

DOI <https://doi.org/10.24144/2307-3322.2021.67.23>
УДК 346

ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ КОНЦЕСІЙНОГО ДОГОВОРУ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

Тимченко Л.М.,

кандидат юридичних наук,

доцент кафедри цивільно-правових дисциплін

Дніпропетровський державний університет внутрішніх справ

<https://orcid.org/0000-0003-2696-0272>

Бордюг О.,

студентка 3 курсу

Дніпропетровський державний університет внутрішніх справ

Тимченко Л. М., Бордюг О., Особливості правового регулювання концесійного договору за законодавством України.

Стаття присвячена особливостям правового регулювання концесійного договору за законодавством України. Авторами здійснюється дослідження сутності та правового регулювання концесійного договору за законодавством України. Аналізуються старі редакції законів та зміни, які були внесені до чинних редакцій законів стосовно концесійного договору. Надаються пропозиції щодо напрямків реформування та вдосконалення правового регулювання концесійного договору за законодавством України. Концесією є форма здійснення державно-приватного партнерства, яка полягає в наданні концесієдавцем концесіонеру права на створення та/або будівництво (нове будівництво, реконструкцію, реставрацію, капітальний ремонт та технічне переоснащення), та/або управління (користування, експлуатацію, технічне обслуговування) об'єктом концесії, та/або надання суспільно значущих послуг в порядку та на умовах, визначених концесійним договором, і передбачає передачу концесіонеру переважної частини операційного ризику, який охоплює ризик попиту та/або ризик пропозиції. На думку авторів, Закон України «Про концесію» спрямований на поліпшення інвестиційного клімату в Україні, завдяки виробленню господарсько-правової, договірної системи відносин держави з інвестором. Щодо змісту концесійного договору, то його становлять істотні умови, які є досить великими і докладно викладеними у договорі, за якими сторони мають дійти угоди та потім виконувати їх у повному обсязі. В той же час правове регулювання концесійної діяльності потребує вдосконалення. Авторами запропоновано для більш вдалого розуміння сфери дії істотних умов концесійного договору чітко визначити окремими статтями в Законі України «Про концесію» перелік прав та обов'язків концесіонера та концесієдавця. Також, до цього переліку слід закріпити право концесієдавця вимагати удосконалення та модернізацію концесійного об'єкта концесіонером з урахуванням руху прогресу. Авторами запропоновано чітко визначити підстави, за якими сторони притягаються до відповідальності за порушення умов концесійного договору та закріпити гарантії для концесіонера у випадку одностороннього розірвання договору концесієдавцем у Законі України «Про концесію».

Ключові слова: концесія, концесійний договір, державна і комунальна власність, приватизація, інвестиційна діяльність.

Timchenko L. M., Borydyug O., Peculiarities of legal regulation of the concession agreement under the legislation of Ukraine.

The article is devoted to the peculiarities of the legal regulation of the concession agreement under the legislation of Ukraine. The authors study the essence and legal regulation of the concession agreement under the laws of Ukraine. The old versions of the laws and the changes that were made to the current versions of the laws regarding the concession agreement are analyzed. Proposals are provided on the directions of reforming and improving the legal regulation of the concession agreement under the legislation of Ukraine. Concession is a form of public-private

partnership, which consists in granting the concessionaire the right to create and / or build (new construction, reconstruction, restoration, overhaul and technical re-equipment), and / or management (use, operation, maintenance) of the object of the concession, and / or the provision of socially significant services in the manner and under the conditions specified in the concession agreement, and provides for the transfer to the concessionaire of most of the operational risk, which includes demand risk and / or supply risk. According to the authors, the Law of Ukraine "On Concession" is aimed at improving the investment climate in Ukraine, through the development of economic and legal, contractual system of relations between the state and the investor. As for the content of the concession agreement, it consists of essential conditions, which are quite large and set out in detail in the agreement, under which the parties must reach an agreement and then perform them in full. At the same time, the legal regulation of concession activities needs to be improved. The authors proposed to better define the list of rights and obligations of the concessionaire and the concessionaire by separate articles in the Law of Ukraine "On Concession" in order to better understand the scope of the essential conditions of the concession agreement. Also, this list should include the right of the concessionaire to require improvement and modernization of the concession facility by the concessionaire, taking into account the progress. The authors propose to clearly define the grounds on which the parties are held liable for breach of the concession agreement and to establish guarantees for the concessionaire in case of unilateral termination of the agreement by the concessionaire in the Law of Ukraine "On Concession".

Key words: concession, concession agreement, state and communal property, privatization, investment activity.

Постановка проблеми. У зв'язку з виникненням питання побудови систем управління публічною власністю на новому етапі розвитку законодавства України виникає одна з проблем, яка потребує швидкого та ефективного вирішення. Цією проблемою є саме управління державною і комунальною власністю, яка не підлягає приватизації. Відповідно до існуючої практики, держава та територіальні громади, через нестачу бюджетних коштів вимушені шукати інші способи налагодження відносин з приватним сектором, що спонукає до питання застосування концесії.

Саме правове регулювання концесійної діяльності здійснюється належною кількістю нормативно-правових актів України, проте і на сьогоднішній день концесія зазнає певних змін в законодавстві, що свідчить про неповне врегулювання даної сфери. Актуальним також залишається закріплення змісту й порядку приєднання учасників концесійних відносин до відповідальності за вчинені правопорушення у цій сфері.

Стан опрацювання цієї проблематики можна відзначити як недостатній. Проблемам правового регулювання концесійного договору присвячені роботи О.А. Медведєвої, С. М. Грудницької, А. В. Макаренка. Варто відзначити, що науковці розглядали окремі риси концесійної діяльності, але комплексне опрацювання цього питання відсутнє.

Метою статті є визначення особливостей правового регулювання концесійного договору за законодавством України та пропозицій щодо підвищення ефективності правового регулювання договору концесії.

Виклад основного матеріалу. Початком дослідження є визначення поняття концесійного договору. Так, слід розглянути думки видатних науковців стосовно поняття концесії.

О. А. Медведєва розглядає концесію як правову форму використання державного майна у господарській діяльності. Зокрема, вона пропонує власне тлумачення поняття, за яким концесія заснована на договорі делегування державою та територіальною громадою повноважень створення управління чи експлуатації об'єктів державної та комунальної власності, що є вилученням з вільного економічного обороту, та прав здійснення певних видів господарської діяльності приватним суб'єктам господарювання з метою поліпшення задоволення громадських потреб [1, с. 7].

Натомість, С. М. Грудницька зосередилася на публічно-правовій сутності концесії, а саме, вона розглядає концесію, як «дозвіл, наданий з метою задоволення громадських потреб уповноваженим органом виконавчої влади чи органом місцевого самоврядування юридичній або фізичній особі на платне строкове виконання певних публічних функцій на засадах публічно-приватного партнерства шляхом створення чи реконструкції й подальшого управління об'єкта концесії та здійснення виключного виду господарської діяльності на основі делегованих повноважень і концесійного договору та під контролем концесіодавця» [2, с. 227].

А. В. Макаренко звертає увагу на такі риси концесійного договору, як відхилення від цивільно-правового порядку регулювання підприємницької діяльності, наявність владного акта держави, який є джерелом концесійних правовідносин, виводить права й обов'язки сторін за межі цивільного права, надає відтінок їх нормативної обов'язковості для сторін [3].

Для визначення поняття концесійного договору необхідно враховувати вищевказані характеристики, які мають публічно-правовий характер. Більш глобального відображення вимагає також публічно-правовий аспект у правовому регулюванні концесійних відносин.

З огляду на викладене, можна зробити наступні висновки:

1) підходи до визначення правової природи концесії найчастіше трактують її по черзі як процес, правовідносини, договір або акт органу державної влади. Натомість, концесію слід розглядати як багатогранне явище, яке поєднує в собі всі ці характеристики. Концесія — це за своєю природою господарська діяльність, заснована на злитті господарських правовідносин, дозвіл на здійснення яких відбувається на договірній основі.

2) концесійна діяльність є діяльністю виключного виду, оскільки передбачає виняток із загальних правил здійснення, публічної діяльності й державних органів, які тимчасово відмовляються від своїх виключних прав на виконання державних функцій на користь здійснення цих заходів у партнерстві.

Відповідно до функціонально-цільового підходу здійснення державних функцій полягає у здійсненні певної діяльності. Вони є публічними, оскільки представляють природну монополію держави чи територіального колективу.

Основними нормативно-правовими актами, якими регулюється договір концесії в господарському праві є Конституція України, Цивільний кодекс України, Господарський кодекс України, Земельний кодекс України, Закон України «Про концесію» та постанови Кабінету Міністрів України, які прийняті на виконання вищезазначених законів.

В ч. 1 ст. 406 Господарського кодексу України (далі – ГК України) також визначено поняття концесії, а саме концесією є форма здійснення державно-приватного партнерства, яка полягає в наданні концесієдавцем концесіонеру права на створення та/або будівництво (нове будівництво, реконструкцію, реставрацію, капітальний ремонт та технічне переоснащення), та/або управління (користування, експлуатацію, технічне обслуговування) об'єктом концесії, та/або надання суспільно значущих послуг в порядку та на умовах, визначених концесійним договором, і передбачає передачу концесіонеру переважної частини операційного ризику, який охоплює ризик попиту та/або ризик пропозиції [5].

В ч. 2 ст. 406 ГК України також визначено, що концесійна діяльність здійснюється на основі концесійних договорів, що укладаються відповідно до законодавства України між концесіонером та концесієдавцем [5].

До прийняття Закону України «Про концесію» в Господарському кодексі України були визначені засади концесійної діяльності, засади концесійних договорів, засади припинення підприємства при передачі майна в концесію та законодавство про концесії.

Нині норми ГК України щодо концесії є виключно інформативним у розумінні визначення «концесія» і вони навіть не містять посилання на застосовне законодавство про концесію, що унеможливує трактування концесії як особливого режиму управління. Відповідно до принципу правової визначеності держава не може посилатись на відсутність конкретного нормативного акта, яким встановлено механізм реалізації прав і свобод громадян, викладених у статтях Конституції України чи інших нормативно-правових актах. Ефект цього принципу пов'язаний з іншим принципом - відповідальність держави, тобто держава не може стверджувати про власне порушення обов'язку за концесійним договором.

В п. 8 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про концесію» (далі – Закону) визначено поняття концесійного договору - договір між концесіонером та концесієдавцем, який визначає порядок та умови реалізації проекту, що здійснюється на умовах концесії [6].

Існує також певний порядок заключення концесійних договорів. Спочатку потрібно визначити концесіонера за ст. 6 Закону концесієдавець обирає концесіонера шляхом проведення концесійного конкурсу, а у випадках, визначених цим Законом, - за результатами конкурентного діалогу або за результатами прямих переговорів з орендарем державного майна, що передається у концесію. За ст. 10 Закону Концесійний конкурс складається з таких етапів: попередній відбір претендентів (прекваліфікація); подання конкурсних пропозицій учасниками; оцінка конкурсних пропозицій і визначення учасника, який запропонував найкращі умови здійснення концесії; укладення договору концесії. Результатом стає укладення договору за ст. 24 Закону, де вказано, що концесійний договір укладається концесієдавцем у письмовій формі з переможцем концесійного конкурсу та/або юридичною особою, створеною переможцем концесійного конкурсу відповідно до вимог цього Закону для здійснення концесії, або юридичною особою за результатами проведення прямих переговорів у порядку, передбаченому статтею 21 цього Закону, або створеною нею юридичною особою для здійснення концесії [6].

На нашу думку, Закон України «Про концесію» спрямований на поліпшення інвестиційного клімату в Україні, завдяки виробленню господарсько-правової, договірної системи відносин держави з інвестором. Щодо змісту концесійного договору, то його становлять істотні умови, які є досить великими і докладно викладеними у договорі, за якими сторони мають дійти угоди та потім виконувати їх у повному обсязі.

Однією з прогалин вищезазначеного закону є неповне розуміння прав та обов'язків концесіонера та концесієдавця. Тобто, потрібно чітко визначити окремими статтями в Законі України «Про концесію» перелік прав

та обов'язків концесіонера та концесіодавця. Також, до цього переліку слід закріпити право концесіодавця вимагати удосконалення та модернізацію концесійного об'єкта концесіонером з урахуванням руху прогресу.

Суттєвим для визначення змісту господарського договору концесії є відображення в ньому відповідальності сторін і зв'язок із зобов'язаннями сторін та іншими умовами договору.

Відповідно до ст. 28 Закону визначено, що сторони несуть відповідальність, встановлену законом та концесійним договором, за невиконання чи неналежне виконання своїх зобов'язань (включаючи виконання вимог, гарантій та інших обов'язків), визначених концесійним договором. Концесійний договір може передбачати застосування штрафних санкцій, не заборонених законодавством України [6].

Прикладом судової практики концесійних договорів є Постанова Центрального апеляційного господарського суду м. Дніпро від 03.03.2021 р. у справі № 908/1049/20, де «Терпінівська сільська рада Мелітопольського району Запорізької області звернулася до Господарського суду Запорізької області з позовом до Товариства з обмеженою відповідальністю «Українська водна компанія» про розірвання концесійного договору на об'єкт централізованого водопостачання від 04.07.2013, укладеного сторонами (з урахуванням прийнятої судом заяви про уточнення позовних вимог). Рішенням Господарського суду Запорізької області від 04.11.2020 у справі №908/1049/20 у задоволенні позову відмовлено. Після чого була подана апеляційна скарга мотивована тим, що місцевий господарський суд дійшов до помилкового висновку про відсутність підстав для розірвання спірного договору. Апелянт вказує, що укладаючи концесійний договір, позивач мав на меті забезпечення населення села якісними послугами централізованого водопостачання силами і за кошти відповідача, який повинен був в рамках договору надати послуги та за власні кошти утримувати об'єкт централізованого водопостачання, проводити модернізацію. Однак, визначеної мети досягнуто не було з тих підстав, що відповідач після укладення договору концесії не вжив жодних дій на виконання договору протягом майже семи років, у зв'язку з чим позивач був змушений вирішувати питання водопостачання села та нести додаткові витрати.

Матеріалами справи підтверджується, що Терпінівська сільська рада Мелітопольського району Запорізької області зверталася до Товариства з обмеженою відповідальністю «Українська водна компанія» із пропозицією припинити дію договору за взаємною згодою сторін (лист від 17.12.2015 №020214/578) та з претензією про розірвання договору за взаємною згодою сторін, з проханням направити дозвіл на спец-водокористування для надання його у природоохоронну інспекцію з метою попередження накладення штрафів. На підтвердження направлення вказаних листів відповідачу позивачем надані копії рекомендованих повідомлень про вручення поштових відправлень» [7].

Судом, по цій справі було вирішено задовольнити апеляційну скаргу та скасувати рішення Господарського суду Запорізької області від 04.11.2020 р., відповідно до чого ухвалити нове рішення та задовольнити позовні вимоги.

Отже, відповідальність за порушення істотних умов концесійного договору настає у зв'язку з порушенням чинного законодавства України, або саме істотних умов договору однією зі сторін. Усі суперечки між сторонами вирішуються, або безпосереднім зверненням однієї сторони до іншої, або у разі неможливості вирішення спору – судом.

Щодо відповідальності сторін, то пропонуємо також чітко визначити підстави, за якими сторони притягаються до відповідальності за порушення умов концесійного договору, або чинного законодавства України та закріпити гарантії для концесіонера у випадку одностороннього розірвання договору концесіодавцем.

Безпосередньо до законодавства України з приводу концесійного договору також відноситься Закон України «Про державно-приватне партнерство», а саме в ст. 5 цього закону концесійний договір визначений, як форма здійснення державно-приватного партнерства. Також, в ч. 2 ст. 14 вищезазначеного закону визначено, що Порядок проведення конкурсу з визначення приватного партнера для здійснення державно-приватного партнерства щодо об'єктів державної, комунальної власності або об'єктів, які належать Автономній Республіці Крим, встановлюється Кабінетом Міністрів України. Не можуть бути допущені до участі в конкурсі з визначення приватного партнера особи, визначені частиною четвертою статті 12 Закону України «Про концесію» [8].

Земельним кодексом України (далі – ЗК України) визначені наступні засади концесійного договору: права приватного партнера, зокрема концесіонера на земельну ділянку; порядок надання земельних ділянок державної або комунальної власності у користування; земельні ділянки державної чи комунальної власності, які не підлягають продажу; підстави припинення права користування земельною ділянкою в договорі концесії [9].

Слід також зазначити, що Указом Президента України «Про Цілі сталого розвитку України на період до 2030 року» серед пріоритетних цілей сталого розвитку країни, постановлено зміцнення засобів здійснення й активізація роботи в рамках глобального партнерства в інтересах сталого розвитку, в тому числі і в сфері концесійної діяльності [10].

З цього приводу, С. В. Сімак надає наступне визначення механізму правового регулювання, а саме «процес переведення нормативності права в упорядкованість суспільних відносин, чинений за допомогою сис-

теми правових прийомів і форм з метою задоволення суспільних і особистих інтересів, забезпечення правопорядку» [11, с. 105].

На нашу думку, слід зазначити, що особливе місце серед актів безпосередньої право реалізації договору концесії займають акти застосування закону, які є індивідуальним рішенням територіального органу, зазвичай адресовані певному суб'єкту управління в конкретній ситуації. Прикладом дій безпосередньої реалізації права та обов'язків є висновок дослідження впливу на навколишнє середовище, затверджене для комерційної організації з метою подальшого отримання рішення органу державної влади о здійсненні запланованих заходів. Це рішення лежить в основі здійснення цієї діяльності, відповідно до встановлених параметрів та умов дозвільного документу. Ще один приклад прямого акту безпосередньої реалізації прав та обов'язків, є звіт про результати реалізації концесії, визначення проблем та аналіз усіх ризиків, пов'язаних із реалізацією концесійного проекту та, у разі потреби, підготовку змін до чинного законодавства.

Висновки. Таким чином, основу нормативно-правових актів, якими регулюються відносини закріплені за концесійними договорами є наступні: Конституція України, Цивільний кодекс України, Господарський кодекс України, Земельний кодекс України, Закон України «Про концесію», Закон України «Про державно-приватне партнерство» та інші акти.

Пропонуємо, для більш вдалого розуміння сфери дії істотних умов концесійного договору чітко визначити окремими статтями в Законі України «Про концесію» перелік прав та обов'язків концесіонера та концесіодавця. Також, до цього переліку слід закріпити право концесіодавця вимагати удосконалення та модернізацію концесійного об'єкта концесіонером з урахуванням руху прогресу.

Також, слід чітко визначити підстави, за якими сторони притягаються до відповідальності за порушення умов концесійного договору, або чинного законодавства України та закріпити гарантії для концесіонера у випадку одностороннього розірвання договору концесіодавцем у Законі України «Про концесію».

Список використаних джерел:

1. Макаренко А. В. Теоретичний аналіз відповідальності сторін за порушення умов концесійного договору. URL: http://www.irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?I21DBN=LINK&P21DBN=UJRN&Z21ID=&S21REF=10&S21CNR=20&S21STN=1&S21FMT=ASP_meta&C21COM=S&2_S21P03=FILA=&2_S21STR=pre_2012_11-12_23 (дата звернення: 10.11.2021 р.).
2. Грудницька С. М. Концесія та концесійний договір: проблеми визначення понять. Вісник Донецького національного університету. Серія В: Економіка і право. Випуск 1. 2014. URL: https://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/13762/1/Hrudnytska_Egorova_223-227.pdf (дата звернення: 03.11.2021 р.).
3. Медведєва О. А. Концесія як правова форма використання державного майна у господарській діяльності недержавними суб'єктами: автореф. дис. на здобуття наук. Ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.04. Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого. Харків, 2005. 17 с.
4. Конституція України: Закон України від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР. Дата оновлення: 01.01.2020. Відомості Верховної Ради України, 1996, № 30, ст. 141. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text> (дата звернення: 10.11.2021 р.).
5. Господарський кодекс України: Закон України від 16.01.2003 р. № 436-IV. Дата оновлення: 06.10.2021. Відомості Верховної Ради України, 2003, № 18, № 19-20, № 21-22, ст. 144. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15/ed20211006#Text> (дата звернення: 04.11.2021 р.).
6. Про концесію: Закон України від 03.10.2019 р. № 155-IX. Дата оновлення: 20.12.2020. Відомості Верховної Ради України, 2019, № 48, ст. 325. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/155-IX#Text> (дата звернення: 04.11.2021 р.).
7. Постанова Центрального апеляційного господарського суду м. Дніпро від 03.03.2021 р. у справі № 908/1049/20. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/95269330> (дата звернення: 05.11.2021 р.).
8. Про державно-приватне партнерство: Закон України від 01.07.2010 р. № 2404-VI. Дата оновлення: 25.10.2020. Відомості Верховної Ради України, 2010, № 40, ст. 524. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2404-17#Text> (дата звернення: 05.11.2021 р.).
9. Земельний кодекс України: Закон України від 25.10.2001 р. № 2768-III. Дата оновлення: 28.10.2021 р. Відомості Верховної Ради України, 2002, № 3-4, ст. 27. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2768-14#Text> (дата звернення: 10.11.2021 р.).
10. Про Цілі сталого розвитку України на період до 2030 року: Указ Президента України від 30.09.2019 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/722/2019#Text> (дата звернення: 06.11.2021 р.).
11. Сімак С.В. Інституційний розвиток публічно-приватного партнерства: досвід країн світу. Публічне управління та митне адміністрування, 2015. № 2 (13). С. 103-112.