

Л. М. Гончарук

здобувач

Київський національний університет імені Тараса Шевченка,

кафедра цивільного права

вул. Володимирська, 60, Київ, 01033, Україна

ДОГОВІР КОНЦЕСІЇ: УКЛАДЕННЯ, СТРОК ДІЇ ТА ІСТОТНІ УМОВИ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

У статті розглядається важлива проблема цивільно-правової характеристики складного за своєю правовою природою концесійного договору. Робиться акцент на дискусійних питаннях укладення, строку дії та на істотних умовах договору концесії за законодавством України та для порівняння — в Російській Федерації. Дослідження особливостей і впровадження у практику вітчизняної ринкової економіки переваг зазначеного договору, на думку автора, — нагальна необхідність.

Ключові слова: договір концесії, укладення та строк дії договору концесії, істотні умови договору концесії.

Актуальність дослідження питань укладення, строку дії і істотних умов договору концесії підкреслюється поширеністю концесійних відносин загалом і договірних концесійних відносин зокрема в сучасному світі, фактично відсутністю ґрунтовних теоретичних праць, присвячених договору концесії, як одному із найбільш складних договорів. Практично відсутні в Україні також цивілістичні роботи з питань договору концесії. Між тим, це один із найцікавіших і таких, що можуть мати перспективу, договорів на практиці. Це підтверджується, зокрема, нещодавніми публікаціями у пресі про те, що Україна розглядає можливість залучення приватного капіталу у державні вугледобувні підприємства шляхом передання їх майна у концесію. Спеціалісти висловлюють думку про те, що концесія для добувної галузі цілком прийнятна і вже не перше століття успішно застосовується по всьому світі. «З точки зору держави цей інструмент є компромісним, на відміну від приватизації, управління активом передається на обмежений проміжок часу, його модернізація проводиться в основному за рахунок приватного інвестора, і значна частина прибутку від його експлуатації дістається теж йому, що справедливо», — відзначає, зокрема, А. Катчик, і додає: «Чи вигідно це для держави? Мається на увазі, що так: якщо в концесію передається збитковий актив, держава може розраховувати на розвиток об'єкта прилеглих територій, на додаткові надходження коштів від інвестора у вигляді роялті і на отримання цього об'єкта у дієздатному стані після закінчення терміну концесії» [1]. Нині державні вугледобувні підприємства «Ровенькиантрацит» і «Свердловантрацит» звернулися до Міністерства енергетики та вугільної промисловості з проханням розглянути можливість залучення довгострокових інвестицій у формі концесії. У травні цього року

міністерство оголосило, що для залучення приватних інвестицій у вугільну галузь України розроблений законопроект, який передбачає передання держшахт у концесію. Зараз законопроект знаходиться на затвердженні в уряді і незабаром його буде внесено на голосування парламенту [1].

Питання концесій і концесійних договорів були предметом дослідження ряду вітчизняних і зарубіжних авторів, які склали **теоретичну основу** проведеного дослідження, зокрема, це роботи С. А. Сосни, І. Н. Берштейна, А. А. Берзенко, Б. А. Ландау, С. Є. Леонтєва, В. В. Сілка, Н. Г. Дороніна та ряду інших авторів, серед яких визначне місце займає робота вітчизняного цивіліста О. О. Первомайського — коментар Закону України «Про концесії», 2005 р.

Нормативною базою дослідження є Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року, Закон України «Про концесії» від 16 липня 1999 р. та інші нормативні акти.

Метою даного дослідження є аналіз запропонованих в літературі і закріплених законодавчо положень про особливості укладення, строки дії і істотні умови договору концесії з подальшою можливістю застосування результатів дослідження в сфері нормотворчості і в практичній діяльності.

Об'єктом дослідження є договірні правовідносини у сфері концесійної діяльності.

Предметом дослідження є нормативно-правові акти України та РФ та практика їх застосування, а також наукові ідеї, концепції, погляди вітчизняних та іноземних вчених у сфері окресленої проблематики.

Методологічну основу дослідження склали наступні методи: формально-логічний, структурно-функціональний, порівняльно-правовий, діалектичний та ряд інших.

Договір концесії (концесійний договір) визначається у законодавстві України як договір, відповідно до якого уповноважений орган виконавчої влади чи орган місцевого самоврядування (концесіодавець) надає на платній основі суб'єкту підприємницької діяльності (концесіонеру) право створити (побудувати) об'єкт концесії чи суттєво його поліпшити та (або) здійснювати його управління (експлуатацію) відповідно до Закону з метою задоволення громадських потреб [2]. У відповідності до ст. 9 Закону України «Про концесії» від 16 липня 1999 р. (далі — Закон) концесійний договір укладається на строк, визначений у договорі, який має бути не менше 10 років та не більше 50 років (ч. 1) [3]. Сторони, укладаючи такий договір і встановлюючи конкретний строк його дії, керуються загальними часовими межами можливої дії договору концесії, передбаченими законодавством України. Вони можуть передбачити більш короткий чи більш тривалий період часу його існування, причому договір може бути припинено (розірвано) за згодою сторін і до закінчення мінімального строку його дії (10 років), або пролонговано на строк, який перевищує 50 років. Так, дострокове розірвання договору концесії може відбутися на вимогу однієї із сторін за рішенням суду у випадку, якщо для прийняття такого рішення мали місце юридичні підстави, передбачені чинним законодавством чи договором або якщо інша сторона не виконує свої договірні обов'язки.

Як правило, більш короткий строк існування договірних концесійних відносин обумовлюється наступними причинами:

- 1) загибель об'єкта концесії;
- 2) заподіяння об'єкту концесії такої шкоди, що виключає можливість його подальшої експлуатації за призначенням;
- 3) смерть концесіонера — а саме фізичної особи — підприємця;
- 4) ліквідація концесіонера за рішенням суду, у тому числі у зв'язку з визнанням його банкрутом.

Згідно з ч. 3 ст. 9 Закону строк дії концесійного договору може бути змінений за згодою сторін. Причому ця зміна може відбуватися у межах не менше, ніж 10 років і не більше, ніж 50, як зазначалося вище. На думку О. О. Первомайського: «Пряме тлумачення цієї норми дозволяє стверджувати, що мова йде саме про *зміну* строку дії договору концесії, а не про його *продовження*, оскільки, на відміну від законодавчо встановленої можливості зміни строку дії договору, визначення механізму його продовження віднесено до умов договору концесії, стосовно яких сторони неодмінно повинні досягти згоди» [4, с. 60].

Поняття істотних умов договору визначено у ч. 1 ст. 638 ЦК України [2]. Це умови про предмет договору, умови, що визначені законом як істотні або є необхідними для договорів даного виду, а також усі ті умови, щодо яких за заявою хоча б однієї із сторін має бути досягнуто згоди.

Оскільки концесійний договір вважається укладеним, як і будь-який інший, з моменту досягнення згоди з усіх істотних умов (ч. 1 ст. 638 ЦК України) і підписання сторонами тексту договору (ч. 2 ст. 9 Закону), він є консенсуальним — таким, що вважається укладеним з моменту досягнення сторонами домовленості зі всіх істотних умов і, у визначених випадках — у необхідній формі.

Закон передбачає для концесійного договору письмову форму, не зазначаючи про необхідність його нотаріального посвідчення. Вважається, що таке посвідчення може відбутися лише у випадку, якщо одна із сторін буде на цьому наполягати. Між тим, на нашу думку, переважна більшість об'єктів щодо яких законом передбачено можливість укласти договір концесії, в інших договорах потребує нотаріальної форми посвідчення, а також і державної реєстрації, значимість цих об'єктів висока, термін, на який укладається договір — досить тривалий, тому ми пропонуємо передбачити обов'язкове нотаріальне посвідчення договору концесії і внести зміни до ч. 2 ст. 9 Закону, виклавши її у такій редакції: «Концесійний договір вважається укладеним з дня досягнення домовленості з усіх істотних умов, підписання сторонами тексту договору і його нотаріального посвідчення».

Для окремих видів концесійної діяльності Закон передбачає можливість затвердження Кабінетом Міністрів України типових концесійних договорів (п. 4 ст. 9 Закону). Найважливішим серед них є Типовий договір концесії загального характеру, затверджений постановою КМ України від 12.04.2000 р. № 643 «Про затвердження Типового концесійного договору» [5]. Цей договір пропонується застосовувати до всіх видів концесійної ді-

яльності, для яких не передбачено окремого Типового договору, наприклад, щодо будівництва та експлуатації автомобільних доріг. Слід зазначити з цього приводу, що поняття типового договору дається господарським законодавством, в якому йому надаються риси нормативності і передбачається, що дотримання його змісту буде обов'язковим для потенційних сторін укладання договору. Між тим, цивільне законодавство закріплює як принцип можливість укласти будь-який договір на умовах, які запропонують сторони і який відповідає закону (принцип свободи договору), а в нашому випадку — будуть відрізнятися від умов типового договору. Крім того, також не можна погодитися з тим, що в такому типовому договорі будуть враховані усі особливості, які притаманні окремим видам концесійної діяльності. В літературі з цього приводу справедливо зазначається, що КМ України в цьому питанні виходить за межі своєї компетенції, визначеної Законом [4, с. 61]. Тому пропонується виключити п. 4 зі змісту ст. 9 Закону.

Серед істотних умов договору концесії, закріплених у ст. 10 Закону, увагу привертають: сторони договору; види діяльності, роботи, послуги, які здійснюються за умовами договору; об'єкт концесії (склад і вартість майна або технічні і фінансові умови створення об'єкта концесії); умови надання земельної ділянки, якщо вона необхідна для здійснення концесійної діяльності; перелік видів діяльності, здійснення яких підлягає ліцензуванню; умови встановлення, зміни цін (тарифів) на виготовлені (надані) концесіонером товари (роботи, послуги); строк дії договору концесії, умови найму, використання праці працівників — громадян України; умови використання вітчизняних сировини, матеріалів; умови та обсяги поліпшення об'єкта концесії та порядок компенсації зазначених поліпшень; умови, розмір і порядок внесення концесійних платежів; порядок використання амортизаційних відрахувань; відновлення об'єкта концесії та умови його повернення; відповідальність за виконання сторонами зобов'язань; страхування концесіонером об'єктів концесії, взятих у концесію; порядок продовження і припинення дії договору; порядок вирішення спорів між сторонами. Цей перелік носить, як видно із змісту Закону, вичерпний характер, що навряд чи можна визнати вірним, оскільки в цьому переконує навіть зміст наступної частини 2 цієї ж ст. 10 Закону, в якій передбачено можливість за згодою сторін передбачити у концесійному договорі інші умови, в тому числі з інших спеціальних законів про концесійну діяльність в окремих сферах концесійної діяльності. Перш за все, це стосується положень самого Закону України «Про концесії». Проте на факт укладення договору концесії не може впливати те, що сторони, або одна із сторін не заявили таких вимог або заявили, але у подальшому не наполягали на досягненні згоди щодо них, поставившись до них як до неістотних. Якщо узагальнити, до істотних умов концесійного договору відносяться умови, які необхідні для договорів даного виду і умови, на яких наполягає хоча б одна із сторін. Крім того, до таких умов можна віднести необхідність закріплення обов'язку одержання концесіонером ліцензії, якщо ним за договором буде здійснюватися діяльність, що підлягає ліцензуванню (ст. 11

Закону). Отже, у разі, якщо сторони досягнуть згоди щодо усіх перерахованих умов, договір концесії можна буде вважати укладеним.

Порівнюючи умови концесійної угоди, закріплені у Федеральному Законі «О концессионных соглашениях» от 21 липня 2005 р., в редакції від 30 червня 2008 р., (далі — ФЗ), можна дійти висновку, що їх перелік у ст. 10 не є вичерпним, більше того, в ч. 2 ст 10 ФЗ, на відміну від ч. 2 ст. 10 Закону, детально у 15 пунктах перераховуються інші умови, які не протирічають законодавству РФ і які не увійшли до основного переліку ч. 1 [6]. Так, згідно з ч. 1 ст. 10 ФЗ концесійна угода має включати наступні істотні умови: 1) зобов'язання концесіонера із створення і (або) реконструкції об'єкта концесійної угоди, дотримання строків його створення і (або) реконструкції; 2) зобов'язання концесіонера із здійснення діяльності, передбаченої концесійною угодою; 3) строк дії концесійної угоди; 4) опис, в тому числі техніко-економічні показники об'єкта концесійної угоди; 5) порядок надання концесіонеру земельних наділів, призначених для здійснення діяльності, передбаченої концесійною угодою, і строк укладання з концесіонером договорів оренди (суборенди) цих земельних наділів (у випадках, якщо укладання договорів оренди (суборенди) земельних наділів необхідне для здійснення діяльності, передбаченої концесійною угодою); 6) мета і строк використання (експлуатації) об'єкта концесійної угоди; 6–1) способи забезпечення концесіонером зобов'язань за концесійною угодою (надання безвідзивної банківської гарантії, передання концесіонером концеденту в заставу прав концесіонера за договором банківського вкладу (депозиту), здійснення страхування ризику відповідальності концесіонера за порушення зобов'язань за концесійною угодою); розміри забезпечення, яке надається і строк, на який воно надається; 6–2) розмір концесійної плати, форму чи форми, порядок і строки її внесення, за виключенням випадків, передбачених ФЗ; інші передбачені федеральними законами істотні умови. Отже, ч. 1 ст. 10 ФЗ визначає перелік умов, які мають бути включені до концесійної угоди, незважаючи на волю її сторін.

У вітчизняній спеціальній літературі дискутується питання щодо можливості зарахування усіх умов, перерахованих в ч. 1 ст. 10 Закону, до істотних. Наприклад, необхідність узгодження в договорі видів діяльності, здійснення яких підлягає ліцензуванню, на думку авторів, явно не може бути віднесене до умов договору, оскільки перелік видів підприємницької діяльності, що ліцензується, встановлюється спеціальним законом [4, с. 63]. Істотною умовою може бути, на нашу думку, вибір видів такої діяльності із тих, які передбачені законодавством України для концесійних договорів, тому в ч. 1 ст. 10 Закону слід внести зміни до переліку істотних умов договору концесії і сформулювати положення «види діяльності, роботи, послуги, які здійснюються за умовами договору» наступним чином: *«вибір видів діяльності, робіт, послуг, які здійснюються за умовами договору, згідно з їх переліком, передбаченим спеціальним законом»*.

Можна також погодитися з тим, що істотною умовою не можна вважати і вказівку на сторони договору, оскільки це не обставина щодо якої сторони досягають згоди, а визначення самих сторін [4, с. 63].

У відповідності до ч. 3 ст. 10 Закону якщо для здійснення концесійної діяльності необхідна земельна ділянка, договір оренди земельної ділянки додається до концесійного договору. Договір оренди земельної ділянки, виходячи із змісту даної норми, є тою правовою підставою, яка необхідна для здійснення концесіонером передбаченої договором діяльності. Підтвердженням тому є і обов'язки концесієдавця, передбачені ч. 2 ст. 17 Закону, до яких віднесено обов'язок із забезпечення надання концесіонеру земельної ділянки, у випадку, якщо остання необхідна для здійснення концесійної діяльності, що покликано спростити процедуру одержання такої ділянки для концесіонера. В результаті, як ми бачимо, йдеться про умови титульного володіння земельною ділянкою концесіонером. На жаль, законодавством не врегульовано питання про те, чи повинно надання земельної ділянки на відповідній правовій підставі передувати укладанню договору концесії. Відповідь на це питання можна знайти у підзаконних нормативних актах України, в яких закріплюється необхідність спершу надати концесіонеру права на земельну ділянку, оскільки договір концесії підписується сторонами в тижневий строк з дня узгодження його проекту й укладання договору оренди землі [7]. В свою чергу, згідно з Земельним кодексом України (далі — ЗК) правоволодільці можуть приступати до використання земельної ділянки тільки після встановлення меж земельної ділянки в натурі, на місцевості, одержання документів, що засвідчують наявність права на використання земельної ділянки і державної реєстрації договору оренди тощо (ч. 3 ст. 125 ЗК) [8].

Умови концесійного договору є чинними на весь строк дії договору, в тому числі у випадках, коли після його укладення законодавчими актами встановлено правила, які погіршують становище концесіонера, — зазначається у ч. 4 ст. 10 Закону. Оскільки зміна законодавства в Україні може впливати на захист прав і законних інтересів суб'єктів підприємницької діяльності, зокрема — у бік погіршення умов концесійної діяльності, Закон спеціально передбачив норму про гарантії таких прав. Як незаконні слід розглядати вимоги концесієдавця про зміну умов договору концесії у бік погіршення умов для концесіонера на підставі змін, що відбулися у законодавстві. Між тим, в разі поліпшення становища концесіонера в результаті таких змін, можна було б передбачити можливість і змін договору концесії в позитивний для концесіонера бік, зокрема, і в судовому порядку. Очевидність такого рішення пояснює, на нашу думку, відсутність його як умови у ст. 10 Закону.

Окремою ч. 5 ст. 10 Закон врегульовує питання реорганізації концесіонера-юридичної особи, закріплюючи положення про те, що така реорганізація не є підставою для зміни умов або розірвання концесійного договору.

Слід врахувати різницю у наслідках припинення існування концесіонера як юридичної особи в залежності від шляхів її реорганізації. Так, в разі передачі майна, прав і обов'язків концесіонером-юридичною особою іншим юридичним особам- правонаступникам (йдеться про злиття, приєднання, поділ, виділення), договір концесії продовжує свою дію за участю право-

наступників і з колишнім змістом прав і обов'язків для його сторін. В разі ж ліквідації, дія договору концесії припиняється.

На жаль, Закон не вказує на те, як слід вирішувати питання у випадках, коли концесіонер, яким є фізична особа-підприємець прийме рішення про подальше зайняття підприємницькою діяльністю, утворивши юридичну особу. Вважається, що це не повинно впливати на факт подальшої дії договору концесії, стороною якого буде вже юридична особа замість підприємця-фізичної особи.

Труднощі на практиці можуть виникнути і коли йдеться про правонаступництво шляхом поділу або виділу, в результаті чого змінюється сторона в концесійному договорі. Основне питання, яке при цьому виникає — це проблема установаження конкретного суб'єкта- правонаступника і одержання за необхідності ліцензії і згоди антимонопольних органів. Слід враховувати також можливість в таких випадках зберегти за однією з юридичних осіб, яка продовжить існувати після поділу або виділення, назви і організаційно-правової форми юридичної особи-концесіонера.

Викладене вище дозволяє зробити ряд **висновків**. В Україні на сьогодні законодавчо закріплено положення про укладення, строк дії і істотні умови концесійного договору, прийнято також ряд підзаконних актів, які деталізують і розвивають положення закону. Договір концесії укладається на досить значний строк — не менше 10 і не більше 50 років і вважається укладеним з дня досягнення домовленості з усіх істотних умов і підписання сторонами тексту договору. Його можна визнати достатньо вигідним в умовах ринкової економіки сучасної України як для концесіодавця, так і для концесіонера. Отже, зазначений договір можна визначити як консенсуальний, двосторонній, оплатний. Істотні умови концесійного договору, перераховані в ч. 1 ст. 10 Закону не вичерпують усіх можливих умов, оскільки вони можуть бути передбачені іншими спеціальними законами про концесійну діяльність, про що йдеться у даній публікації. Ряд питань щодо істотних умов договору концесії, а також щодо гарантій захисту прав суб'єктів підприємницької діяльності при укладанні таких договорів, правонаступництва і зміни сторін в договорі потребують, на нашу думку, подальших досліджень.

Література

1. Концесія держшахт дозволить залучити інвестиції у вугільну галузь [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://news.dt.ua/articles/82104>.
2. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. № 435 — ІУ // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 40–44. — Ст. 356.
3. Про концесії. Закон України від 16.07.1999 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1999. — № 41. — Ст. 372.
4. Первомайський О. О. Закон України «Про концесії»: Науково-практичний коментар. — Серія «Юридичний радник». — Х.: Страйд, 2005. — 164 с.
5. Про затвердження Типового концесійного договору: Постанова КМ України від 12.04.2000 р. № 643 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=643-2000-%EF>.

6. О концессионных соглашениях — Федеральный Закон от 21 июля 2005 г. [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=LA W;n=102162;dst=4294967295;from=78066-0>.
7. Про затвердження Положення про проведення концесійного конкурсу та укладення концесійних договорів на об'єкти права державної і комунальної власності, які надаються у концесію: Постанова КМ України від 12 квітня 2000 р. № 642. — п. 43 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://uazakon.com/documents/date_1n/pg_inccsb.htm.
8. Земельний кодекс України від 25.10.2001 р. № 2768 — III// Відомості Верховної Ради України. — 2002. — № 3-4. — Ст. 27.

Л. М. Гончарук

Киевский национальный университет имени Тараса Шевченко,
кафедра гражданского права
ул. Владимирская, 60, Киев, 01033, Украина

**ДОГОВОР КОНЦЕССИИ: ЗАКЛЮЧЕНИЕ, СРОК ДЕЙСТВИЯ
И СУЩЕСТВЕННЫЕ УСЛОВИЯ ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ
УКРАИНЫ**

Резюме

В статье рассматривается важная проблема гражданско-правовой характеристики сложного по своей правовой природе концессионного договора. Делается акцент на дискуссионных вопросах заключения, срока действия и на существенных условиях договора концессии по законодательству Украины и для сравнения — в Российской Федерации. Исследование особенностей и внедрение в практику отечественной рыночной экономики преимуществ обозначенного договора, по мнению автора, — острая необходимость.

Ключевые слова: договор концессии, заключение и срок действия договора концессии, существенные условия договора концессии.

L. M. Goncharuk

Kiev Taras Shevchenko National University,
The Department of Civil Law
Vladimirskaya str., 60, Kiev, 01601, Ukraine

**CONTRACT OF CONCESSION: ITS CONCLUSION, PERIOD
OF VALIDITY AND ESSENTIAL TERMS UNDER THE LEGISLATION
OF UKRAINE**

Summary

The paper deals with an important problem of civil law characterization of the complex in its legal nature concession agreement. A special attention is given to the debatable questions of agreement signing, its duration, and the key terms. A comparison is made between the legislation systems of Ukraine and Russian Federation. According to the author, it is urgently needed to investigate the features of the designated agreement in the Ukrainian market economy, and start leveraging its advantages.

Key words: concession agreement, signing and duration of a concession agreement, key terms of a concession agreement.