

14. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України / За ред. В. М. Коссака. — К.: Істина, 2004. — С. 66—67.

15. Цивільне право. Підручник / Є. О. Харитонов, Н. О. Саніахметова. — К.: Істина, 2003. — С. 412—416.

16. Цивільне право України: Підручник: У 2т. / За заг ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо — Фатеевої, В. Л. Яроцького. — К.: Юрінком Інтер, 2004. — С. 277—287.

Стаття надійшла до редакції 11.07.09.

УДК 347.441

А. В. Макаренко,
аспірантка кафедри правового регулювання економіки,
ДВНЗ «КНЕУ імені Вадима Гетьмана»

МІСЦЕ КОНЦЕСІЙНОГО ДОГОВОРУ У СИСТЕМІ ДОГОВОРІВ

У статті на основі національного та міжнародного законодавства, теоретичних обґрунтувань розглядається правова природа концесійного договору, визначаються його характерні ознаки та аналізується місце концесійного договору в системі договорів.

Ключові слова: концесійний договір (договір концесії), цивільно-правовий договір, адміністративний договір, концесійна діяльність.

У зв'язку із скороченням державного фінансування, незначними об'ємами довгострокового кредитування банківським сектором та недостатнім надходженням інвестицій, в Україні існує необхідність у розробці та впровадженні в економіку нетрадиційних механізмів залучення фінансових ресурсів, одним з яких є концесія.

Концесія нараховує століття історії, є достатньо дослідженою, відрізняється простотою та універсалізмом. Це єдина із договірних форм використання суспільної власності, яка може використовуватися практично у всіх сферах господарювання.

Концесія — надання з метою задоволення громадських потреб уповноваженим органом виконавчої влади чи органом місцевого самоврядування на підставі концесійного договору на платній та строковій основі юридичній або фізичній особі (суб'єкту підприємницької діяльності) права на створення (будівництво) та (або)

управління (експлуатацію) об'єкта концесії, за умови взяття суб'єктом підприємницької діяльності (концесіонером) на себе зобов'язань по створенню (будівництву) та (або) управлінню (експлуатації) об'єктом концесії, майнової відповідальності та можливого підприємницького ризику [1, с. 2].

Протягом усієї історії існування концесій, умови їх функціонування та реалізації безпосередньо залежали від політичного ладу певної країни та стану економіки. Формами закріплення концесійних відносин були: просте владне розпорядження, договір влади з приватним капіталом, адміністративний договір тощо.

Значне місце в юридичній літературі відводиться дискусіям щодо того, до якого виду договорів — цивільного чи адміністративного — віднести концесійний договір.

На думку деяких учених, специфіка концесійного договору проявляється у відхиленні від цивільно-правового порядку регулювання підприємницької діяльності. Владний акт держави, який є джерелом концесійних правовідносин, виводить права і обов'язки сторін за межі цивільного права, надає відтінку їх нормативної обов'язковості для сторін [21, с. 27].

І. Шихата розглядає концесійний договір як договір, що має риси нормативно обов'язкового акту держави. Подібний нормативний акт покликаний забезпечити, на перший погляд штучно-створену та підтримувану рівність сторін договору і баланс їх договірних інтересів, які є цілком природними в цивільно-правових відносинах та завідомо виключаються в публічно-правових відносинах держави та приватної особи [22, с. 43—45].

У своїй праці С. А. Сосна вказує, що концесійний договір не може бути сформульований як цивільно-правовий, оскільки несе в собі низку «вроджених» публічно-правових ознак, які не відповідають цивільно-договірним. До таких ознак чи властивостей договору відносять: владний (законодавчий чи адміністративний акт), як основа виникнення договірних правовідносин; особливий характер об'єктів державної та комунальної власності, що обумовлює їх використання лише в концесійному порядку; особливий характер певних видів діяльності, які складають прерогативу держави чи іншого публічно-правового утворення і вимагають їх здійснення лише на умовах концесії; підкорення концесіонера імперативам публічного інтересу; наявність у держави суверенних імунітетів у сфері виконавчого провадження [21, с. 34—37].

Перетворення концесії в цивільно-правовий договір може призвести до втрати концесіодавцем можливості зобов'язати концесіонера, у випадку невідкладної суспільної потреби, виконувати дії, які не були передбачені договором або навпаки утриматися від дій, які він був зобов'язаний виконати по договору. Держава може опинитися в ситуації, коли вимоги кредиторів будуть звернені на державну власність, яка не підлягає відчуженню або може стати заручником довготривалих судових процедур, за умови, коли необхідне швидке та ефективне рішення.

Досліджуючи право радянського періоду, можна зробити висновок, що дослідники юридичної природи концесійного договору дореволюційного періоду (Л. С. Таль, Н. М. Коршунов) кваліфікували цей різновид угоди як публічно-правовий. Радянські юристи в період 20—30-х років (І. Н. Бернштейн, Б. А. Ландау, В. Н. Бурковський) стверджували, що концесійні договори носять характер одностороннього адміністративного акту [16, с. 123—130].

З ряду законів України, наприклад, «Про місцеві державні адміністрації» [2], де вказано про право владних суб'єктів укладати договори для реалізації своїх управлінських функцій, можна зробити висновок про належність договорів концесії до адміністративних договорів [14, с. 13]. Зокрема зазначається, що шляхом укладення договорів про концесії публічної (державної) служби органи виконавчої влади делегують юридичним та фізичним особам частину своїх функцій і повноважень по забезпеченню життєво важливих суспільних потреб та інтересів громадян.

На даний момент у національному законодавстві чітко не розкрито поняття даної групи договорів. У російській юридичній літературі адміністративний договір визначається як такий, що заснований на адміністративно-правових нормах і розроблений у результаті добровільного узгодження волі двох (або більше) суб'єктів адміністративного права, один з яких завжди є суб'єктом державної влади, багатосторонній акт, яким встановлюються (змінюються, припиняються) взаємні права та обов'язки його учасників [15, с. 173]. До ознак адміністративного договору відносять комплексний характер даного договору (його нормативною основою можуть виступати й норми інших галузей права); особливий суб'єктний склад — адміністративним договір визнається за умови участі в ньому державного владного суб'єкта, який реалізує виконавчу владу; відносний характер автономії во-

лі сторін та низький, порівняно з іншими видами договорів, рівень диспозитивності [15, с. 175—179]. Порядок укладання даного договору суворо регламентований, передбачається спеціальний порядок вирішення спорів, що виникають у процесі їх виконання. Характерною особливістю адміністративних договорів є неможливість односторонньої зміни або відмови від виконання їх умов, також не враховуються форс-мажорні обставини. Відмічається публічність оприлюднення умов адміністративного договору [14, с. 12].

З урахування вищевказаного, концесійний договір не можна відносити й до адміністративних договорів з огляду на такі підстави. По-перше, концесії надаються з метою підвищення ефективності виробничого потенціалу об'єктів державної та комунальної власності. По-друге, процес управління об'єктами концесії визначений згідно з потребами населення, і концесіонер бере на себе зобов'язання дотримуватись певних норм. Природно, договори концесії на управління передбачають управлінську самостійність концесіонерів, але тільки відносно мети та умов здійснення концесійної діяльності. До того ж управління в даному разі стосується пошуку та розробки нових шляхів отримання більших прибутків, а не, власне, методів владного впливу. Третя обставина є похідною від попередньої — органи виконавчої влади та органи місцевого самоврядування в концесійних відносинах виступають як власники майна та делегують приватній особі саме повноваження власності. По-четверте, умови договорів концесії є конфіденційними, оскільки містять відомості, які становлять комерційну таємницю (особливості виробництва, технологічні рішення тощо).

В правовій доктрині досить поширеною є точка зору, що концесійний договір — це особливий, змішаний тип договору, який поєднує публічні та цивільно-правові моменти [21].

На думку французьких юристів початку ХІХ століття, концесійний договір об'єднує практично дві угоди: адміністративний акт, який регламентує правове положення концесіонера, та цивільний договір, що регулює майнові наслідки та умови експлуатації між сторонами. Таким чином, характерною рисою деяких концесійних договорів є той факт, що концесіонер начебто замінює собою публічну владу, з якою уклав договір та котра передала йому здійснення публічно-правових повноважень. Проте, концесійними визнаються і такі договори, що є уступкою на користь при-

ватних осіб права користування частиною майна даної публічної юридичної особи (органу державної влади чи місцевого самоврядування) [10].

Варто визначити і місце концесійного договору у системі господарських договорів. Договірний характер концесійної діяльності в нашій державі був закріплений ще до прийняття Господарського кодексу України та Закону України «Про концесії». Закон України «Про режим іноземного інвестування» від 19 березня 1996 року встановлює, що надання іноземним інвесторам прав на розробку та освоєння відновлюваних та невідновлюваних природних ресурсів, проведення господарської діяльності, пов'язаної з використанням об'єктів, що перебувають у державній власності, але не передані підприємствам, організаціям у повне господарське відання чи оперативне управління, здійснюється на підставі концесійних договорів, які укладаються з іноземними інвесторами Кабінетом Міністрів України або уповноваженим на це державним органом відповідно до законодавства України. Дане положення не дає прямого визначення концесійного договору стосовно інвестиційної діяльності іноземних інвесторів на території України, а виходить із традиційного розуміння концесійного договору, який укладається від імені держави уповноваженими органами державної влади чи місцевого самоврядування з суб'єктом підприємницької на експлуатацію природних ресурсів, державних промислових підприємств і т. д.

На сьогоднішній день концесійна діяльність здійснюється на підставі договору, норми про який закріплено в Господарському кодексі України (ст. 407—408) та Законі України «Про концесії» (ст. 2).

Про господарський характер концесійного договору свідчить його відповідність ознакам, притаманним господарським договорам, які в свою чергу витікають із загальних засад здійснення господарської діяльності.

Господарський кодекс України визначає господарську діяльність як діяльність суб'єктів господарювання у сфері суспільного виробництва, спрямовану на виготовлення та реалізацію продукції, виконання робіт чи надання послуг вартісного характеру, що мають цінову визначеність [6]. Головною метою та ознакою даної діяльності є досягнення економічних та соціальних результатів.

Це нормативне положення поділяє й наука господарського права. Так, під господарською діяльністю вона розуміє діяльність, спрямовану на виробництво та реалізацію продукції, виконання робіт, надання послуг з метою отримання прибутку, результатом якої повинно бути задоволення громадських потреб, тобто господарська діяльність обов'язково має бути суспільно корисною [20, с. 7].

Як уже зазначалось, сучасне українське законодавство визначає концесійний договір як правову форму закріплення концесійних відносин. За таких умов держава виступає учасником господарських відносин, є рівною поряд з іншими суб'єктами господарського обороту, чия діяльність засновується на принципах свободи вибору при здійсненні того чи іншого виду діяльності та рівності перед законом, а не як носій вищої влади, який використовує примусові заходи для досягнення конкретної економічної мети. Сторони договору мають право не обмежуватись імперативними законодавчими положеннями, а на свій розсуд доповнювати договір іншими умовами, встановлювати додаткові взаємні права і обов'язки тощо.

Аналізуючи чинне господарське законодавство, господарські відносини та договори, які їх опосередковують, можна вирізнити такі особливості господарських договорів: метою укладення господарських договорів є досягнення сторонами економічних та соціальних результатів; особливий порядок укладання, врегулювання розбіжностей, зміни та розірвання господарських договорів [6]; тільки господарським договорам, зокрема спрямованим на забезпечення пріоритетних потреб народного господарства України, притаманна плановість; господарські договори, як правило, укладаються в письмовій або в іншій формі, яка об'єктивно могла б сприйматися третіми особами [20, с. 179].

Проаналізувавши визначення договору концесії за законодавством України, можна зробити наступні висновки:

1) концесійний договір є двостороннім, так як законодавство передбачає за цим договором права і обов'язки як для концесіодавця, так і для концесіонера;

2) зафіксовано платний характер переміщення предмета договору, оскільки протягом дії договору концесіонер зобов'язаний вносити концесійні платежі до відповідного бюджету за надане у концесію державне або комунальне майно;

3) чинність даного договору має обмежені строки — не менше 10 та не більше 50 років;

4) цим новим для вітчизняної економіки договором опосередковується можливість використання державного та комунального майна у господарській діяльності і тому, згідно з його метою, обов'язком концесіонера є задоволення громадських потреб, тобто даний договір має соціально-економічну мету, наявність якої є необхідною для господарського договору [13].

За нормативною класифікацією господарські договори розрізняються залежно від видів майнових відносин, які є предметом відповідних договорів. За цією ознакою законодавство поділяє, як уже згадувалось, господарські договори про: передачу майна у власність (господарське відання, оперативне управління); у строкове платне користування; виконання робіт; перевезення вантажів; надання інших господарських послуг. За цим критерієм концесійний договір, на перший погляд, є господарським договором, спрямованим на передачу майна у строкове, платне користування. Закон України «Про концесії» визначає його як строковий та платний, а також не встановлює переходу права власності на об'єкт концесії [1]. Зміст права власності у економічному та юридичному аспектах — це правомочність конкретного власника володіти, користуватися та розпоряджатися належним йому майном, на власний розсуд у межах закону має право делегувати свої окремі повноваження іншим особам, при цьому не втрачаючи свого права власності.

Для того, щоб більш детально визначити місце концесійного договору варто порівняти його з подібними договорами. Так, концесія, на перший погляд, є близькою до інституту оренди, проте вони схожі тільки зовні. На відміну від оренди, метою договору концесії є не тільки підвищення ефективності його використання, а й спрямованість на створення нових об'єктів, що має сприяти не тільки відновленню виробничих сил, а ще й поліпшенню стану ринку праці шляхом створення нових робочих місць, що повинно зменшити таке стихійне явище економічної кризи, як безробіття.

Незважаючи на більш жорсткі, порівняно з орендою, законодавчі умови концесійної діяльності у нашій країні, вони виправдовують себе отриманням концесіонером права здійснювати управління (експлуатацію) тими об'єктами державної і комунальної власності, які вилучені зі звичайного господарського обороту че-

рез особливу суспільну значущість, зумовлену, окрім інших причин, високим рівнем постійної прибутковості при належному використанні.

Таким чином, передача державної і комунальної власності концесіонеру в інтересах суспільства та досягнення соціального ефекту є головною метою договору концесії. Оренда ж має переважно індивідуальний характер та найчастіше задовольняє власну зацікавленість орендаря в результатах використання майна. На цю особливість орендних правовідносин вказував ще у 1948 році А. В. Венедиктов [18, с. 33].

Передача майна у концесію, як і в оренду, здійснюється за договором, який можна віднести до групи господарських договорів, спрямованих на передачу майна у строкове користування, але з певними застереженнями. Так, оренда — це строкове користування майном, а договір концесії, як уже зазначалось, передає об'єкт у строкове володіння, з умовою погодження концесіонера виконувати належні функції володіння, тобто не тільки утримувати майно у своєму господарстві, але й впливати на нього шляхом проведення необхідних виробничо-технічних змін та поліпшень, будівництва нових об'єктів.

Варто також порівняти концесійний договір та договір про розподіл продукції. Спільним у них є суб'єкти договірних відносин: з одного боку держава, а з іншого — приватні інвестори. Збігаються і об'єкти обох договорів, а тому можна зробити висновок, що традиційна концесія та договір про розподіл продукції є основними формами надкористування, доволі схожими за зовнішніми ознаками.

Проте, концесійний договір та договір про розподіл продукції мають різну юридичну та економічну основу. В рамках концесійного договору до інвестора переходить право власності на продукцію (нафту, газ і т.п.), а за своє право володіння та користування надрами інвестор розраховується з державою у законодавчому порядку податками, зборами та іншими платежами. А за договором про розподіл продукції інвестору належить лише частина виробленої продукції, тому що вона підлягає розподілу між інвестором та державою [9].

Підводячи підсумки дослідження, варто відмітити, що досить складно охарактеризувати концесію в нашій країні, для якої чітко не визначені поняття цивільно-правового чи адміністративного договору з приватною особою. Часто деякі звичайні цивільно-

договірні форми (орендні, підрядні, змішані) також називають концесіями, але лише тому, що опосередковані ними підприємницькі відносини нетрадиційні, нетипові чи незвичні для цивільно-договірних відносин.

Специфіка концесійного договору проявляється у відхиленні від цивільно-правового порядку регулювання підприємницької діяльності. Владний акт держави, який є джерелом концесійних правовідносин, виводить права і обов'язки сторін за межі цивільного права, надає відтінку їх нормативної обов'язковості для сторін. Але концесійний договір не відноситься за рядом ознак і до типового публічно-правового (адміністративного) договору.

Концесійно-договірна система дає можливість зробити державу безпосередньою стороною в договорі з користувачем, зрівняти в правах сторони договору, зобов'язати державу нести відповідальність перед користувачем, забезпечити останнього державними гарантіями його законних прав та інтересів.

У сучасну епоху багатьох правових систем, з чим варто погодитись, приходять до спільної точки зору, що в юридичному відношенні концесія — це «гібридний» правовий інструмент, який має одночасно договірні та статутні (законодавчі) джерела. Це проявляється в якості збереження, як елементу концесійного механізму, акту законодавчого чи виконавчого органу влади як основи виникнення подібних правовідносин. А також незмінним лишається поняття права виключного користування об'єктами державної та комунальної власності чи здійснення таких видів діяльності, на які держава поширює свою монополію чи має прерогативу орган місцевого самоврядування. Ці поняття, характерні для публічно-правового договору, є прийнятними і для цивільно-правового законодавства.

Література

1. Закон України «Про концесії» від 16.07.1999 р. // Відомості Верховної Ради. — 1999. — № 41. — С. 372.
2. Закон України «Про місцеві державні адміністрації» від 09.04.1999 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1999. — № 20—21. — С. 190.
3. Закон України «Про передачу об'єктів права державної та комунальної власності» від 03.03.1998 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1998. — С. 228.

4. Закон України «Про інвестиційну діяльність» від 18.09.1991 р. // Відомості Верховної Ради України — 1991. — № 47. — С. 181.
5. Закон України «Про режим іноземного інвестування» від 19.03.1996 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 19. — С. 80.
6. Господарський кодекс України // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 18. — С. 144.
7. *Первомайський О.О.* ЗАКОН УКРАЇНИ ПРО КОНЦЕСІЇ. Науково-практичний коментар. — Харків, 2005. — 161 с.
8. *Тіньков С. О.* Науково-практичний коментар до Господарського кодексу України: Від 16 січня 2003 р. — К.: А.С.К., 2004. — 316 с.
9. *Григоров О. М.* Договір концесії: проблеми юридичної кваліфікації // Економіка. Фінанси. Право. — 1999. — Вип. 10. — С. 22—24.
10. *Григоров О. М.* Концесійні угоди: правова природа та особливості правового регулювання: дис. канд. юрид. наук. — К., 2000. — 172 с.
11. *Демченко А. І.* Договір оренди та концесійний договір: порівняльний аналіз // Проблеми правознавства та правоохоронної діяльності: Збірник наукових праць. — 2002. — № 2. — С. 327—334.
12. *Жарук В.* — Заступник начальника управління економічних реформ — «Концесія — що це, у чому її різниця від оренди та кому вигідна концесійна діяльність?» // Економіка. Фінанси. Право. — 2005. — Вип. 4. — С. 18—21.
13. *Медведєва О. А.* Правова характеристика концесійного договору за законодавством України // Проблеми законності: Респ. міжвід. наук. зб. / Відп. ред. В. Я. Тацій. — 2002. — Вип. 56. — С. 62—66.
14. *Стефанюк В.* Адміністративний договір — вимога сьогодення // Право України. — 2003. — № 11. — С. 11—16.
15. *Бахрах Д. Н.* Административное право /Учебник. — М.: БЕК, 1997. — 368 с.
16. *Бернштейн И., Ландау Б., Машкевич В.* Правовые условия концессионной деятельности в СССР. — М.: Госюриздат РСФСР. — 173 с.
17. *Брагинский М. И.* Общее учение о хозяйственных договорах. — Минск: Наука и техника, 1967. — 260 с.
18. *Венедиктов А. В.* Государственная социалистическая собственность. — М. — Л.: Академия Наук СССР. — 1948. — 839 с.
19. *Ландау Б. А.* Концессионное право Союза ССР. — М.: Глав лит., 1925. — 74 с.
20. Правове регулювання господарських відносин за участю промислових підприємств: підручник /За ред. В. М. Гайворонського та В. П. Жушмана. — Х.: Право, 2000. — 288 с.
21. *Сосна С. А.* Концессионные соглашения: теория и практика. — М.: ООО «Нестор Академик Паблишерз», 2002. — 256 с.
22. *Шихата И.* Правовая реформа. Теория и практика. — М., 1998. — С. 136.

Стаття надійшла до редакції 15.07.09.