оголошеної концесії?

По-третє, як свідчить зміст ч. 4 ст. 14 законопроекту, за результатами першого етапу, в ході якого учасники подають свої пропозиції щодо характеристики проекту, концесієдавець «вносить зміни до конкурсної документації та надсилає запрошення учасникам взяти участь у другому етапі…» . Тобто, в даному випадку, концесієдавець керується невизначеними та невідомими критеріями при виборі проекту, на реалізацію якого оголошується другий етап конкурсу.

За таких обставин редакція ч. 3 та 4 ст. 14 має бути доопрацьована у метою уточнення формулювання «технічні та якісні характеристики проекту».

6. Конкурсна комісія (ст. 7 законопроекту).

Відповідно до ч. 2, 3 ст.7 законопроекту конкурсна комісія утворюється концесієдавцем, а у випадках коли об’єктом концесії є майно, вартість якого перевищує 1 млрд. грн. або очікуваний обсяг інвестицій становить 50 млн. євро концесійний конкурс проводиться конкурсною комісією, яка створюється Кабінетом Міністрів України. При цьому, функції секретаріату цієї комісії здійснює Мінекономіки.

Доцільність та ефективність норми, яка передбачає проведення концесійного конкурсу безпосередньо Кабінетом Міністрів України, викликає сумніви, оскільки проведення таких складних та деталізованих проектів не притаманне найвищому органу виконавчої влади – Кабінету Міністрів України. Наділення Уряду такими повноваженнями не відповідає, ані основним завданням, ані компетенції Кабінету Міністрів України, передбаченим Законом України №794-18 від 27.02.2017 р. «Про Кабінет Міністрів України».

Крім того, враховуючи, що всі рішення Кабінету Міністрів України приймаються виключно у формі постанов та розпоряджень, які приймаються на основі спеціального регламенту, виявляється цілком ймовірним створення додаткових бюрократичних перепон, що будуть гальмувати і так вкрай розтягнуту концесійну процедуру.

Додатково слід зазначити, що раптове включення Кабінету Міністрів України у процедуру надання концесій в якості особи, яка, де-факто, проводить конкурс не знайшло свого системного відображення в тексті законопроекту та не узгоджується з іншими нормами законопроекту. Зокрема, законопроект розрізняє концесієдавця та Кабінет Міністрів України, як орган, який в окремих випадках проводить конкурс, проте, не наділяється функціями концесієдавця. Таким чином, алгоритм взаємодії мав би виглядати наступним чином: концесієдавець (наприклад, відповідне міністерство) приймає рішення про доцільність концесії, при цьому у вказаному рішенні мають бути передбачені всі заходи, направлені на утворення конкурсної комісії, заходи, направлені на підготовку об’єкта до концесії, на інформаційне супроводження проекту, на залучення радників і т.д. (ст. 5 законопроекту). Потім, на підставі вказаного рішення (оскільки законопроект не містить будь-яких особливих процедур прийняття рішення про доцільність для Уряду), Кабінет Міністрів України створює конкурсну комісію (склад якої відрізняється від конкурсної комісії, яку створює концесієдавець лише наявністю незалежних недержавних експертів), кожне рішення якої затверджується концесієдавцем, в тому числі і конкурсна документація (ч. 1 ст. 8 законопроекту). При цьому, попередній відбір претендентів (прекваліфікація) здійснюється концесієдавцем (ст. 12 законопроекту), рішення про проведення концесійного конкурсу приймається концесієдавцем (ст. 9 законопроекту), оголошення про проведення конкурсу також публікується концесієдавцем (ст. 11), концесієдавець має право вносити зміни до конкурсної документації, яка розробляється конкурсною комісією, в тому числі і створеною Кабінетом Міністрів України (ч. 3 ст. 8).

За таких обставин, незрозумілою є мета передачі функцій по створенню конкурсної комісії Кабінету Міністрів України. Неопрацьованість та неузгодженість вказаних норм може призвести до суттєвих колізій в разі їх практичного застосування.

Окремої уваги потребує порядок формування конкурсної комісії. Законопроект передбачає, що до складу конкурсної комісії, яка утворюється концесієдавцем входять виключно представники органів державної влади та/або органів місцевого самоврядування (ч. 3 ст. 7), а залучення незалежних радників, можливо лише до роботи комісії (а не до складу) з правом дорадчого голосу (ч. 8 ст. 7). До складу конкурсної комісії, що утворюються Кабінетом Міністрів України в якості постійних членів входять незалежні недержавні експерти.

Оскільки здійснення проектів державно-приватного партнерства вимагає не лише спеціальних знань, а й постійної практики, залучення до складу комісії посадових осіб не підвищить якість складання умов концесії, розробки конкурсної документації та в решті визначення переможця конкурсу. У цьому сенсі законопроект має, навпаки, забезпечити створення умов для залучення в першу чергу (у тому числі на умовах найму) незалежних фахівців та експертів відповідно до індивідуальних вимог кожного проекту.

Наявність факту проходження посадовими особами навчання з питань організації та проведення конкурсу чи навряд змінить ситуацію, оскільки такі посадові особи будуть виконувати обов’язки членів конкурсної комісії «без відриву від виробництва», що також буде негативним чином впливати на якість підготовки конкурсу.

Крім того, на відміну від чинного концесійного законодавства, законопроектом передбачено затвердження для кожного окремого конкурсу положення про конкурсну комісію (п.1 ч.2 ст.5). Враховуючи міжвідомчий характер такого положення (обов'язковість для інших міністерств, органів виконавчої влади, а також органів місцевого самоврядування, підприємств, установ і організацій), воно щоразу підлягатиме державній реєстрації в Міністерстві юстиції України, що в свою чергу ускладнює конкурсу процедуру.

Додатково слід звернути увагу на регламентацію залучення «незалежних недержавних експертів», які входять в якості постійних членів до складу конкурсних комісій, що створюються Кабінетом Міністрів України. В законопроекті відсутні норми, які б регламентували правила обирання, призначення (чи іншої форми залучення (враховуючи їх незалежність) експертів до складу комісії). Законопроект також не визначає вимог до вказаних експертів, умов оплати та джерел фінансування. Поряд з вищенаведеним, законопроект не розкриває відмінність статусу постійних та тимчасових членів конкурсної комісії.

7. Концесієдавці.

Законопроект, так само як і чинна редакція Закону України «Про концесії», зберігає високий рівень концентрації повноважень на верхніх рівнях владної ієрархії. Поряд з прикладом про повноваження Кабінету Міністрів України (див. п. 6 вище), законопроект зосереджує основне навантаження в процесі реалізації концесійного проекту на галузеві міністерства. В даному випадку концентрація повноважень не означає контроль за процесом. Чиновники галузевих міністерств, які мають повноваження концесієдавця, мають витрачати свій робочий час «без відриву від виробництва», розробляючи безпосередньо конкурсну документацію, приймаючи участь в конкурсних комісіях, переговорах тощо. На нашу думку, такий стан справ є однією з основних причин, які не дозволять забезпечувати якісні концесійні проекти.

Директиви ЄС про концесії 2014 року надають можливість національному законодавству наділяти правами концесієдавця окрему категорію юридичних осіб державного сектору економіки, які отримали, так звані, «виняткові або спеціальні права» на здійснення певних видів діяльності. Зокрема, це може бути застосовано до українських підприємств – інфраструктурних монополістів: Укрзалізниці, Нафтогазу, Адміністрації морських портів України.

Надання прав концесієдавця Адміністрації морських портів України цілком відповідало б найбільш прогресивній практиці з управління морськими портами – моделі Landlord Port, де портова адміністрація здійснює від імені власника або власників (держави та/або муніципалітету) повноваження з управління та розпорядження базовою інфраструктурою та суперструктурою порту, зокрема але не обмежуючись, виступає в ролі орендодавця землі та державного майна, а також державного партнера у всіх інвестиційних проектах, що реалізуються на території порту.

До того ж запропонована авторами в ст. 23 законопроекту схематика залучення на стороні концесієдавця третіх осіб (фактично йдеться про вищенаведені підприємства-монополісти) не вписується в договірну доктрину цивільного законодавства України, яка передбачає «багатосторонність угоди», якщо договір укладається більш ніж двома сторонами. У таких угодах не існує «третіх осіб», так само як і не існує «третіх осіб на стороні» інших сторін. У зв’язку з цим, юридична термінологія законопроекту має бути приведена у відповідність з Цивільним кодексом України.

8. Правовий режим об’єктів концесії та права власності концесіонера на збудовані об’єкти.

Згідно ч. 3 ст. 28 законопроекту передбачається, що концесіонер може набути право власності на нерухоме майно, яке «збудоване на підставі та у відповідності до умов концесійного договору» та «є об’єктом концесії». Припинення або розірвання концесійного договору є підставою для припинення права власності концесіонера на вказане майно та набуття його у власність держави або відповідної територіальної громади. Мова йде про обумовлене часом тобто «тимчасове» право власності концесіонера на «збудований об’єкт концесії».

У контексті запропонованої в законопроекті правової моделі, слід звернути увагу на неузгодженість деяких норм та низку інших недоліків, які породжують правові та фінансові ризики для обох сторін концесійного договору. Зокрема, вказані положення законопроекту:

* Не узгоджені з поняттям «об’єкт концесії» (абз. 13 ст. 1), оскільки «об’єкти концесії» – це «об'єкти права державної чи комунальної власності», які «надаються концесіонеру або створюються концесіонером в процесі виконання концесійного договору», що в свою чергу виключає можливість виникнення на них права приватної власності.
* Не враховують положення містобудівного законодавства в частині застосування поняття «збудовані», оскільки згідно Закону України №3038-17 від 17.02.2011 р. «Про регулювання містобудівної діяльності» (ч. 3 ст. 10) та ДБН А.2.2-3-2014 «Склад та зміст проектної документації на будівництво» (п. 3.2) під «будівництвом» мається на увазі як нове будівництво, так і реконструкція, реставрація та капітальний ремонт об’єктів будівництва. Відповідно, не зрозуміло про які саме об’єкти йде мова – нові, що не передавались концесіонеру та були збудовані ним самостійно (greenfield project) чи збудовані концесіонером в результаті реконструкції шляхом демонтажу існуючих та створення нових, тощо. Вказана невизначеність призводить також до неузгодженості ч. 3 ст. 28 з ч. 1 цієї ж статті, оскільки в ч. 1 передбачено, що «реконструкція концесіонером існуючого об’єкту концесії» не зумовлює перехід права власності на цей об'єкт до концесіонера та не припиняє права державної чи комунальної власності на ці об'єкти». Відповідно, доля майна, яке входить до складу цілісного майнового комплексу, переданого в концесію, фактично залишається незрозумілою.
* Містять виключно декларативні норми стосовно зміни права власності у разі припинення договору концесії, при цьому не встановлюють обов’язок концесіонера передати «збудоване» майно, а також механізм такої передачі.
* Не враховують загальні правила «права власності», в результаті чого створюють передумови для втрати державою права власності не лише на “збудовані” концесіонером об’єкти, а й на ті, що були передані концесіонеру у складі об’єкту концесії. Так, набуваючи право власності на «збудований об’єкт» (як вже зазначалося мова може йти і про нові об’єкти, і про збудовані взамін існуючим в ході реконструкції), концесіонер отримує всі права, притаманні власнику, зокрема: володіти, користуватись та розпоряджатись майном (ст. 317 Цивільного кодексу України). Відповідно, «збудовані концесіонером об’єкти» можуть стати предметом застави та перейти у власність третіх осіб, в разі звернення стягнення на вказане майно (ст. 576 Цивільного кодексу України, Закон України №2654-12 від 02.10.1992 р. «Про заставу», Закон України №898-15 від 05.06.2003 р. «Про іпотеку»). Крім того, таке майно може слугувати для формування статутного капіталу іншого господарського товариства (ст. 86 Господарського кодексу України, ст. 13 Закону України №1576-12 від 19.09.1991 р. «Про господарські товариства»), що теж призведе до переходу права власності на вказані об’єкти третім особам (ст. 85 Господарського кодексу України). Відповідно, «тимчасова власність» концесіонера може призвести до того, що концесіонеру нічого буде повертати державі у разі припинення договору концесії. Поряд з цим, у разі розірвання концесійного договору у зв'язку з порушенням зобов’язань концесієдавцем, концесієдавець має відшкодувати концесіонеру внесені ним інвестиції в частині, що не була відшкодована протягом дії такого договору (ч. 5 ст. 25), що також свідчить про необхідність доопрацювання запропонованого механізму.

9. Щодо припинення діяльності підприємств, майно яких надано в концесію, та правонаступництва (ст. 32 законопроекту)

Згідно ст. 32 законопроекту передбачається, що підприємства, установи та організації можуть бути ліквідовані у випадку передачі всього їх майна у концесію. В такому разі право господарського відання та оперативного управління підприємств, установ, організацій на об’єкт концесії припиняється з моменту передачі їх концесіонеру.

Аналіз змісту вказаної норми, а також змісту законопроекту в цілому, свідчить про те, що розробники законопроекту не закладали ідею правонаступництва при передачі в концесію цілісного майнового комплексу державного підприємства, що, на наш погляд, може призвести до правового колапсу під час реалізації проекту.

Передача всього майна в концесію з подальшою ліквідацією державного підприємства залишає відкритими ряд питань, пов’язаних, зокрема, із невиконаними зобов’язаннями підприємства, із соціальними гарантіями працівників і т.д.

В той же час, вказані питання можливо врегулювати при застосуванні процедури правонаступництва.

Так, правонаступництво – перехід майна, прав та обов’язків до правонаступників юридичної особи (ст. 104 Цивільного кодексу України), при цьому це підстава для заміни кредитора в зобов’язанні (п. 2 ч. 1 ст. 512 Цивільного кодексу України), сторони в судових процесах (ст. 25 Господарського кодексу України, ст. 55 Кодексу адміністративного судочинства України, ст. 37 Цивільного процесуального кодексу України), сторони у виконавчому провадженні (ст. 15 Закону України №1404-19 від 02.06.2016 р. «Про виконавче провадження») тощо.

Можливість застосування вказаної опції є вкрай важливою та дозволить забезпечити безперебійне функціонування підприємства, майно якого планується передати в концесію. При цьому така опція повинна бути передбачена на рівні вказаного законопроекту, оскільки за загальним правилом правонаступництво відбувається лише в результаті реорганізації, тобто злиття, приєднання, поділу, перетворення (ст. 104 Цивільного кодексу України). Окремі випадки та умови правонаступництва передбачаються спеціальними законами. Наприклад, Закон України №2269-12 від 10.04.1992 р. «Про оренду державного та комунального майна» передбачає, що орендар стає правонаступником прав та обов'язків підприємства відповідно до договору оренди (абз. 1 ст. 15). Діючий Закон України «Про концесії» хоч і не передбачає загального правонаступництва, дозволяє встановити порядок передачі концесіонеру прав та обов'язків підприємства, цілісний майновий комплекс якого надається у концесію, умовами концесійного конкурсу (абз. 5 ч.5 ст. 3 Закону України «Про концесії»).

Крім того, з метою належної реалізації концесійного проекту, доцільно на рівні законопроекту врегулювати питання щодо оборотних матеріальних активів, кредиторської та дебіторської заборгованості, грошових коштів та цінних паперів підприємства, що ліквідується, та їх передачі концесіонеру на особливих умовах (викуп, кредит тощо).

10. Реєстраційний внесок (ст.1, 8, 12, 13 законопроекту).

Законопроект передбачає необхідність сплати кожним претендентом, допущеним до участі у конкурсі пропозицій, реєстраційного внеску (ст.13 законопроекту), розмір якого зазначається в інструкції для претендентів (ст.12 законопроекту) та в умовах проведення концесійного конкурсу (ч.4 ст. 8 законопроекту). В той же час, законопроект не розкриває суть вказаного внеску (яка мета вказаного внеску, напрямки його використання), а також не містить таких необхідних положень, як розмір реєстраційного внеску, методику його визначення чи максимальні/мінімальні пороги, на які рахунки він сплачується (державний бюджет чи рахунки концесієдавця, відкриті для вказаних цілей), випадки повернення реєстраційного внеску і т.д.

Виходячи з вище наведеного, вважаємо, що вказані положення потребують уточнення на рівні законопроекту. Водночас, експерти компаній-членів Палати готові долучитися до напрацювання консолідованих рішень.

З будь-яких питань, що можуть виникнути у Вас у зв'язку із викладеним вище, просимо відповідальну особу з Вашого офісу зв'язуватися з нами за телефоном 490 5800 (контактна особа - Богдан Іванюк, менеджер з питань стратегічного розвитку) або електронною поштою за адресою bivaniuk@chamber.ua.

**З повагою,**

**Президент Андрій Гундер**