

### ДОГОВІР КОНЦЕСІЇ ЯК ФОРМА ІНВЕСТУВАННЯ

Концесії придбали необхідну правову базу у вигляді спеціального законодавства з прийняттям Закону України «Про концесії» від 16.07.1999 р. Згадування про договір концесії зустрічалося в законодавстві України і раніше. Зокрема, договір концесії був названий у Законі України «Про режим іноземного інвестування» як один з договорів, на основі якого можуть здійснюватися іноземні інвестиції в Україну. Однак до прийняття спеціального законодавства в цій сфері відповідне положення Закону «Про режим іноземного інвестування» залишалося декларативним, оскільки не були передбачені спеціальні правила, що регламентують договір концесії.

Законом «Про концесії» дане визначення концесії як надання з метою задоволення суспільних потреб уповноваженим органом виконавчої влади або органом місцевого самоврядування на підставі концесійного договору на платній і терміновій основі юридичній або фізичній особі (суб'єкту підприємницької діяльності) права на створення (будівництво) та/або управління (експлуатацію) об'єкта концесії (термінове платне володіння), за умови прийняття суб'єктом підприємницької діяльності (концесіонером) на себе зобов'язання щодо створення (будівництва) та/або управління (експлуатації) об'єкта концесії, майнової відповідальності і можливого підприємницького ризику. У ст. 406 Господарського кодексу України надане подібне легальне визначення поняття «концесія».

На думку А. Сосни, однією з основних особливостей концесії є наявність в ній публічно-правових елементів та умов. До публічно-правових відмінностей концесії слід віднести виключний (або монопольний) характер прав, наданих концесієдавцем концесіонерові. Та обставина, що джерелом виключних прав концесіонера служить статус концесієдавця як органу публічної влади, визначає принципову відмінність концесії від цивільно-правових договорів, насамперед оренди. Якщо передача виключних прав за цивільно-правовим договором означає самообмеження суб'єктивних прав приватного власника, то надання виключних прав концесієдавця — це самообмеження органу публічної влади. До публічно-правових ознак концесії належать також наявність в ній явно виражених, чітко зафіксованих суспільно необхідних або корисних цілей, публічного інтересу, загального блага. Концесія, на відміну від цивільно-правових договорів, втілює насамперед публічний (суспільний) інтерес [1].

Закон України «Про концесії» визначає поняття і правові принципи регулювання відносин концесії державного і комунального майна, а також умови і порядок її здійснення з метою підвищення ефективності використання державного і комунального майна і забезпечення потреб громадян України в товарах (роботах, послугах).

Коло об'єктів концесії чітко визначене у ст. 3 Закону. Закон називає об'єкти права державної або комунальної власності, що надаються в концесію.

М. Слюсаревський вказує, що Закон України «Про концесії» спрямований на орієнтацію потенційних концесіонерів у галузь комунальних послуг та розвиток транспортної інфраструктури. Він не регулює інвестування в пошук, розвідку і видобування корисних копалин — те, що в часи Російської імперії і Радянського Союзу традиційно розглядалося як концесія [2]. Зазначені відносно регулює Закон України «Про угоди про розділ продукції».

Варто погодитися з думкою О.Григорова, що українське концесійне законодавство дає вузьке трактування (визначення) об'єкта (об'єктів) концесійного договору. Спеціальне концесійне законодавство України, а саме Закон України «Про концесії» і Закон України «Про концесії на будівництво та експлуатацію автомобільних доріг», регламентує тільки об'єкти так званих державних і комунальних концесій, а також «дорожніх» концесій. При цьому положення вищевказаних законів у частині визначення потенційних об'єктів концесій суперечать нормам Кодексу України «Про надра» у частині визначення «монопольних видів державної господарської діяльності» [3, 28].

Стаття 1 Закону «Про концесії» вказує суб'єктів відносин концесії — концесіодавця і концесіонера. Концесіонером може бути лише суб'єкт підприємницької діяльності, що відповідно до Закону на підставі договору одержав концесію. Позначення законом в якості концесіонера лише суб'єкта підприємницької діяльності свідчить про підприємницьку спрямованість договору. Отже, концесіонер використовує договірну форму концесії не з метою особистого або сімейного споживання, а для досягнення цілей підприємницької діяльності, тобто безпосередньої, самостійної, систематичної, здійснюваної на свій ризик діяльності, спрямованої на одержання прибутку.

Поряд зі значною свободою в здійсненні концесійної діяльності одним із принципів є державне регулювання і контроль за її здійсненням. Зокрема, закон встановлює істотне обмеження концесійної діяльності — передача концесіонером своїх майнових прав, що впливають з концесійного договору або об'єктів концесії, цілком або частково третім особам можлива тільки за умови надання на це згоди концесіодавця, якщо інше не встановлено спеціальним законом про концесійну діяльність в окремих сферах господарської діяльності. Хоча це правило і назване у Законі обмеженням концесійної діяльності, але, власне кажучи, з нього випливає право концесіонера передавати як майнові права, що впливають з концесійного договору, так і саме майно, що є об'єктом концесії, повністю або частково, третім особам. Саме обмеження укладається в тому, що це можливо лише за умови надання на це згоди концесіодавця.

Концесійна діяльність здійснюється на підставі концесійного договору. Це правило назване одним із принципів концесійної діяльності (ст. 2 Закону). Отже, концесійна діяльність повинна завжди і скрізь в Україні, незалежно від виду здійснюваної діяльності або її сфери, бути опосередкована договором концесії.

Традиційно договором концесії вважається договір, що укладається державою із суб'єктом підприємницької діяльності (як правило, іноземним інвестором), на експлуатацію промислових підприємств або земельних ділянок [4].

Особливістю договору концесії як виду інвестиційних контрактів є те, що однією із сторін у концесійному договорі виступає держава в особі уповноважених нею органів.

На думку О. Григорова, основним моментом для виділення концесійних угод в окремий вид інвестиційних угод є «нестандартність» об'єкта концесійних правовідносин. Надра, природні ресурси і багатства в різні історичні періоди і сьогодні являють собою окремий вид вилучених із загального комерційного обігу об'єктів власності з особливим правовим статусом. При цьому таке специфічне юридичне закріплення здійснюється як у рамках внутрішньодержавного, так і міжнародного права [3, 25].

В іноземній літературі досить поширена концепція, відповідно до якої концесійні договори розглядаються як угоди міжнародно-правового характеру. Ця концепція обґрунтовує можливість посилається на положення міжнародного права, якщо порушуються інтереси іноземного інвестора. Така позиція аргументується переважно тим, що одним із суб'єктів концесійного договору, як уже вказувалося, є обов'язково держава. Варто погодитися з вченими, які вважають, що цієї мотивації недостатньо для висновку про міжнародно-публічний характер концесійного договору [5].

С. А. Сосна вважає, що головна особливість концесійної угоди полягає в тому, що об'єкти договірних відносин (майно, окремі види діяльності) знаходяться в безроздільному, монопольному володінні тільки однієї зі сторін угоди, а саме держави або іншого публічно-правового утворення. Інша сторона угоди — це завжди приватна особа, що бере на себе певні зобов'язання в обмін на надані їй права. Тому, на відміну, наприклад, від звичайного цивільно-правового договору, за яким сторони просто обмінюються правами й обов'язками, концесійна угода, згідно з правовою теорією, споконвічно виступає, скоріше, як акт наділення (дарування, уступки) з боку держави правами, що недоступні або обмежено доступні в цивільному обігу [6].

Договір концесії (концесійний договір) визначений у Законі як договір, відповідно до якого уповноважений орган виконавчої влади або орган місцевого самоврядування (концесіодавець) надає на платній і терміновій основі суб'єкту підприємницької діяльності (концесіонеру) право створити (побудувати) об'єкт концесії або істотно його поліпшити та (або) здійснювати його управління (експлуатацію) відповідно до Закону з метою задоволення суспільних потреб. З цього визначення випливає, що договір концесії є оплатним і взаємним.

Згідно зі ст. 9 Закону концесійний договір укладається на строк, визначений у договорі, що повинен бути не менше 10 років і не більше 50 років. Таким чином, Законом визначені як мінімальні, так і максимальні строки, на які укладається договір концесії. Слід зазначити, що на відміну від Закону «Про режим іноземного інвестування», що передбачав максимальний термін дії договору концесії 99 років, Законом «Про концесії» максимальний строк дії договору скорочений до 50 років.

Правила про мінімальні і максимальні строки договору концесії є імперативними. Такий висновок випливає з вказівки закону, що строк дії концесійно-

го договору може бути змінений за згодою сторін у межах зазначених термінів. Отже, свобода сторін у визначенні і зміні строку договору обмежена визначеними рамками. Сторонам надана можливість укласти договір на будь-який строк, що визначається ними, але не менше мінімального і не більше максимального строків, визначених Законом.

У ст. 10 Закону названо шістнадцять істотних умов договору концесії. Слід зазначити, що навряд чи «сторони договору» і «відповідальність за невиконання сторонами зобов'язань» можна вважати істотними умовами не тільки договору концесії, а й всякого договору, оскільки в цих умовах не закріплені взаємні права та обов'язки сторін договору. У Законі допущене змішування умов договору та його необхідних реквізитів. Тому редакція п. 1 ст. 10 Закону «Про концесії» потребує уточнення.

Перелік прав і обов'язків концесіодавця та концесіонера, названий у Законі, не має вичерпного характеру, що впливає як з назви розділу IV Закону «Основні права та обов'язки сторін концесійного договору», так і з вказівки, що концесіодавець та концесіонер мають також інші права й обов'язки, передбачені концесійним договором і законодавством України.

Поряд з концесією як формою інвестування, у Господарському кодексі України (гл. 36) і в Цивільному кодексі України (гл. 76) також регулюється комерційна концесія, яка принципово відрізняється від концесії як форми інвестування. Комерційна концесія означає використання в підприємницькій діяльності прав інших суб'єктів господарювання. Позначення в законодавстві України практично однаково двох різних понять може створювати проблеми в практичній діяльності. Для розмежування цих понять комерційну концесію варто було б іменувати франчайзингом, як це прийнято у світовій практиці.

#### Література

1. Сосна С. А. Концессионное соглашение — новый вид договора в российском праве // Журнал российского права. — 2003. — № 2. — С. 16.
2. Слюсаревський М. Правові засади регулювання концесійних відносин в Україні // Вісник Центру комерційного права. — 2002. — № 8. — С. 6.
3. Григоров О. Сучасні концесійні угоди: об'єкти, суб'єкти, класифікація // Український часопис міжнародного права. — 2002. — № 1. — С. 24–34.
4. Сапнахметова П. Коментарій к Закону Украины «О концессиях» // Бизнес. Бухгалтерия. — 1999. — № 45. — С. 97.
5. Правове регулювання іноземних інвестицій / За ред. В. М. Коссака. — К.: Укр. центр правн. студій, 1999. — С. 77.
6. Сосна С. А. Концессионные соглашения: Теория и практика. — М., 2002. — С. 27–28.