



USAID
ВІД АМЕРИКАНСЬКОГО НАРОДУ

ПРОГРАМА РОЗВИТКУ ДЕРЖАВНО-
ПРИВАТНОГО ПАРТНЕРСТВА

Проблеми законодавчого регулювання у сфері державно-приватного партнерства (ДПП), які вимагають першочергового вирішення для запуску проектів у сфері ДПП в Україні

**За результатами Діагностичного огляду законодавства України у
сфері ДПП, проведеного 20 жовтня 2011**

9 грудня, 2011 року

Цей посібник став можливим за щедрої фінансової підтримки народу Сполучених Штатів Америки через Агентство США з міжнародного розвитку (USAID).

Зміст матеріалів не обов'язково відображає точку зору Агентства США з міжнародного розвитку чи Уряду США

Програма розвитку державно-
приватного партнерства
Бізнес Центр «Горизонт», оф. 11Д
Вул. Шовковична, 42-44,
Київ, 01601, Україна
Тел./Факс: +38 044 234 35 25

fhi360
THE SCIENCE OF IMPROVING LIVES

FHI Development 360
1825 Connecticut Avenue, NW
Washington, DC 20009
United States

**Проблеми законодавчого регулювання у сфері
державно-приватного партнерства (ДПП),
які вимагають першочергового вирішення для запуску проектів у сфері ДПП в Україні**

(вирішальні при укладенні угод ДПП)

Триває значна дискусія в даний час в Україні про необхідність реформи законодавства у сфері державно-приватного партнерства (ДПП). Багато рекомендацій буде надано чисельними зацікавленими сторонами протягом найближчих місяців. Деякі із запропонованих змін будуть абсолютно критичним вирішальними для угод ДПП), а інші будуть мати важливе значення, але не обов'язково в короткостроковій перспективі - наприклад, у деяких випадках, можуть бути знайдені способи, щоб обійти цю проблему шляхом внесення до угоди ДПП відповідних умов.

Важливо для потенційних учасників ДПП мати певне розуміння, які саме питання є найбільш важливими для того, щоб переконатися, що принаймні мінімум змін впроваджено до законодавства для полегшення започаткування діяльності проекту ДПП на користь Україні, особливо для тих проектів ДПП, в якому міжнародні підрядники, оператори, або фінансисти, будуть або можуть бути залучені.

Якщо не вказано інше, всі нижчезазначені проблеми, були включені до категорії "першочергових" в діагностичному звіті про законодавство у сфері ДПП, підготовленого Gide Loyrette Nouel¹. Проблеми не обов'язково перераховані в порядку пріоритетності.

В кінці цього документа, наводиться узагальнення про те яким чином Програма розвитку державно-приватного партнерства (РЗДР), надає підтримку зусиллям Уряду України щодо впровадження належних законодавчих реформ для забезпечення сприяння якісних та прийнятних для банків проектів ДПП.

Першочергові проблеми

1. Дозволити сторонам погоджувати в договорі ДПП платежі, що підлягають виплаті при достроковому розірванні договору, які є справедливими та які запобігають безпідставному збагаченню будь-якої зі сторін, і створюють при цьому належні стимули.

Суть проблеми. Закон «Про концесії» і Закон «Про особливості передачі в оренду або в концесію об'єктів водопостачання, водовідведення і тепlopостачання ("Закон про оренду і концесію" для стислості) передбачають компенсації, які дозволені до виплати приватному партнеру в разі розірвання договору ДПП². Слід зазначити, що проект

¹ Gide Loyrette Nouel, Діагностичний огляд законодавства ДПП (Заключний звіт, 20 жовтня 2011 року). Доповідь була підготовлена для Програми розвитку державно-приватного партнерства (РЗДР), що фінансуються USAID, за допомогою експертів-юристів з міжнародної Gide в Києві.

² Якщо не вказано інше, "PPP" у цих записках використовується в широкому сенсі, включаючи концесії, договора оренди, та інших види ДПП.

ДПП, який природньо підпадає під дію будь-якого із цих спеціальних законів, повинен також відповідати також закону «Про ДПП».

В цьому відношенні Закон про оренду і концесію є найбільш обмежувальним серед законів що регулюють відносини у сфері ДПП в Україні: закон передбачає, що компенсації, щодо вартості активів, які інвестовано приватним партнером не надається. Загальний закон «Про концесії» є менш обмежувальним: у приблизному перекладі, в ньому йдеться, що частка вартості активів, щодо яких концесіонер не отримав компенсацію протягом строку дії концесії, повинна бути виплачена після закінчення концесії. Для того щоб привести це у відповідність до комерційно спроможного (якщо не ідеального) правила, це може тлумачитись таким чином, що вимагається здійснення оплати у розмірі залишкової вартості активів, які були об'єктом інвестицій концесіонера (тобто відповідає вартості активів за вирахуванням амортизації на дату розірвання договору). Але не існує єдиного тлумачення цього положення закону.

Обговорення. Загалом, існує потреба в більшій гнучкості для вироблення дієвих умов договору про ДПП щодо платежів при розірванні договору, які є справедливими і які дають стимули для обох сторін. Важливим питанням є те, що головні кредитори проекту очікують на погашення наданих кредитів (або погашення значної частки простроченої заборгованості), навіть якщо приватний партнер, не виконав свої зобов'язання за договором ДПП. Більше того, не є справедливим безкоштовне отримання державними органами громадської інфраструктури, яку інвестовано за рахунок приватного партнера, навіть за умови порушення приватним партнером зобов'язань за договором, це було б безпідставним збагаченням.

Існують різні формулювання, які мали б задовольнити міжнародних кредиторів. Одним із найкращих є, з точки зору кредиторів, була б сплата щонайменше всієї суми простроченої основної заборгованості незалежно від способу розірвання договору. Але можуть виникнути політичні заперечення щодо такої крайньої позиції, чи не повинні за таких умов головні кредитори нести більші проектні ризики ніж пропонується? Таким чином, різні визначення правила можуть бути запропоновані. Але в ідеалі належним місцем для визначення є договір про ДПП, а не закон.

Кредитори просто не сприймуть існуючого положення, яке міститься у Законі про оренду і концесії (зокрема, ніякої компенсації здійснених інвестицій). Положення загального закону про концесії – якщо їх розуміти, таким чином, що вимагається оплата залишкової вартості активів - можуть бути прийнятним, залежно від значень розрахунків (наприклад, вони, ймовірно, будуть прийнятним, якщо термін амортизації є більшими, ніж термін погашення кредиту)³, але вони не ідеальні, і вони не завжди забезпечують наявність належних стимулів для сторін. (Наприклад, приватний партнер може спробувати спровокувати припинення договору ДПП, якщо кошти які він одержав б у цьому випадку були б набагато більшими, ніж очікуваний чистий прибуток (в поточних цінах), якщо ДПП триватиме до нормальної дати закінчення). Більше того, не існує ніякої гарантії, що закон буде тлумачитись саме таким чином.

У багатьох країнах, сторони отримують широку свободу для формулювання умов договору ДПП щодо платежів при розірванні договору. У деяких країнах державні інституції з питань ДПП (або їх відповідники), встановлюють рекомендовані або обов'язкові умови договору. У будь-якому випадку, інституція з питань ДПП (якщо

³ Якщо термін амортизації більше терміну погашення кредиту, в будь-який момент часу залишкова вартості активів, що фінансуються з кредиту, як правило, більше, ніж заборгованість, оскільки знос відбувається більш повільно (тобто в більш тривалий період), ніж погашення борги.

така існує) розробляє для кожного договору детальне формулювання умов договору щодо платежів при його розірванні для забезпечення їх надійності.

У більшості країн відповідні положення, що містяться в первинному законодавстві носять дуже загальний характер. Наприклад, UNCITRAL рекомендує просту статтю, яке використовувалося майже дослівно в численних діючих законах про ДПП:

«Концесійний договір обумовлює яким чином компенсація для кожної із сторін розраховується в разі припинення концесійного договору, забезпечуючи, відповідно компенсацію справедливої вартості робіт, виконаних відповідно до концесійного договору, зроблених витрат або збитків, понесених кожною із сторін, в тому числі, у відповідних випадках, упущену вигоду».

Як правило, це вважається відповідним рівнем узгодження зальності і детальності положень закону ДПП.

Можлива реалізація певних пілотних проектів в деяких секторах (наприклад, якщо проект регулюється тільки загальним законом «Про концесії») без будь-яких законодавчих змін, в залежності від окремих обставин. Але безумовно необхідні зміни для будь-якого проекту ДПП, що підпадає під дію Закону про комунальну оренду та концесію. Це було б абсолютною перешкодою, якщо закон не буде змінено.

Пропоноване рішення. Слід внести прості зміни у відповідний закон, можливо у за аналогією з вищевказаними положеннями UNCITRAL.

Можливо буде бажаним зробити умови більш імперативними - наприклад, додавши, що оплата при припиненні договору повинна бути справедливою і такою, що відповідає інтересам обох сторін. Але це не є рекомендацією. Якщо мета полягає у навчанні державних органів, таким чином, щоб вони мали краще розуміння про те, що саме включати до умов про платежі при припиненні договору, правильним рішенням є розробка інструктивного матеріалу для органів державної влади про те, як писати ДПП договори, проводити семінари і т.д. Якщо метою натомість є регулювання за допомогою законодавства змісту положень договору про платежі при його припиненні, існує небезпека того, що конкретний пункт узгодженої сторонами в договорі ДПП може бути оскаржений пізніше однією із сторін на підставі того, що конкретні положення договору не є "справедливого і такими, що враховують інтереси сторін". Приватний партнер прагне упевненості, що умова договору узгоджена між сторонами буде дійсною. Також, детальні умови такого платежу при припиненні договору залежатимуть в деякій мірі від типу та умов конкретного проекту ДПП, і було б однаково небажано для первинного законодавства намагатись врегулювати це детальними формулюваннями.⁴

2. Змінити Бюджетний кодекс, щоб внести ясність, що бюджетні організації (у тому числі муніципалітети) можуть брати на себе зобов'язання (наприклад, в договорі ДПП), для здійснення витрат поза поточним бюджетним роком.

⁴ Альтернативним способом боротьби з такого роду проблемою, є загалом, є наступне (а), уповноважений орган встановлює у законі що договір ДПП може бути затверджений тільки у разі дотримання встановлених принципів, і (б), закон визначає певний період часу після прийняття рішення органом протягом якого рішення може бути оскаржене, зі сплином якого договір вважається законно затвердженим і не може бути оскарженим за недотримання положень закріплених у законі.

Проблема: В даний час, згідно до з буквральним положеннями Бюджетного кодексу, муніципалітет в Україні не має права взяти на себе зобов'язання здійснювати платежі, крім обслуговування боргу або заборгованості по гарантіям, якщо витрати не включаються до поточного річного бюджету. (Борг і заборгованість по гарантіям не може перевищувати певних кількісних обмежень, підтверджених Міністерством фінансів, але в принципі такі багаторічні зобов'язання є дійсними.)

Відповідна частина Бюджетного кодексу (статті 48) говорить наступне:

3. Заовлення, внесення контрактів, закупівель товарів, послуг або інших аналогічних операцій протягом бюджетного періоду, за який власник бюджету буде прив'язане без відповідних бюджетних асигнувань або з перевищенням повноважень, встановлених цим Кодексом та Законом про Державний бюджет України (рішення про затвердження місцевого бюджету), є недійсними. Такі угоди не створюють бюджетних зобов'язань та бюджетних заборгованостей.

Це положення може обмежувати проекти ДПП в Україну - в тому числі пілотні проекти РЗДР – до тих угод які спираються виключно на надходження від користувачів які складають винагороду компанії ДПП.

Обговорення. Деякі найкращі договори ДПП включають зобов'язання муніципалітету щодо здійснення платежів у майбутньому. Це може бути абсолютне зобов'язання (наприклад, коли муніципалітет погоджується платити фіксовану плату раз на місяць зі свого бюджету на додаток до зборів з користувачів за паркування, якщо субсидія необхідна для ДПП для забезпечення його життєздатності)⁵ або це може бути умовне зобов'язання (наприклад, Муніципалітет буде здійснювати платежі для того, щоб компанія ДПП отримувала узгоджений мінімальний дохід, з урахуванням отриманого доходу від плати користувачів)⁶. Згідно до законодавства України, може бути поставлено під питання дійсність ДПП договорів будь-якого типу, які містять такі положення.

На практиці, зобов'язання, які виходять за межі поточного бюджетного року, як правило, приймаються муніципалітетами в Україні (наприклад, багаторічні контракти на будівництво), і ніхто не заперечує їх дійсність. Більше того, суди (не тільки в Україні) не завжди тлумачать законодавство відповідно до правила "очевидного змісту". Таким чином існуючі положення Бюджетного кодексу можуть не бути перешкодою для багаторічних зобов'язань у муніципальних угодах ДПП для приватного партнера, який готовий покласти на практику що склалася. Але цього не буде достатньо для більшості іноземних компаній та їх адвокатів. Тому було б розумно, уникнути можливості того, щоб такі угоди ДПП (або положення щодо оплати в угодах) могли бути визнаними недійсним з зазначеної вище причини.

Не важко вирішити цю проблему на рівні закону. Можна було б запропонувати певне рішення, однак, воно не буде належним. Прямі і умовні зобов'язання державних

⁵Строго кажучи, можна було б розглядати це як умовні зобов'язання: це залежність від послуг що надаються («доступність») і чи надаються вони належним чином. Але під «умовними зобов'язаннями» зазвичай розуміється те, що оплата повинна бути зроблена тільки в тому випадку малоімовірної майбутні події.

⁶ Ці два види ДПП зобов'язань оплати часто дещо помилково називають "прямі зобов'язання" і «умовні зобов'язання» відповідно.

органів та органів місцевого самоврядування в угодах ДПП стали серйозною проблемою в деяких країнах: вони можуть створювати величезний фіскальний тягар, який стає очевидним тільки пізніше - коли вже надто пізно, щоб запобігти. Ці платежі багато в чому схожі на платежі з обслуговування боргу, навіть якщо вони не розглядаються такими з точки зору бухгалтерського обліку.

Існує в законодавстві України правила які стосуються місцевого богу і місцевих гарантій. Може існувати аргумент що держава повинна встановити такі ж правила стосовно місцевих зобов'язань що впливають із договорів ДПП. Не важко змінити відповідні законодавчі акти, таким чином, щоб фінансові зобов'язання бюджетних організацій, що впливають з угод ДПП, повинні розглядатися, як боргові зобов'язання або гарантії, відповідно.

Проблема полягає в тому, що не легко визначити, який "борговий еквівалент", щодо ДПП зобов'язань з оплати повинен бути у всіх випадках – загалом виходячи із наступних причин:

- ДПП зобов'язання передбачають регулярні платежі у майбутньому; не встановлено еквіваленту початкового простроченого значення «боргу». Фінансово правильним рішенням є капіталізація цих майбутніх платежів використовуючи відповідну знижку для досягнення «поточного значення», що буде мірилом непогашеної відповідальності на теперішній час. Але такий підхід призводить до певних складнощів які вимагають впровадження більш детальних правил. Більше того, не існує згоди у міжнародній практиці, що капіталізація майбутніх платежів ДПП договору призводить до окремого значення поточного ДПП зобов'язання, є найкращим способом вирішення цього питання.⁷
- До того ж, існує уточнення яке необхідно зробити щодо методу капіталізації зазначеному вище. Тільки частина майбутніх платежів, що відображає капітальні вкладення (включаючи пов'язане з цим фінансування) повинна розглядатися – тобто є частина майбутніх платежів за договором ДПП, яка відображає поточні операційні витрати які не повинні включатись. Причина в тому, щоб до подібного застосовувати подібні підходи. Борг використовується (або повинен використовувати) для здійснення капітальних витрат. Але плата за послуги в ДПП включає в себе як нарахування на капітал так і оплату яка відображає витрати компанії ДПП на експлуатацію та обслуговування інфраструктури для надання публічних послуг. Відповідно, тільки частина капіталізованих майбутніх платежів ДПП, які повинні бути включені як еквівалент до боргу, є частиною яка відповідає капітальним витратам. Може бути не надто очевидним яким чином виділити платежу по ДПП частину, яка є капітальними витратами. (Це може бути легко зроблене якщо для Техніко-економічного обґрунтування проекту було використано належну фінансову

⁷ наприклад, публікація МВФ в 2006 році вказує на недолік и"сприйняття поточної вартості майбутніх платежів уряду за послуги згідно договорів ДПП, як відповідальність", бо такий підхід має «низьку перспективу сприйняття бухгалтерами або статистиками "(МВФ, Державно-приватне партнерство, державні гарантії, і фінансовий ризик).

модель, але, знову, це створює труднощі, які повинні бути вирішені у середньостроковому терміні, але не зараз).

- Нарешті, найважче завдання з усіх є, як оцінити умовні («контингент») платіжні зобов'язання - ті, які будуть мати місце тільки за певних умов (наприклад, коли доходи від зборів з користувачів падають нижче заданого значення). Існує багато дискусій на міжнародному рівні про це - як в контексті державного або муніципального боргу і зовсім нещодавно в рамках ДПП. Здавалося б, занадто консервативним, оцінювати вартість всіх цих умовних зобов'язань на їх максимального ризикового значення (тобто, це найгірший випадок, які можуть виникнути). Але немає єдиної думки щодо того який підхід є правильним, і в будь-якому випадку більшість підходів передбачають ретельно сформульовані правила прийняття рішень і відповідні можливості для кількісного аналізу.

Ці питання вимагають серйозного опрацювання - і, способи їх вирішення можливо, будуть іншими - у найближчі місяці і роки. Зараз, однак, те що необхідно, це просте рішення, яке може усунути будь-які перешкоди для муніципальних пілотних проєктів ДПП і забезпечити мінімально достатні гарантії.

Пропоноване рішення. По-перше, повинно бути чітко встановлено у відповідному законодавстві, що бюджетні організації мають право укладати угоди ДПП (і, можливо, більш широку категорію угод), відповідно до яких вони могли приймати на себе зобов'язання з оплати, прямі або умовні, які виходять за межі поточного бюджету.

По-друге, скоро МЕРТ видасть правила щодо методології оцінки проєктів ДПП на основі техніко-економічне обґрунтування ДПП, в яким має бути зазначено, що державні органи як сторона договору повинні визначити і оприлюднити платіжних зобов'язань (включаючи умовні зобов'язання), пов'язані з ДПП - і той вплив який справляє ДПП щодо потреб і ресурсів місцевих бюджетів повинен бути оцінено. (РЗДР допомагає МЕРТ в підготовці цих правил). Існує міжнародний консенсус у тому, що - принаймні перший крок - найважливіший спосіб для вирішення питання щодо прямих і умовних зобов'язань, пов'язаних з ДПП, це виведення їх на поверхню так, щоб майбутні фінансові наслідки були зрозумілі та прийняті до уваги при плануванні та реалізації ДПП.

3. Внесення змін до Закону ДПП з метою врегулювання процедури «step-in» (заміни приватного партнера) у випадку дефолту приватного партнера, без проведення нового конкурсу.

Проблема. В даний час немає чіткого положення в українському законодавстві, яке дозволяє кредитору здійснити процедуру "step-in" – заміну приватного партнера в договорі про ДПП, якщо приватний партнер перебуває на межі дефолту, на нову компанію. Головна неясність тут може бути, що третя сторона може заперечувати таку заміну на тій підставі, що вона не була проведена за відкритим конкурсом.

Дискусія. Право "step-in" є абсолютно необхідними в сфері ДПП, що фінансуються "проєктним фінансуванням": міжнародні кредитори наполягають на цьому.

Позичальники і органи державної влади можуть думати, що це хитрощі кредиторів, і вони часто відчують роздратування щодо такого права. Тим не менш, це просто не предмет для переговорів.

Важливо зрозуміти, чому право «**step-in**» настільки важливе для кредиторів. У більшості ДПП, кредитор не може просто стати власником активів компанії та продавати їх у разі неспроможності позичальника. Наприклад, що хорошого було б викопати водопровідні труби і продати їх? Ліквідна вартість підприємства буде набагато менше, ніж обсяг вимог до нього. Від звичайної застави мало користі. У сфері проектного фінансування, виплата кредитору здійснюється за рахунок грошового потоку створеному ДПП: відповідно, єдиний спосіб, це вирішення своїх потреб шляхом забезпечення належної роботи підприємства – і отримання належних доходів. В цьому причина незвичних угод про забезпечення прав «**step-in**». Ці права здійснюються дуже рідко, але кредитори (і їх адвокати) будуть наполягати, щоб вони були частиною умов фінансування.

Кредитор повинен бути в змозі діяти швидко, щоб знайти іншу компанію, щоб управляти бізнесом, тому конкурс тут не підходить. Він також не є необхідним. Однією з основних причин для конкурентних закупівель, в цілому, полягає в створенні умов державному партнеру, для отримання кращої ціни. У випадку «**step-in**» компанія приймає на себе зобов'язання що впливають із існуючого контракту ДПП, у тому числі існуючі вимоги і існуючі ціни. Це виключає одне із головних причин конкурентної політики закупівель.

Більше того, державні органи повинні забезпечити, щоб договір про «**step-in**» щодо договору ДПП вимагав їх згоди, на обрання кредиторами компанії для заміни приватного партнера в ДПП. Кредитори, як правило приймають обмеження, такі як це, в разі встановлення об'єктивних критеріїв для визначення прийнятності особи для заміни.

Пропоноване рішення. Все, що потрібно, це впровадити у відповідне законодавство положення згідно до наступного:

Сторони можуть включити в договір положення ДПП, які дозволяють кредиторам, у разі серйозного порушення з боку приватного партнера, або за інших обставин, які могли б виправдати розірвання договору ДПП, замінити приватного партнера іншою особою яка відповідає критеріям і буде існуючий договір ДПП.

Як правило, питання про те, якими правами володіє державний партнер щодо надання згоди на таку заміну детально визначається договором ДПП. Ці деталі будуть залежати в деякій мірі від переговорних позицій сторін.

Однак, якщо бажано закріпити таке правило в законодавстві, то формулювання схожі на наступні, повинні бути додані до вищезазначених формулювань, вони можуть бути прийнятними для кредиторів, оскільки, відповідають кращій практиці щодо «**step-in**» угод:

Будь-яка така заміна здійснюється за згодою державного партнера заснованою на кваліфікації пропонованої для заміни компанії та дотриманні критеріїв та порядку погодженого між сторонами.

4. Впровадити до Закону ДПП та відповідних законів положення про те, що всі суперечки, які виникають з угод про ДПП, що укладені з нерезидентами України або з підприємствами з іноземними інвестиціями, можуть бути врегульовані шляхом передачі справи на розгляд до міжнародного арбітражу розміщеного як за межами України так і в Україні (в залежності від угоди сторін), незважаючи на обмеження, передбачені іншими законодавчими актами (за винятком "виключної" компетенції українських судів).

Питання. Є два основних питання. По-перше, хоча в цілому по Україні, міжнародний арбітраж може використовуватися, якщо хоча б однією з сторін у суперечці є іноземна юридична особа або, якщо це підприємство з іноземними інвестиціями (визначається такою, якщо має принаймні 10% іноземного капіталу), ця остання фраза не поширюється на концесії: наприклад, спори, що виникають з концесійної угоди між муніципалітетом та українською компанією більшість акцій якої належить іноземним акціонерам, не можуть бути вирішені шляхом міжнародного арбітражу.

По-друге, можуть виникнути питання, щодо законодавства про третейські суди - які повинні бути використані, якщо компанія що виконує ДПП не має ніяких іноземних акціонерів.

Обговорення. Об'єктивні та компетентні (і здатні бути застосовані) вирішення спорів має ключове значення для ДПП. Умови договору не означають багато, якщо вони не можуть бути належно підтверджені судом і реалізовані.

Міжнародні компанії і кредитори будуть наполягати на "міжнародний арбітраж" в якості основного механізму вирішення спорів в договорах ДПП. Це не обов'язково означає, що арбітраж має проходити за межами України (хоча міжнародні компанії і кредитори можуть наполягати на цьому)⁸. В окремих випадках буде несправедливо очікувати, що муніципалітети в Україні (за винятком, мабуть, найбільших) погодяться їхати, наприклад, у Стокгольм або Відень для вирішення спорів з компанією ДПП. Що міжнародні компанії і кредитори хочуть побачити найбільше, це автономію сторін: що арбітражний розгляд проводиться відповідно до міжнародно визнаних арбітражних правил (наприклад, регламентом ЮНСІТРАЛ), у тому числі наявності можливості сторін вільно обирати арбітрів і "компетентного органу" (особи яка може допомогти вибрати арбітрів у разі виникнення патової ситуації в нормальному процесі вибору) - і, можливо, арбітражну установу для виконання адміністративних завдань.

Деякі з пілотних проектів ДПП можуть включати тільки місцеві компанії - тобто без будь-якої значної іноземної частки. Закон «Про міжнародний комерційний арбітраж» не зможе бути застосованим у цих випадках. Але законодавство про звичайні (тобто внутрішні) третейські суди передбачає значну гнучкість і свободу. Наприклад, незважаючи на те що третейські судді повинні бути із затвердженого списку суддів відповідного українського постійного третейського суду, не є складним для українських бізнес-асоціацій або НПО створити такий суд і вибрати арбітрів, що є в

⁸ Право, яке застосовується до правил арбітражного розгляду (lex arbitri) визначається «місцем» арбітражного розгляду. Призначення місце розгляду Україну, може передбачати певні ризики (зокрема, можливість локального втручання суду в судовий розгляд), і тому першою преференцією міжнародних сторін було б бажання мати місце розгляду в нейтральній країні, де правове середовища щодо арбітражу добре вивчене і відоме як таке що не передбачає втручання.

списку. Відповідно для закону, рішення таких третейського суду не може бути оскаржене по суті справи, і рішення буде на виконане із залученням українського суду.

Насправді, саме ця простота створила погану репутацію третейських судів в Україні. У деяких випадках, споживачі та інші недосвідчені учасники договорів були вимушені підписувати договори, які включають третейські суди, арбітри яких не є незалежними і об'єктивними. В минулому, мали місце інші зловживання, в яких третейський суд використовувався для визначення юридичних прав, з тим щоб здійснити незаконну передачу нерухомого майна.

Однак, якщо відповідний третейський суд що зазначений у договорі ДПП - створено спеціально відповідною організацією з метою вирішення спорів у сфері ДПП - це порядок вирішення спорів, міг би задовільнити для ДПП, які не мають значну іноземну участь.

Пропоноване рішення. В законодавстві слід відобразити, що закон про міжнародний комерційний арбітраж застосовується до суперечок, що випливають з угод ДПП, відповідно до загальних вимог цього закону. (Закон не виключає концесії із сфери своєї дії).

5. Уточнити, що спори, пов'язані з нерухомістю, які входять у виняткову компетенцію Українських судів обмежуються спорами які безпосередньо стосуються прав власності на нерухоме майно, і, що українські суди не мають виняткової компетенції щодо спорів, які стосуються договірною права, пов'язаного із реальним правом власності.

Проблема. Український закон говорить, що спори, пов'язані з нерухомістю в Україні повинні вирішуватися українським судам (тобто не третейськими, чи арбітражем). Існує небезпека того, що суд може тлумачити будь-які спори щодо угод про ДПП як "пов'язані з" нерухомим майном», якщо ДПП передбачає певний спосіб використання нерухомого майна якогось (що має місце зазвичай).

Обговорення. Таке тлумачення суду робить неможливим досягнення мети за для якої впроваджується до угоди ДПП третейське або арбітражне застереження. Навіть якщо вищестоящий господарський суд, скасує подібне рішення нижчестоящего суду, судовий розгляд спричинить ускладнення і затримки, яких було б краще уникнути.

Пропоноване рішення. Відповідні уточнення, що відображають думки викладені вище, повинні бути впроваджені до законодавства.

6. Забезпечити прискорені процедури для формалізації права користування на земельні ділянки передаються приватному партнерові в рамках ДПП.

Проблема. В Україні, в рамках ДПП, земля, яка використовується компанією, залишається у власності держави або муніципалітету, але компанії надається право на використання землі для цілей ДПП. Закони, що регулюють землекористування, однак, не враховують цього конкретного права використання для ДПП, і потребують компаній слідувати звичайною тривалою процедурою реєстрації прав на землю.

Обговорення. Такі вимоги можуть призвести до значних затримок. Наприклад,

компанія не може розпочати будівництво до закінчення процедур реєстрації права на землю.

Пропоноване рішення. Кращим рішенням є надання компанії PPP права користування щодо землі виключно на основі: (а) того, що права на земельну ділянку органів державної влади і (б) договору ДПП, яким публічна влада дозволяє компанії використовувати землю для цілей ДПП. За таких умов компанія не повинна була б проходити процедури реєстрації своїх прав.

7. Уточнити або змінити умови ліцензування, які обмежують право приватного партнера на отримання ліцензії тільки наявністю документів, що підтверджують право користування або право власності на відповідні мережі; дозволити надання таких ліцензій на підставі будь-якого типу договору ДПП, який забезпечує за право управління інфраструктурою.

(Ця проблема віднесена у звіті GIDE до категорії "Другий пріоритет", проте проблема може виникнути в пілотному PPP, і можливе рішення є простим.)

Проблема. У сучасному законодавстві України (точніше, підзаконних актах), концесіонер може отримати дозвіл або ліцензію на експлуатацію інфраструктури, але якщо операційні обов'язки передані іншій компанії (субпідряднику), то ця компанія не буде мати права на отримання операційної ліцензії.

Обговорення. Зазначене не спричинює проблем для багатьох типів пілотних проектів які розглядаються. Взагалі компанія ДПП буде управляти інфраструктурою самостійно і тому ніякі інші компанії не повинні мати ліцензії. Але в певних типах ДПП, які передбачають "проектне фінансування", для компанії ДПП характерно, бути по суті, фінансовим механізмом: компанія ДПП найме на субпідряді для будівництва іншу компанію, а для управління іншу компанію (які швидше за все, будуть афілійовані з компанією ДПП). Це типова структура проект BOT - наприклад, ДПП щодо питної води та очищення стічних вод.

Пропоноване рішення. Все що потрібно, це невеликі зміни в формулюваннях різних підзаконних актів. Здається, що відсутні істотні публічні заперечення проти цього. (Зазначимо, що договір ДПП буде містити необхідні обмеження по відношенню до будь-яких субпідряду або розподіл обов'язків компанією ДПП.)

8. Всі тарифні проблеми

Проблема. Основна проблема полягає в тому, що тарифи на комунальні послуги (вода, стічні води та центрального опалення) встановлюються або муніципалітетами (для невеликих міст і селищ) або Національною комісією з регулювання ринку комунальних послуг України ("Комісія з регулювання"). Існує спеціальна методологія, але: (а) методологія має певні недоліки, (б) розрахунок тарифів допускає неналежні припущення при застосуванні методології, і (в) значення тарифів може просто відрізнитися від необхідної методології - наприклад, зберегти тарифи на низькому рівні, відповідаючи на політичний тиск. Крім того, Комісія з регулювання є новим органом і не має послужного списку, який демонструє послідовність для приватних інвесторів.

У деяких країнах, значення тарифів, які будуть стягуватись, можуть вказуватись в договорах ДПП, а також точні формули коригування тарифів з часом і у відповідь на різну зміну обставин. Це не дозволено в Україні стосовно тарифів у вказаних секторах.

Обговорення. Спосіб яким встановлюються тарифи у вказаних секторах в Україні створює істотний ризик регулювання для інвесторів у сфері ДПП в цих секторах - або принаймні створює враження у потенційних інвесторів про такі ризики.

Пропоноване рішення. Буде зроблено аналіз і можливі рішення будуть оцінені РЗДР в після проведення глибинного дослідження тарифного регулювання в Україні.

Резюме про діяльність пов'язану з РЗДР

РЗДР співпрацює з кількома державними установами України і з Верховною Радою (ВР) в областях, пов'язаних з правової реформи, що впливають ДПП (РЗДР Ціль 1) і має два активних представників у Робочій групі парламентського комітету («Робоча група»), яка здійснює оцінку і розробку пропозованих поправок до ДПП законодавства.

РЗДР відіграє активну роль у законопроектній діяльності як щодо необхідного первинного та вторинного законодавства. Кожен з найважливіших питань, згаданих у цих записах, знаходить відображення в поточній діяльності РЗДР, або буде включений до таких видів діяльності в майбутньому, як зазначено нижче. (Читач повинен звернутися до першої частини цих записів для повної назви кожного пункту.)

1. Платежі при припиненні

Цей пункт (хоча і в дещо іншій редакції) вже знаходиться в центрі уваги Робочої групи, і був розглянутий в проекті закону підготовленому Міністерством регіонального розвитку. Даний проект закону внесений на розгляд Кабінету Міністрів. РЗДР бере участь в розробці і моніторингу законодавчого процесу.

2. Багаторічні зобов'язання з оплати

В кінцевому рахунку, це питання має бути вирішене шляхом розробки відповідних поправок які стосуються безпосередньо з бюджетних питань. РЗДР буде працювати з цього питання у співпраці з одним з його партнерів, Інститутом бюджету та соціально-економічних досліджень (IBSER). Як тимчасове рішення, Робоча група за участю РЗДР, в даний час обговорює можливість введення в законодавство положень, які дозволили б приватному партнеру зменшувати свої інвестиційні зобов'язання або використовувати інші договірні заходи для захисту своїх інтересів, якщо державний партнер не дотримується своїх зобов'язань з оплати.

3. Права “step-in” кредиторів

Цей пункт (хоча і з використанням різних й редакції) знаходиться на розгляді Робочої групи. РЗДР бере участь у моніторингу та процесі розробки.

4. Арбітраж

Цей пункт знаходиться на розгляді Робочої групи. РЗДР бере участь у моніторингу та процесі розробки.

5. Уточнення до виключної компетенції судів Український над реальним майнових спорів

РЗДР має намір представити цей пункт на розгляд Робочої групи в найближчому майбутньому.

6. Право користування на земельні ділянки

Цей пункт знаходиться на розгляді Робочої групи. РЗДР бере участь у моніторингу та процесі розробки.

7. Умови ліцензування

РЗДР знаходиться в процесі визначення відповідних урядових установ, і він буде пропонувати, щоб підтримати їх у розробці відповідних змін до правил, що стосуються цього питання.

8. Тарифні питання

Точна роль РЗДР буде частково залежати від результатів дослідження тарифного регулювання і його потенційного впливу на проекти ДПП.