

АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ГОСПОДАРСЬКОГО, ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА І ПРОЦЕСУ, ТРУДОВОГО ПРАВА

УДК 346.3 : 656.615

Зятіна Д. В., доцент кафедри господарського
права і процесу НУ «ЮА», к.ю.н.

Концесія в морських портах – інвестиційні ризиків та шляхи їх зменшення

Стаття присвячена науковому аналізу правових та економічних ризиків, що можуть виникати при реалізації концесійних проектів в морських портах. Встановлено, що концесія, як і будь-який інвестиційний проект, супроводжується великою групою ризиків, які можуть вплинути на її прибутковість та ефективність. Серед них – правові, політичні, соціальні, фінансові, комерційні ризики. Запропоновано окремі шляхи мінімізації вказаних ризиків як з боку учасників, так і з боку законодавця.

Ключові слова: морський порт, концесія, інвестиції, концесійні ризики, напрями мінімізації концесійних ризиків.

Статья посвящена научному анализу правовых и экономических рисков, которые могут возникать при реализации концессионных проектов в морских портах. Выявлено, что концессия, как и любой инвестиционный проект, сопровождается большой группой рисков, которые могут повлиять на ее прибыльность и эффективность. Среди них – правовые, политические, социальные, финансовые, коммерческие риски. Предложены пути минимизации этих рисков как участниками проекта, так и законодателем.

Ключевые слова: морской порт, концессия, инвестиции, концессионные риски, направления минимизации концессионных рисков.

The article is devoted to the scientific analysis of legal and economic risks, which may arise when concession projects being realized in sea ports. It was stated, that concession, like other investment projects, is connected with huge group of risks, which may seriously influence its profitability and efficiency. Among these risks are – legal, political, social, financial, commercial risks. In the article propositions for the minimization of such risks as by the participants of the concession, so by the officials were made.

Key words: sea port, concession, investments, concession risks, the directions for the concession risks minimization.

Актуальність. Реформа морської галузі однією з найперспективніших форм приватного інвестування в портову інфраструктуру передбачає концесію (ч. 1 ст. 26 Закону України «Про морські порти України» від 17.05.2012 р.). Концесія виступає одним з ринкових механізмів, що дозволяє грамотно та ефективно використовувати публічні активи. Концесійні проекти дозволяють підвищити конкурентоспроможність національної економіки та запровадити можливості за допомогою приватного капіталу ефективно та інноваційно використовувати державну власність. Міжнародний досвід наочно демонструє, що залучення приватних суб'єктів як до безпосереднього здійснення господарської діяльності, так і до створення і модернізації інфраструктури морських портів надзвичайно підвищує прибутки останніх [1].

Концесія зарекомендувала себе як ефективна форма взаємодії у морських портах у багатьох країнах світу, зокрема – Бельгії, Греції, Німеччини, Італії тощо.

Постановка проблеми. З огляду на велику капіталізацію та публічну значущість концесійних проектів в морських портах питання оцінки ризиків від їх реалізації потребує детальної уваги як з боку учасників проекту, так і з боку законодавця. Як і будь-який проект державно-приватного партнерства концесію можуть супроводжувати політичні, соціальні, фінансові, комерційні, екологічні та інші види ризиків.

Завданням статті є аналіз можливих правових та економічних ризиків приватного інвестування в морських портах та розроблення механізмів їх зменшення. Адже не викликає сумнівів теза про те, що від ефективного розвитку окремого порту зазвичай залежить економічний стан всього регіону його розташування.

Основний матеріал. Відповідно до Методики виявлення ризиків, пов'язаних з державно-приватним партнерством, їх оцінки та визначення форми управління ними, затвердженої Постановою Кабінету Міністрів України від 16 лютого 2011 р. N 232, ризик – можлива подія, дія та/або бездіяльність партнера, що можуть призвести до негативних наслідків. Управління ризиком – розроблення та здійснення оптимальних заходів для запобігання виникненню ризиків та ліквідації наслідків їх виникнення.

Методика поділяє всі ризики на декілька груп: 1) пов'язані з впливом зовнішніх обставин, що не залежать від волі партнерів; 2) політичні; 3) пов'язані з невиконанням партнерами умов договору; 4) комерційні; 5) фінансові; 6) екологічні.

Розглянемо окремі з цих ризиків та спробуємо зрозуміти, наскільки часто учасники концесійних проектів зустрічаються з ними і які шляхи їх мінімізації в морському порту.

Політичні ризики пов'язані, в першу чергу, із діями або бездіяльністю органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування при реалізації умов договору. Наприклад, політичний ризик може полягати у встановленні цін (тарифів) на послуги портових операторів у розмірі, що не відповідає економічно обґрунтованим витратам на їх виготовлення чи надання, якщо такі ціни (тарифи) підлягають державному регулюванню. І, хоча Закон України «Про морські порти України» в ст. 21 встановив, що тарифи на послуги (крім послуг, що надаються природними монополістами і послуг у складі портових зборів) є вільними, водночас не можна не враховувати спеціальний закон у сфері ціноутворення і державного регулювання цін – Закон України «Про ціни і ціноутворення» від 21.06.2012 р., який був прийнятий пізніше Закону «Про морські порти України». Згідно із ст. 12 Закону України «Про ціни і ціноутворення» державні регульовані ціни запроваджуються на товари, які справляють визначальний вплив на загальний рівень і динаміку цін, мають істотну соціальну значущість, а також на товари, що виробляються суб'єктами, які займають монопольне становище на ринку, тобто вказаний Закон розширює перелік об'єктів, що можуть підпадати під державне цінове регулювання.

Отже концесіонеру, укладаючи договір концесії в морських портах, слід враховувати можливість державного регулюючого впливу на ціни та тарифи в морському порту. Можливість державного цінового регулювання має бути передбачена в концесійному договорі. Водночас кожен суб'єкт державного цінового регулювання може розраховувати на судовий захист своїх прав згідно із ст. 15 Закону України «Про ціни і ціноутворення», в якій закріплено, що установлення Кабінетом Міністрів України, органами виконавчої влади та органами місцевого самоврядування державних регульованих цін на товари в розмірі, нижчому від економічно обґрунтованого розміру, без визначення джерел для відшкодування різниці між такими розмірами за рахунок коштів відповідних бюджетів не допускається і може бути оскаржено в судовому порядку.

Цінове регулювання в морських портах виступає потужним важелем регулюючого впливу на концесіонерів. Як можна побачити з вищенаведеного поряд із загальною презумпцією Закону України «Про морські порти України» про вільне ціноутворення, існують випадки можливого державного впливу на ціни на послуги в морських портах. Така ситуація є можливою, коли оператор надає важливі публічні послуги, коли він є монополістом із надання портових послуг, або коли йдеться про послуги у складі портових зборів. В такому разі уповноважені органи мають право для захисту публічних інтересів встановлювати максимально допустимі рівні цін і тарифів. Це, авжеж, створює додатковий ризик для концесіонера. І, з огляду на природу такого ризику, він носить як політичний, так і фінансовий характер, адже відображається, в першу чергу, на фінансових показниках діяльності концесіонера. Хоча при наявності вільної конкуренції єдиним засобом тарифного регулювання з боку концесіодавця має бути зобов'язання концесіонера забезпечувати рівні умови обслуговування для всіх споживачів та публікувати тарифні ставки.

Що стосується портових зборів, які стягуються в морських портах, то їхній розмір в національних портах визначається відповідно до Наказу Міністерства інфраструктури України від 27.05.2013 р. № 930/23462 «Про портові збори». Водночас європейська практика визначення портових зборів йде дещо іншим шляхом. Наприклад, відповідно до проекту Регламенту Європейського парламенту та Ради 2013/0157 «Про створення системи доступу на ринки портових послуг та фінансової прозорості портів», органи управління портом визначають портові збори за портову інфраструктуру автономно і відповідно до їх власної комерційної та інвестиційної стратегії [2, с. 50]. Такий підхід до встановлення ставок портових зборів безумовно більш ефективний та прозорий, дозволяє краще враховувати специфіку кожного окремого морського порту, і, як наслідок, є більш привабливим для портових операторів.

Поряд із політичним ризиком не можна не вказати на ризики правового характеру. Як зазначено в працях іноземних дослідників морської галузі: «Недостатня зрозумілість та можливість законодавчих змін можуть призвести до спорів в результаті неввірного тлумачення положень закону або необхідності внесення змін до договору, що породжує певний ризик. І, як правило, мінімізувати правовий ризик доволі складно. Тому детальний правовий аналіз концесійного проекту є пріоритетним завданням будь-якого концесіонера» [3, с. 211].

В контракті необхідно передбачити умови щодо незмінності законодавства на протязі всього строку дії договору концесії (особливо враховуючи той факт, що концесійні відносини є довготривалими — від 10 до 50 років) та доцільно звернутися до гарантій інвестиційної діяльності, адже концесійні проекти — це проекти інвестиційні.

Такі гарантії в українському законодавстві існують. Зокрема, вони передбачені в ст. 18 Закону України «Про інвестиційну діяльність» від 18.09.1991 р., згідно із якою умови договорів, укладених між суб'єктами інвестиційної діяльності, зберігають свою чинність на весь строк дії цих договорів і у випадках, коли після їх укладення законодавством (крім податкового, митного та валютного законодавства, а також законодавства з питань ліцензування певних видів господарської діяльності) встановлено умови, що погіршують становище суб'єктів або обмежують їх права, якщо вони не дійшли згоди про зміну умов договору.

Слід констатувати той факт, що законодавство, яке стосується діяльності морських портів є доволі динамічним. Про це свідчать і зміни, що були внесені у не так давно прийнятий Закон України «Про морські порти України» і зовсім нові законопроекти, зокрема Законопроект № 4431 від 13.03.2014, яким пропонувалося ліквідувати

державне підприємство «Адміністрація морських портів України».

З приводу зазначеного слід наголосити, що для більшої привабливості портового сектору для потенційних інвесторів необхідно забезпечити ефективну та стабільну законодавчу базу їх функціонування, яка не потребувала б постійних змін та вдосконалень. Законодавчі положення мають розроблятися з врахуванням того, що правове регулювання відносин має відображати реальні потреби економічного розвитку, що існують в суспільстві [4, с. 95].

Соціальні ризики виникають тоді, коли перед портовим оператором постає необхідність реструктуризувати робочу силу, виплачувати вихідну допомогу працівникам або вкладати кошти у перепідготовку кадрів. При укладанні концесійного контракту треба враховувати, що за умовами договору концесіонер може бути зобов'язаний не звільняти працівників порту. Наприклад, із початком портової реформи в Україні встановлено мораторій на скорочення робочих місць [5, с. 32]. Крім того, з огляду на велику суспільну значущість концесійних проектів, не можна не згадати про спеціальну норму ст. 10, ст. 18 Закону України «Про концесії» від 16.07.1999 р. та п. 32 Положення про проведення концесійного конкурсу від 12 квітня 2000 р. N 642, де істотною умовою концесійного контракту є умова щодо переважного використання праці громадян України. Тому перед участю у концесійному конкурсі питання щодо можливості вільного найму та звільнення, системи перепідготовки кадрів, переводу працівників на інші посади тощо має бути детально вивчене концесіонером.

Якщо говорити про валютні та комерційні ризики, то вони безпосередньо впливають на фінансовий стан концесіонера, а тому мають бути оцінені в першу чергу. Валютний ризик є частиною фінансового ризику. До нього відносимо:

- ризик, пов'язаний з коливанням валютного курсу;
- неможливість або надмірна нормативна зарегульованість процесів конвертації місцевої валюти в іноземну;
- неможливість переказу отриманої валютної виручки із країни реалізації концесійного проекту.

Якщо враховувати той факт, що концесійні проекти — це проекти інвестиційні, то можливість покриття окремих валютних ризиків передбачена в чинному законодавстві. Наприклад, ст. 12 Закону України «Про режим іноземного інвестування» гарантує іноземним інвесторам після сплати податків, зборів та інших обов'язкових платежів безперешкодний і негайний переказ за кордон їх прибутків, доходів та інших коштів в іноземній валюті, одержаних на законних підставах внаслідок здійснення іноземних інвестицій.

Ризик неможливості або складності конвертації місцевої валюти в іноземну покладається на концесіонера, водночас може бути усунутий або мінімізований тільки за допомогою концесієдавця та влади країни реалізації проекту (відповідними регуляторними органами, наприклад Національним банком). Аналіз валютного законодавства України, зокрема Положення про порядок та умови торгівлі іноземною валютою, затвердженого Постановою Правління НБУ від 10.08.2005 № 281, постанови Правління НБУ від 18 березня 2014 р. № 137 «Про внесення змін до постанови Правління Національного банку України від 06 лютого 2014 року № 49 (зі змінами)» (сьогодні вже втратила чинність), що запроваджують складні правила купівлі-продажу іноземної валюти суб'єктами господарювання, дозволяє говорити про те, що зазначений тип ризику притаманний національним валютним відносинам і має бути належним чином оцінений концесіонером задля подальшого зменшення можливих фінансових витрат.

Від ризику коливання валютного курсу застраховуватися доволі важко, особливо

в країнах із нестабільною економікою. Можливістю частково застрахуватися від такого ризику є здійснення більшості витрат та розрахунків в національній валюті. Хоча, якщо інвестор іноземний, проект реалізується за рахунок іноземних кредитів або є необхідність закуповувати іноземне обладнання, то природно, що фінансування буде здійснюватися в іноземній валюті. Здебільшого валютні ризики в такому разі можуть покриватися за допомогою хеджування.

Також в літературі пропонуються інші способи зменшення валютних ризиків. Зокрема, оформлення державної гарантії по кредитах чи інвестиціях в національній та в іноземній валюті дозволить нівелювати валютні ризики та ризики рефінансування. Така гарантія має носити безвідзивний та безумовний характер [6]. Крім того державні гарантії при кредитуванні концесійних проектів можуть виступати ефективним механізмом зменшення фінансових ризиків концесіонера, з врахуванням того, що кредитування концесійних проектів не може відбуватися під заставу майна, що є об'єктом концесії згідно, зокрема, до Закону України «Про управління об'єктами державної власності» від 21.09.2006 р.

Велике значення для прибутковості концесійних проектів має належна оцінка та максимальне зменшення комерційних ризиків, які в морських портах пов'язані, в першу чергу, із можливою недостатньою завантаженістю оператора. Адже умова щодо забезпечення мінімального рівня пропускної спроможності терміналу як правило є необхідною в концесійному договорі і недосягнення обумовлених в контракті показників може бути підставою для стягнення з концесіонера на користь концесіодавця штрафних санкцій [3, с. 216]. В цьому аспекті хотілось би звернути увагу на актуальності вдосконалення механізму розрахунку концесійних платежів, коли концесійних платіж за право на створення об'єкта концесії буде складатися із двох частин — де одна частина — це фіксований платіж за використання території концесіонером, а інша — це платіж, що змінюється в залежності від вантажообігу збудованого об'єкта концесії [7, с. 31-32]. Видається, що така ситуація значно знизить комерційні ризики концесіонера та зробить проект більш ефективним.

Також не слід забувати про обов'язок сплати концесіонером концесійних платежів, які відповідно до п. 10 Типового концесійного договору, затвердженого Постановою КМУ від 12 квітня 2003 р. № 643, не залежать від результатів господарської діяльності концесіонера. Хоча судова практика свідчить про можливість пільг для концесіонера по сплаті концесійних платежів. Зокрема, Рішенням Господарського суду м. Києва від 21.09.2010 р. у справі № 45/189 відповідачу було надано відстрочку оплати концесійних платежів шляхом перенесення їх оплати до моменту досягнення підприємством позитивного фінансового результату від господарської діяльності (прибутку), але не більш ніж на два роки з моменту набрання рішенням законної сили (Рішення набрало законної сили 15.11.2010 р.) [8].

Водночас, слід враховувати, що порушення умов концесійного договору, зокрема вимог щодо сплати концесійних платежів та внесення інвестицій, є безумовною підставою для розірвання договору концесії. Така позиція викладена, наприклад, в Постанові Вищого господарського суду України від 6 лютого 2012 року у справі № 52/179, де зазначено, що «...суди попередніх інстанцій дійшли вірного висновку щодо порушення відповідачем істотних умов концесійного договору в частині внесення одноразового фінансового внеску до бюджету міста в розмірі 9 000 000 грн., внесення концесійних платежів, погашення кредиторської заборгованості та страхування об'єкта

концесії. Зазначені порушення концесіонером своїх зобов'язань за концесійним договором є істотними, в зв'язку з чим наявні правові підстави для розірвання цього договору в порядку, передбаченому ч. 2 ст. 651 Цивільного кодексу України» [9].

Ще одним способом захиститися від комерційного ризику, пов'язаним із недостатньою завантаженістю оператора є запровадження для клієнтів оператора мінімальних обсягів закупівлі послуг оператора (*minimum volume guarantees*). В даному випадку клієнт зобов'язується або забезпечити мінімальний рівень трафіку через термінал оператора, або сплачувати певний фіксований платіж незалежно від того, чи користується він послугами оператора, чи ні. В такій ситуації основні клієнти портових операторів, наприклад суднові компанії, стають спонсорами концесійних проектів і несуть частину комерційного ризику. Водночас, беручи на себе частину ризику, суднові компанії можуть вимагати для себе певних переваг, порівняно з іншими учасниками ринку і тоді положення щодо забезпечення недискримінаційних умов з боку портових операторів доволі важко реалізувати. Наприклад, нереально зобов'язати оператора, який є дочірньою компанією судноплавної лінії, обслуговувати на тих самих умовах інших клієнтів. Ця проблема має бути вирішена ще на етапі концесійного конкурсу. Економічна приналежність претендента та будь-які пов'язані із цим обмеження мають бути прийняті до уваги та враховуватися при обранні переможця концесійного контракту. До речі, така норма прямо закріплена у п. 38 Директиви Європейського Парламенту від 26 лютого 2014 року [10, с. 7], де зазначається, що в багатьох випадках концесіонери представляють собою господарські об'єднання, кожен з учасників яких виконує свої функції в об'єднанні. Тому дуже важливо виключити можливість надання концесії об'єднанням або учасникам об'єднання, метою яких буде надавати послуги тільки афілійованим особам, а не всім учасникам ринку.

Підсумовуючи, слід зазначити, що Закон України «Про морські порти України» приймався з метою створення сприятливого інвестиційного клімату в портовому секторі та залучення приватного капіталу для модернізації та підвищення конкурентоспроможності українських портів. Концесія при цьому розглядається як одна з оптимальних форм господарювання в портах. Водночас практика існування Закону, демонструє, що сьогодні в портах укладаються здебільшого договори оренди, які залишаються найбільш зрозумілими для суб'єктів господарювання. Це пов'язано із процедурною складністю укладання договорів концесії, недосконалістю концесійного законодавства. Адже занадто складна процедура проведення концесійного конкурсу, необхідність залучення декількох міністерств для затвердження результатів конкурсу та укладення договору, високі ставки концесійних платежів, неможливість отримання кредитів під заставу майна, що знаходиться в концесії — все це створює правові та економічні перешкоди у розвитку концесії в морських портах. Хоча, як вже зазначалося, більшість найбільш великих портів світу функціонують саме за концесійною моделлю розвитку.

Отже, законодавство про морські порти та концесію потребує змін та вдосконалень, які мають носити системний та комплексний характер, враховувати правові та економічні реалії, розроблятися з урахуванням всіх можливих ризиків, що виникають при реалізації великих проектів державно-приватного партнерства.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Trujillo, L. and Nombela, G. Privatization and regulation of the seaport industry. — [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://info.worldbank.org/etools/docs/library/64583/2181seaport.pdf>
2. Горб С. Европейское будущее портовых услуг // С. Горб, П. Макушев // Порты Украины. — № 4 (136). — 2014. — С. 48-51.

3. Financial Implications of Port Reform. Module 5. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.ppiaf.org/sites/ppiaf.org/files/documents/toolkits/Portoolkit/Toolkit/pdf/modules/05_TOOLKIT_Module5.pdf
4. Подцерковний О.П. Грошові зобов'язання господарського характеру: проблеми теорії і практики / О.П. Подцерковний. – Видання друге. – К.: «Юстиніан», 2007. – 424 с.
5. Национальный морской рейтинг Украины – 2013 // Порты Украины. – 2014. - № 1. – С. 30-36.
6. Ганечко І.Г. Управління валютними ризиками інфраструктурних проектів / І.Г. Ганечко. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.economy.nauka.com.ua/?op=1&z=981>
7. Зятіна Д.В. Окремі особливості концесії в морських портах / Д.В. Зятіна // Підприємництво, господарство і право. – № 11. – 2013. – С. 29-32.
8. Рішення Господарського суду м. Києва 21.09.2010 р. у справі № 45/189. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/12012891>
9. Постанова Вищого господарського суду України від 6 лютого 2012 року у справі № 52/179. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/21340780>
10. Directive 2014/23/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on the award of concession contracts // Official Journal of the European Union, L 94, 28.3.2014.

УДК 347.78 (476) (043.3)

Зайцева А. В., декан юридичного факультету
КНУКіМ, кандидат культурології

Становлення та розвиток правової охорони аудіовізуального твору як самостійного об'єкта авторського права

Статтю присвячено питанням становлення і розвитку правової охорони аудіовізуальних творів як самостійних об'єктів авторського права. Автором поставлено завдання щодо узагальнення теоретичних і практичних знань про правову природу та особливості аудіовізуального проведення з метою визначення основних напрямків розвитку його правової охорони.

Ключові слова: аудіовізуальний твір, авторське право, суміжні права, автор, передача організації ефірного або кабельного мовлення, відеозапис, мультимедіа, продюсер.

Статья посвящена вопросам становления и развития правовой охраны аудиовизуальных произведений как самостоятельных объектов авторского права. Автором поставлена задача обобщения теоретических и практических знаний о правовой природе и особенностях аудиовизуального проведения с целью определения основных направлений развития его правовой охраны.

Ключевые слова: аудиовизуальное произведение, авторское право, смежные права, автор, передача организации эфирного или кабельного вещания, видеозапись, мультимедиа, продюсер.

The article deals with the formation and development of the legal protection of audiovisual works as independent objects of copyright. Author tasked generalization of theoretical and practical knowledge of the legal nature and characteristics of audiovisual to determine the main directions of development of its legal protection.

Keywords: audiovisual work, copyright, related rights, the author, the transfer organization of air or cable broadcasting, video, multimedia, producer.