

УДК 346

DOI <https://doi.org/10.32850/LB2414-4207.2022.26.10>

КОНЦЕСІЙНИЙ СПІР

Студенець Ірина Сергіївна,
аспірантка кафедри економічного
права та економічного судочинства
(Навчально-науковий інститут права
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка, м. Київ,
Україна)

Статтю присвячено комплексному аналізу спору в концесійній моделі державно-приватного партнерства. Концесія може стати дієвим механізмом відновлення України після війни за умови ефективного законодавчого регулювання та практичної реалізації. Метою статті є визначення особливостей концесійного спору в приватноправовій сфері. Застосовано загальнонаукові та спеціальні методи пізнання, основними з яких є системно-структурний, діалектичний, формально-логічний та порівняльно-правовий.

У статті висвітлено погляд законодавця на концесійні спори, враховуючи чинне та ретроспективне регулювання. Огляду судової практики концесійних спорів передує пояснювальне розмежування публічно-правової та приватноправової складових концесійних відносин. Це дозволяє окреслити сферу дослідження в межах господарського права та надати ознайомчий аналіз особливостей концесійного спору в адміністративній галузі.

Проаналізовано судову практику щодо концесій через призму форм та способів захисту прав. Результати дослідження вказують, що форми захисту прав представлені широким спектром як юрисдикційних, так і неюрисдикційних, а способи захисту прав існують переважно у вигляді зміни і припинення господарських правовідносин. У статті зазначається, що сторони концесійних відносин в Україні надають перевагу суду для вирішення концесійних спорів, а зарубіжна практика свідчить про популярність арбітражів. Також автором визначено два основних напрямки запобігання концесійним спорам – узгодження змісту концесійного договору з врахуванням потенційних непорозумінь та постійна комунікація партнерів протягом концесійного проекту.

Вперше запропоновано лаконічне визначення концесійного спору як конфлікту між сторонами концесійних правовідносин та виокремлено особливості концесійного спору у господарських правовідносинах.

Ключові слова: концесія, державно-приватне партнерство, спір у концесії, форми захисту прав, юрисдикція, способи захисту прав.

CONCESSION DISPUTE

Studenets Iryna Serhiivna,
 PhD Student at the Department of
 Economic Law and Economic Justice
 (Educational and Scientific Institute of Law
 Taras Shevchenko National University
 of Kyiv, Kyiv, Ukraine)

The article provides for a comprehensive analysis of the dispute in the concession model of public-private partnership. The concession is an effective mechanism for the recovery of Ukraine after the war, subject to effective legislative regulation and practical implementation. The purpose of the article is to define features of the concession dispute. To achieve the goal, general scientific and special methods of cognition are applied, among which the main ones are systemic-structural, dialectical, formal-logical, and comparative-legal methods.

The article highlights concession disputes with legislative prospective, considering effective and previous legal framework, as well as legislative initiatives.

A review of the court practice regarding concessions is preceded by an explanatory distinction between the public- and private components of concession relations. This allows us to outline the scope of research within the scope of economic law and provide a concise introductory analysis with the features of the concession dispute in the administrative field.

Court practice regarding concessions is analyzed through the prism of forms and methods of rights protection. The results of the study indicate that forms are represented by a wide range of both jurisdictional and non-jurisdictional ones. As well as the methods exist mainly as a change and termination of economic legal relations.

It is concluded that the parties usually use court mechanism for concession disputes in Ukraine and arbitration abroad. The author also identified two main directions for preventing concession disputes, namely agreement on the content of the concession agreement considering potential misunderstandings and constant communication between partners during the concession project.

The author suggests a new approach to the concession dispute concept as a legal conflict between the concession parties. Moreover, the features for concession dispute upon economic legal relations were formulated.

Key words: concession, public-private partnership, concession dispute, forms of rights protection, jurisdiction, methods of rights protection.

Постановка проблеми. Взаємодія публічної сторони (держави та територіальних громад) та приватної сторони може мати значний позитивний економічний вплив. Враховуючи руйнування, які зазнала Україна внаслідок війни, державно-приватне партнерство (далі – «ДПП») та концесія як його форма могли б значно посприяти відновленню України у післявоєнний період та надалі.

Звісно ж, спільна діяльність таких різних за правовою суттю суб'єктів викликає ряд непорозумінь на різних етапах співпраці. Спори у концесіях потребують комплексного аналізу з метою оптимізації механізмів їх вирішення.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Правові питання концесій в Україні досліджували М.М. Бахуринська, О.І. Вікарчук, О.М. Вінник, Л.М. Гончарук, О.М. Григоров, М.А. Гуренко, О.А. Медведєва, В.В. Поєдинок, І.І. Якимова та інші. Однак, на підставі відкритих джерел, вбачається, що спір в концесії на даний момент не є предметом окремого комплексного дослідження як у вітчизняних, та і у міжнародних джерелах, що зумовлює необхідність наукового пошуку.

Метою статті є визначення особливостей спору у концесійній моделі ДПП на підставі концесійного договору. Поставлено цілі здійснити характеристику законодавчого регулювання та судової практики концесійних спорів, сформулювати поняття концесійного спору та визначити його особливості в господарському праві. Об'єктом дослідження є комплекс суспільних відносин, що виникають під час концесійної діяльності, а предметом – концесійний спір після укладення концесійного договору. Методологічною основою дослідження є система загальнонаукових та спеціальних методів наукового пізнання, а саме діалектичний метод пізнання з системно-структурним підходом, формально-логічний та порівняльно-правовий.

Виклад основного матеріалу.

Концепція «концесійного спору». В «Зеленій книзі про ДПП» виокремлено два види ДПП, а саме договірний та інституційного характеру. Концесія – модель договірний ДПП [1, ст. 8-9], поширена у більше ніж ста країнах світу та випереджаючи інші види за рядом економічних показників [2, с. 61]. Станом на початок 2022 року в Україні реалізується 31 договір ДПП і з них 22 – концесійні [3]. Концесія – це форма здійснення ДПП, що передбачає надання приватній стороні права на створення, будівництво, управління об'єктом концесії та/або надання суспільно значущих послуг «замість» та під контролем публічного партнера відповідно до концесійного договору. До характеристики варто додати й високу вірогідність появи спору, оскільки концесійні відносини за своєю сутністю складні та довготривалі, а також досить часто конфлікти, зокрема й в Україні.

У науковій літературі та у судовій практиці, доступних у публічних джерелах на момент дослідження, термін та поняття «концесійний спір» (або ж похідні категорії, як-то «спір у концесіях») окремо не досліджено. Видається, що таке нововведення дозволить виокремити цю категорію спорів з-поміж інших та вдосконалити законодавче регулювання і практику.

Отже, пропонуємо вважати концесійним спором конфлікт між сторонами концесійних правовідносин. Досить лаконічне та широке на перший погляд, таке визначення є самодостатнім, дозволяє включити все правове поле концесійних відносин із запобіганням існуючим дискусіям щодо сфери застосування (про що нижче). Враховуючи мету статті, на основі комплексного дослідження виокремлено особливості концесійного спору у господарській сфері, що доповнюється стислим оглядом концесійних спорів в адміністративній площині.

Варто зазначити, що питання належності концесійних відносин до публічно-правової чи приватноправової сфери є дискусійним. Справа в тому, що у концесії сторони проходять різні етапи концесійного конкурсу, остаточною з яких і буде укладення концесійного договору. Слушною є думка М.О. Михайлів: відносини, пов'язані із укладенням та виконанням договору концесії мають приватноправовий характер; участь органів державної влади і необхідність задоволення публічних цілей вказують на публічні елементи [4, ст. 205]. Враховуючи подвійну правову природу, задля аналізу концесійного спору виділяємо два блоки відносин у концесіях: публічно-правовий (відносини до укладання концесійного договору) та приватноправовий (відносини після укладання концесійного договору).

Форми захисту прав та юрисдикційна належність.

1) До укладення концесійного договору. Безспірно, формою захисту прав у концесійних спорах є юрисдикційна, а саме судовий порядок. Про це зазначено в частині 1 статті 20 Закону України «Про концесію» [5]: спори, що виникають у зв'язку з концесійним конкурсом, конкурентним діалогом, вирішуються

в судовому порядку. До речі, це положення ідентичне попередньому закону [6]. Юрисдикція адміністративних судів поширюється на справи у спорах, що виникають у зв'язку з концесійним конкурсом. Дослідження публічно-правового напрямку не є темою даної статті, для наукового обґрунтування пропонуємо звернутись до праць адміністративістів (зокрема, В.М. Бевзенка [7]). Судова практика також не суперечить вимогам законодавця, приклад – справа щодо визнання незаконним та скасування рішення міської ради «Про визначення переможця конкурсу з передачі в концесію цілісного майнового комплексу» [8].

2) Після укладення концесійного договору. Відповідно до частини 2 статті 45 Закону України «Про концесію» сторони можуть обрати як юрисдикційні, так і неюрисдикційні форми захисту, включаючи: медіацію, незобов'язуючу експертну оцінку, національний або міжнародний комерційний чи інвестиційний арбітраж, у тому числі арбітраж з місцезнаходженням за кордоном (якщо засновником концесіонера є підприємство з іноземними інвестиціями). Отже, перелік не є виключним, а на думку міжнародних інституцій [9], до переліку (щоправда, йдеться про всі форми ДПП) можна додати переговори на високому рівні та медіацію.

Цікаво, що в попередньому Законі, якщо в спорі не був присутнім іноземець, спори розглядалися «відповідно до законодавства України судом». Проаналізовані законопроекти щодо ДПП та концесії свідчать, що зміни до даної статті не плануються. Загалом, вітчизняні юристи не приділяють даному нововведенню значну увагу, лише констатуючи наявність свободи вибору механізму вирішення спорів та практичну зумовленість даних змін. Міжнародні науковці, зокрема Ігнац Зайдель-Хохенфельдерн, підкреслювали важливість рівних правовідносин між державою та іноземним інвестором у межах угод, що полягає в обов'язковому включенні до концесійної угоди застереження про міжнародну підсудність суперечок [10, ст. 13]. Крім того, вбачаємо перевагу в законодавчо закріпленому різноманітті арбітражів (інвестиційний арбітраж дозволяє залучати не лише сторін договору тощо).

На практиці в Україні сторони концесійних договорів уникають різних шляхів вирішення спорів та традиційно звертаються до суду, тоді як міжнародні приклади свідчать про популярність звернення до арбітражів.

Судова практика розгляду та вирішення спорів, що виникають у зв'язку укладанням, зміною чи виконанням договору концесії, характеризується неоднозначністю. Розгляд цієї категорії спорів, як правило, здійснюється господарськими судами, а не судами адміністративної юрисдикції.

Щоб з'ясувати предметну юрисдикцію (раніше – підсудність), в першу чергу звертаємось до процесуальних кодексів, а саме пункту 17 частини 1 статті 20 Господарсько процесуального кодексу України: господарські суди розглядають справи у спорах, що виникають у зв'язку із здійсненням господарської діяльності (...), зокрема: справи, що виникають при укладанні, зміні, розірванні та виконанні договорів, укладених у рамках державно-приватного партнерства, у тому числі концесійних договорів, крім спорів, розгляд яких здійснюється в порядку іншого судочинства [11]. Крім того, варто пам'ятати настанови Верховного Суду про те, що юрисдикція судового спору визначається саме за предметом спору, а участь у спорі суб'єкта владних повноважень не дає підстав ототожнювати спір з публічно-правовим та відносити його до справ адміністративної юрисдикції [12].

Як бачимо, чітка позиція законодавця, підтверджена судовою практикою, дозволяє не погодитися з висловлюваннями, що «розв'язання спору в подібних відносинах є сферою адміністративної юрисдикції» [13], «є всі підстави говорити про адміністративну природу договорів у сфері ДПП» [14, ст. 18] та подібними.

Способи захисту прав.

1) До укладення концесійного договору зазвичай використовується такий спосіб захисту як визнання повністю або частково недійсними актів органів державної влади та органів місцевого самоврядування.

2) Після укладення концесійного договору найпоширенішим способом захисту прав є зміна та припинення господарських правовідносин, а саме вимога про визнання договору або його частини недійсними, наприклад: визнання недійсним договору [15], визнання недійсним пункту угоди [16], визнання недійсним договору та додаткової угоди до нього [17]. Варто відмітити, що в даній категорії спорів суд в кожному випадку досліджує причини невиконання сторонами своїх зобов'язань за концесійним договором, їх вину, шкоду тощо, і, у випадку істотності порушень, припиняє договір. Наприклад, в одній зі справ [18] концесіонер не виконав жодного зі своїх обов'язків щодо концесії будівництва заводу по переробці відходів, що визнано істотним порушенням концесійного договору та призвело до його розірвання в судовому порядку.

Узагальнені висновки аналізу позиції законодавця та судової практики щодо концесійних спорів наведено у таблиці.

Таблиця 1

Судова практика щодо спорів у концесіях в Україні

	ДО	ПІСЛЯ
	УКЛАДЕННЯ ДОГОВОРУ КОНЦЕСІЇ	
ФОРМИ ЗАХИСТУ ПРАВ	Юрисдикційна (суд)	Юрисдикційна (суд, національний та міжнародний арбітраж) Неюрисдикційна (медіація, незобов'язуюча експертна оцінка тощо)
ЮРИСДИКЦІЯ	Адміністративна	Господарська
НАЙПОШИРЕНІШІ СПОСОБИ ЗАХИСТУ ПРАВ	Визнання недійсними актів органів державної влади та органів місцевого самоврядування	Зміна і припинення господарських правовідносин

Джерело: розроблено автором

У міжнародній практиці показовою щодо форм та способів захисту прав у концесійних спорах є справа залізничної концесії в Кенії, де концесіонер просив суд заблокувати розірвання концесійного договору. Справу розглядало декілька судових інстанцій, а пізніше сторони вдалися до позасудового врегулювання [19].

Запобігання концесійному спору або зменшення його негативних наслідків. Звісно ж, профілактика є найоптимальнішим шляхом для сторін, оскільки усуває більшість негативних наслідків (втрата часу, фінансів, довіри сторін тощо). Спираючись на думки дослідників щодо ДПП як більш ширшої категорії [20, ст. 54-55], виокремлюємо два основні напрями запобігання або «пом'якшення» концесійного спору: аналіз концесійного договору під час його укладення з наголосом на зменшення ризиків для обох сторін та постійна кооперація між партнерами, заснована на довірі, протягом усього проекту. На перший напрям вказує законодавець, відносячи порядок вирішення спорів до істотних умов концесійного договору, чим заохочує сторони до попередніх домовленостей (наприклад, щодо орієнтовних витрат, обов'язковості рішень). Існують

і більш глобальні пропозиції: створювати асоціації, розробляти кодекси, формувати третейські суди як самоорганізацію системи позасудових вирішень спорів щодо ДПП [21, ст. 150], однак під час післявоєнного відновлення не вбачаємо такої потреби.

Висновки.

I. Дане дослідження дозволяє дійти висновку, що концесійний спір – це конфлікт між сторонами концесійних правовідносин, що у приватноправовій площині (після укладення концесійного договору) має наступні особливості:

- 1) зміст: відносини у концесійній моделі ДПП на підставі договору концесії;
- 2) суб'єкти: сторони концесійного договору та зацікавлені особи;
- 3) підстава: розбіжності з питань права та (або) питань факту, які можуть стосуватися протиправних та (або) правомірних дій;
- 4) вплив: негативно відображається на правах та (або) інтересах осіб, унеможливаючи їх здійснення або створюючи таку загрозу;
- 5) форми захисту: юрисдикційна та неюрисдикційна (свобода вибору механізму вирішення спорів дозволяє сторонам врегулювати обов'язковість результату, конфіденційність, залучення осіб з певною кваліфікацією тощо);
- 7) предметна юрисдикція: господарська;
- 8) найпоширеніші способи захисту: зміна і припинення господарських правовідносин.

II. З огляду на неоднозначну судову практику у концесійних спорах та непопулярність інших форм захисту прав в Україні, рекомендуємо:

1) Сторонам концесійного договору (спору): з метою запобігання конфліктам розробити оптимальний для обох сторін порядок вирішення спорів та здійснювати постійну комунікацію; враховувати судові рішення останніх років та вищих інстанцій, за можливості отримувати роз'яснення компетентних органів;

2) Державі (наприклад, в особі Міністерства економіки України, судової гілки влади): надати узагальнення та(або) роз'яснення судової практики у концесійних спорах.

Тема концесійного спору має широке поле для подальшого дослідження. Зокрема, подальшого вдосконалення потребують питання окремих форм захисту прав, підстави спорів у концесії, засоби запобігання концесійним спорам тощо.

Список використаних джерел:

1. Green Paper on public-private partnerships and Community law on public contracts and concessions. URL: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0327:FIN:EN:PDF>.
2. Брайлівський І.А. Державно-приватне партнерство: методологія, теорія, механізми розвитку : дис. ... докт. екон. наук: Донецьк, 2014. 462 с.
3. Довідка щодо результатів здійснення ДПП (31.01.2022). URL: <https://www.me.gov.ua/Documents/Detail?lang=uk-UA&id=9fc90c5e-2f7b-44b2-8bf1-1ffb7ee1be26&title=StanZdiisnenniaDppVUkraini>.
4. Михайлів М.О. Поняття та ознаки договору концесії. *Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні і: матеріали XXI звітної науково-практичної конференції*. 2015. С.205-208.
5. Про концесію: Закон України від 3 жовтня 2019 р. № 155-IX // *Відомості Верховної Ради України*. 2019. № 48. Ст. 325.
6. Про концесії: Закон України від 16 липня 1999 р. № 997-XIV // *Відомості Верховної Ради України*. 1999. № 41. Ст. 372.
7. Бевзенко В.М. Критерії адміністративної юрисдикції. URL: <https://sud.ua/ru/news/blog/169927-kriteriyi-administrativnoyi-yurisdiktsiyi>.

8. Постанова касаційного адміністративного суду України від 10 вересня 2019 року у справі № 459/2485/16-а. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/84265846>.
9. Dispute Resolution Systems Available. URL: <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/legislation-regulation/framework-assessment/legal-environment/dispute-resolution>; PPP Contract Management Report. URL: <https://managingppp.gihub.org/report>.
10. Григоров О.М. Концесійні угоди: правова природа та особливості правового регулювання: Автореф. дис... канд. юрид. наук: Київ, 2000. 26 с.
11. Господарський процесальний кодекс України: Закон України від 16 листопада 1991 року № 1798-XII // *Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 6. Ст. 56.
12. Постанова Великої Палати ВС від 6 квітня 2021 року у справі № 910/10011/19 (12-84rc20). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/96695006>; Постанова Касаційного адміністративного суду ВС від 6 лютого 2020 року у справі № 640/20032/18. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/87452813>.
13. М. Кучерявенко. Концесійні відносини як об'єкт комплексного правового регулювання URL: <https://blog.liga.net/user/mkucheryavenko/article/25051>.
14. Бондаренко Д. С. Щодо правової природи договору про державноприватне партнерство: нотатки до наукової дискусії. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. 2015. № 30(2). С. 15-20.
15. Постанова Касаційного господарського суду ВС від 27 липня 2021 року у справі № 906/494/20. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/98669140>.
16. Постанова Касаційного господарського суду ВС від 20 лютого 2020 року у справі № 911/1098/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/87779293>.
17. Постанова Касаційного господарського суду ВС від 7 липня 2021 року у справі № 906/217/20. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/98203089>.
18. Рішення господарського суду міста Києва від 12 серпня 2018 року у справі № 910/6782/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/83566782#>.
19. Public-Private Partnerships Policy and Practice A Reference Guide. URL: <https://shaghoor.ir/Files/Yong,%20H.K.,%20ed.%202010.%20Public-Private%20Partnerships%20Policy%20and%20Practice%20A.pdf>.
20. Osei-Kyei, R., Chan, A.P.C., Yao, Yu., & Mazher, K.M. Conflict prevention measures for public-private partnerships in developing countries. *Journal of Facilities Management*. 2019. pp. 39-57.
21. Заскалкін А.С. Механізми розвитку державно-приватного партнерства на регіональному рівні : дис. канд. наук держ. управління:Харків, 2017. 226 с.