

ПРАВОВА ХАРАКТЕРИСТИКА ДОГОВОРУ КОМУНАЛЬНОЇ КОНЦЕСІЇ

ПІЛІГРИМ Ганна Сергіївна - кандидат юридичних наук, доцент кафедри філософських і правових дисциплін Донецького національного університету економіки і торгівлі імені Михайла Туган-Барановського

УДК: 346.543

В статті розглянуто поняття договору комунальної концесії та визначено її правову природу. По результатам проведеного аналізу розроблено пропозиції щодо уточнення правових норм, що визначають порядок укладення та зміст договору комунальної концесії.

Ключові слова: концесія, договір, комунальна власність, органи місцевого самоврядування.

В умовах економічної кризи, яка охопила багато країн світу, у тому числі Україну, особливо загострення набувають питання пошуку необхідних коштів, здатних забезпечити функціонування підприємств державного та комунального секторів економіки України і, в цілому, житлово-комунальної інфраструктури. При цьому досить важливим уявляється вибір такого способу підтримки діяльності підприємств житлово-комунального господарства, який би дозволив мінімізувати витрати з місцевого бюджету з одночасним залученням до надання житлово-комунальних послуг приватних суб'єктів господарювання. На вирішення цієї проблеми, а також проблеми технічного переоснащення основних фондів комунальних підприємств, зокрема, спрямований інститут концесії. Організація на договірній основі концесійних правовідносин вже отримала поширення у багатьох зарубіжних країнах під час реалізації низки інфраструктурних проектів. В Україні концесія не отримала значного поширення як на загальнодержавному, так і місцевому рівнях, що обумовлюється, в першу чергу, недостат-

ньою вивченістю сутності договору концесії, особливостей його змісту та загалом природи концесійних відносин. Здійснення дослідження щодо вищезазначених питань уявляється актуальним та своєчасним.

Питанням правового регулювання концесійних відносин приділялася увага як з боку вітчизняних, так і зарубіжних вчених та практиків. Зокрема, концесія як правова форма використання державного майна у господарській діяльності розглядалася у роботі О.А. Медведєвої [1]. На відмінних ознаках концесії від оренди детально зупинявся В.А. Устименко [2]. На особливостях концесії як заохочувально-обмежувального спеціального режиму господарювання акцентувала увагу О.Р. Зельдіна [3]. Серед зарубіжних досліджень можна виділити роботи російських вчених, зокрема, - С.А. Сосни [4], О.М. Савінової [5], О.О. Левицької [6] тощо. Проте недостатньо дослідженими та такими, що потребують подальшого аналізу, залишаються питання висвітлення сутності договору комунальної концесії.

Метою дослідження є обґрунтування пропозицій щодо уточнення правових норм, що визначають порядок укладення та зміст договору комунальної концесії.

Для досягнення поставленої мети були вирішені наступні завдання:

- проаналізовано існуючі наукові розробки і стан чинного законодавства в контексті досліджуваної тематики;
- розроблено пропозиції щодо вдосконалення законодавства України у досліджуваній сфері.

Перш за все слід пояснити особливості використовуваної у назві статті термінології. Вона може здатися дещо незвичною, проте додавання якісної ознаки «комунальний» спрямоване на відособлення концесійних правовідносин за участю територіальної громади від аналогічних правовідносин, які виникають у державному секторі економіки. Отже, договір комунальної концесії слід розуміти як концесійний договір, укладений між концесіодавцем – уповноваженим органом місцевого самоврядування, що представляє інтереси та діє від імені територіальної громади, та концесіонером – суб'єктом господарювання щодо тих юридичних та матеріальних об'єктів, які визначені у Законі України «Про концесії» від 16.07.1999 р.

В основі виникнення комунальних концесійних правовідносин лежить складний юридичний факт (юридичний склад). До такого висновку доходить майже більшість дослідників цієї сфери господарських відносин [4, с. 73; 5; 6, с. 10.]. Дійсно, задля здійснення концесійної діяльності необхідними, як мінімум, є три умови: наявність затвердженого місцевою радою переліку об'єктів права комунальної власності, які можуть надаватися у концесію та у якому значиться відповідний об'єкт; прийняття на пленарному засіданні місцевої ради рішення про надання у концесію відповідного об'єкта права комунальної власності за підсумками проведеного концесійного конкурсу; укладення, на підставі вищенаведеного, концесійного договору. У разі наявності усіх цих фактів послідовно у часі, можна стверджувати про виникнення де-юре комунальних концесійних правовідносин.

Звісно, договір комунальної концесії заслуговує на окрему увагу, оскільки саме він, на відміну від інших юридичних фактів, дає не тільки «старт» концесійним правовідносинам, але і забезпечує регламентацію концесійної діяльності протягом усього часу її здійснення, виступає динамічним регулятором.

На даний час у цілому концесійний договір посідає важливе місце серед численних договірних конструкцій, що дозволяють залучати приватний капітал у сферу комунального господарства. Зокрема, на концесії припадає від 60% до 80% всіх партнерських договорів між державою (муніципальним

утворенням) і приватним бізнесом у країнах Європи та США [7, с. 12].

Загалом, така висока питома вага залучення інвестиційних коштів у сферу державного та комунального господарства досягається завдяки використанню різноманітних концесійних схем. Одна від одної ці концесійні схеми відрізняються особливістю будови концесійного договору, що знаходить вияв у визначенні об'єкту договору, розподілі прав та обов'язків сторін договору та інших характерних специфічних умовах договору.

Так, на теперішній час переважно використовуються такі види концесійних договорів: BOT, ROT, BTO, BOOT, BOO, BOMT тощо [8, с. 104]. Нерідко вони, поєднуючись між собою, створюють новий вид договорів концесії.

У чинному українському законодавстві переважно використовуються у певному поєднанні концесійні схеми BOT (Build, Operate, Transfer – будівництво, експлуатація/управління, передача), ROT (Rehabilitate, Operate, Transfer – реконструкція, експлуатація/управління, передача) та BTO (Build, Transfer, Operate – будівництво, передача, експлуатація/управління). Зокрема, такий висновок слідує із визначення договору концесії, закріпленого у ст. 1 Закону України «Про концесії». Так, договір концесії (концесійний договір) – це договір, відповідно до якого уповноважений орган виконавчої влади чи орган місцевого самоврядування (концесіодавець) надає на платній та строковій основі суб'єкту підприємницької діяльності (концесіонеру) право створити (побудувати) об'єкт концесії чи суттєво його поліпшити та (або) здійснювати його управління (експлуатацію) відповідно до цього Закону з метою задоволення громадських потреб.

Дещо подібний підхід, але із певною специфікою, до визначення договору концесії можна знайти у законодавстві окремих країн-учасниць СНД, зокрема у Законі Російської Федерації «Про концесійні угоди» від 21.07.2005 р.

Крім того, слід додатково акцентувати увагу на тому, що у законодавстві країн-учасниць СНД зустрічається поєднання концесії та договору, а тому окремого визначення концесійного договору, як правило,

не наводиться у нормативній документації. У той же час концесійний договір як такий укладається між органами місцевого самоврядування та претендентами на отримання концесії, формалізуючи тим самим відносини між сторонами договору. Більше того, навіть нормативно закріплена класифікація договорів концесії. Зокрема, види концесійних договорів відображені у ст. 53 Інвестиційного кодексу Республіки Білорусь від 22.06.2001 р. Згідно із цією статтею до концесійних договорів відносяться: повний концесійний договір; концесійний договір про розподіл продукції; концесійний договір про надання послуг (виконання робіт).

Досі триваючими є дискусії у наукових колах щодо природи договору концесії. Зокрема, не можна погодитися з висновками тих дослідників, які вважають концесійний договір певним «симбіозом» різномірних договірних конструкцій, навіть якщо такі висновки підкріплюються законодавством окремих країн ближнього зарубіжжя. Зокрема, маються на увазі висновки російських вчених, які побудовані на положеннях ч. 2 ст. 3 Закону РФ «Про концесійні угоди». Вказана норма проголошує те, що концесійна угода є договором, у якому містяться елементи різних договорів.

Близькою є позиція тих російських дослідників, які вважають, що концесійний договір не може розглядатися як звичайний цивільно-правовий контракт, оскільки в договорі такого роду поєднуються публічно-правові і приватноправові елементи [9, с. 148; 10, с. 16]. При цьому таке органічне поєднання публічно-правових та приватноправових елементів (як правило інтересів учасників) не є недоліком концесійного договору і не свідчить про якусь його внутрішню суперечливість, а, навпаки, є підтвердженням його господарсько-правової природи. Саме наука господарського права ставить за мету забезпечити раціональне (розумне, збалансоване) поєднання публічно-правових та приватноправових засад у регулюванні господарської діяльності. На таку особливість науки господарського права звертають увагу провідні вчені-господарники України [11, с. 52-53].

На поєднанні приватноправових і публічно-правових засад при заохочувально-

обмежувальному спеціальному режимі господарювання, до якого зокрема відноситься концесія, акцентує увагу О.Р. Зельдіна. На її думку, концесія передбачає передачу державного або комунального майна суб'єктам господарювання (концесіонерам) з метою задоволення суспільних потреб, тобто в даному випадку явно простежується публічний інтерес. При цьому приватний інтерес у концесійних правовідносинах О.Р. Зельдіна вбачає в отриманні вигоди в результаті створення та експлуатації об'єктів концесії [3, с. 56]. Отже, концесіонер, переслідуючи задоволення власних приватних інтересів сприяє реалізації публічного інтересу територіальної громади в ефективному беззбитковому функціонуванні об'єктів права комунальної власності.

Окремі дослідники історії розвитку та впровадження концесій у комунальну сферу зауважують, що комунальні концесії завжди пов'язувалися з необхідністю забезпечення при реалізації їх умов розумного балансу приватних інтересів підприємця і публічних інтересів громади [6, с. 17-18].

Виходячи з вищенаведеного, робимо висновок, що поєднання, збалансування публічних та приватних інтересів – це невід'ємна риса концесійних договорів, що підкреслює особливість їх правової природи. При цьому ця особливість отримала нормативне відображення у визначенні договору концесії. Зокрема, у ст. 1 Закону України «Про концесії» закріплено, що здійснення концесійного договору спрямоване саме на задоволення громадських потреб. Крім того, у ч. 6 ст. 6 цього закону наголошено на тому, що концесія на об'єкти права комунальної власності надається з урахуванням інтересів регіону, територіальної громади в забезпеченні споживачів товарами (роботами, послугами), які проживають на території відповідної адміністративно-територіальної одиниці.

Загальноновизнаним у багатьох державах світу є укладення концесійного договору за результатами конкурсного відбору претендентів на отримання концесії [12]. Такий порядок укладення концесійного договору є також характерним для законодавства переважної більшості країн-учасниць СНД.

Обов'язковою є вимога про надрукуван-

ня оголошення про проведення концесійного конкурсу. Так, у ч. 1 ст. 8 Закону України «Про концесії» передбачено, що інформація про оголошення концесійного конкурсу щодо надання нових концесій чи поновлення концесій, строк дії яких закінчився, публікується в газетах «Урядовий кур'єр» та «Голос України» або у відповідному друкованому виданні органу місцевого самоврядування. Втім, якщо переслідується мета залучення іноземного інвестора, цього заходу вкрай недостатньо, оскільки друковані видання органів місцевого самоврядування навряд чи є поширеними за кордоном, як і в цілому національні видання «Урядовий кур'єр» та «Голос України». У зв'язку з цим можна погодитися з думкою О.А. Медведевої, що задля підвищення ефективності поширення інформації про оголошення концесійного конкурсу необхідно використовувати Інтернет-ресурси. Зокрема, дослідницею було запропоновано розміщувати вказану інформацію на офіційній веб-сторінці Кабінету Міністрів України – www.kmu.gov.ua – в мережі Інтернет [1, с. 9].

Можливо, так і має бути, але, як свідчить зарубіжний досвід правового регулювання концесійних відносин, інформація про оголошення концесійного конкурсу розміщується на офіційному сайті концедента (в Україні – концесіодавця) в мережі Інтернет. Зокрема, такого підходу дотримується російський законодавець у ч. 3 ст. 21 Закону Російської Федерації «Про концесійні угоди». Отже, у контексті даного дослідження уявляється необхідним запропонувати відповідну інформацію про оголошення концесійного конкурсу на об'єкти права комунальної власності розміщувати на офіційній веб-сторінці органу місцевого самоврядування у мережі Інтернет.

У той же час слід визнати, що на сьогодні не всі міста України мають власні Інтернет-сторінки, а тому можливим виходом з цієї ситуації буде розміщення інформації про конкурс на сайті відповідної обласної державної адміністрації або уповноваженого органу державної виконавчої влади. У зв'язку з цим офіційна веб-сторінка Кабінету Міністрів України в мережі Інтернет не виключається з переліку таких, які можуть бути використані задля розміщення інформації про оголошення концесійного конкурсу на об'єкти

права комунальної власності.

Умову щодо розміщення органами місцевого самоврядування інформації про оголошення концесійного конкурсу на власній офіційній веб-сторінці або на сайті відповідної обласної державної адміністрації, або уповноваженого органу державної виконавчої влади слід визнати обов'язковою, без дотримання якої результати концесійного конкурсу визнаються недійсними. У зв'язку з цим необхідним є внесення відповідних змін та доповнень до ст. 8 Закону України «Про концесії».

Слід також зупинитися на стислому аналізі змісту концесійних правовідносин – істотних умовах договору концесії, а також окремих правах та обов'язках суб'єктів цього договору.

Істотні умови договору концесії визначені у ст. 10 Закону України «Про концесії». Втім цей перелік істотних умов не є закритим, оскільки відповідно до ч. 2 ст. 10 згаданого закону за згодою сторін у концесійному договорі можуть бути передбачені й інші умови, в тому числі передбачені спеціальними законами про концесійну діяльність в окремих сферах господарської діяльності. Такий підхід до визначення істотних умов, беззаперечно, узгоджується з положеннями теорії господарського договірної права та відповідає господарському законодавству України.

Слід підкреслити, що перелік прав і обов'язків концесіодавця та концесіонера не є вичерпним і може бути розширений як положеннями концесійного договору, так і чинним законодавством України.

Втім серед обов'язків концесіонера на особливу увагу заслуговує його обов'язок погоджувати з концесіодавцем передачу повністю або частково третім особам своїх майнових прав, що випливають з договору концесії (п. 8 Типового концесійного договору). На перший погляд, начебто нічого тут такого незвичайного немає і така передача прав широко практикується в окремих зарубіжних країнах. Проте уявляється необхідним акцентувати увагу на можливих негативних наслідках такої передачі майнових прав за договором концесії.

Відповідно до Закону України «Про оцінку майна, майнових прав та професійну оці-

ночну діяльність в Україні» від 12.07.2001 р. майновими правами, які можуть оцінюватися, визнаються будь-які права, пов'язані з майном, відмінні від права власності, у тому числі права, які є складовими частинами права власності (права володіння, розпорядження, користування), а також інші специфічні права (права на провадження діяльності, використання природних ресурсів тощо) та права вимоги. Звісно, законодавець передбачив певні захисні обмовки передачі майнових прав, обумовивши можливість її здійснення із наданням на це згоди концесієдавця. Як зазначено у ст. 4 Закону України «Про концесії», передача концесіонером своїх майнових прав, що впливають з концесійного договору чи об'єктів концесії, повністю або частково третім особам можлива тільки за умови надання на це згоди концесієдавця, якщо інше не встановлено спеціальним законом про концесійну діяльність в окремих сферах господарської діяльності.

Навіть якщо уявити надання концесієдавцем дозволу на передачу майнових прав, то слід задуматися над механізмом такої передачі та її наслідками. Особливої уваги заслуговує питання передачі прав у повному обсязі. На даний час існує законодавство України допускає повну передачу майнових прав, переважно, шляхом відступлення права вимоги або переведення боргу. Такого розуміння передачі прав за концесійним договором дотримуються, зокрема, російський (ч. 2 ст. 5 Закону РФ «Про концесійні угоди» та узбецький (ч. 2 ст. 19 Закон Республіки Узбекистан «Про концесії» від 30.08.1995 р.) законодавці. Використання цих способів передачі прав за договором концесії передбачає заміну учасника договору на іншу особу.

Навряд чи така заміна зможе задовольнити інтереси концесієдавця та, в першу чергу, територіальної громади, і буде справедливою у відношенні інших претендентів, які брали участь у концесійному конкурсі. Адже концесіонера було обрано за результатами концесійного конкурсу, а подібна заміна основного учасника означає, що можна стати стороною договору концесії, навіть не обтяжуючи себе умовами конкурсу. Це з одного боку, а з іншого – виникає питання професійної кваліфікації особи, яка замінюватиме концесіо-

нера, наявності в неї ліцензії на здійснення діяльності із використанням об'єкта концесії та й взагалі чи зможе цей новий учасник виконати інвестиційні зобов'язання первинного концесіонера. Аналогічне питання у певній мірі може виникнути і у разі часткової передачі майнових прав третім особам.

Відповідь на це питання знайти досить важко, у зв'язку з чим, не випадково, у законодавстві окремих зарубіжних країн заборонено концесіонеру здійснювати відступлення своїх прав. Зокрема, у ч. 2 ст. 15 Закону Республіки Таджикистан «Про концесії» від 15.05.1997 р. зазначено, що відступлення прав концесіонера, повна або часткова передача об'єкту концесійного договору третім особам не допускається. А у ч. 1 ст. 7 Закону Республіки Киргизстан «Про концесії і концесійні підприємства в Республіці Киргизстан» від 06.03.1992 р. передбачено, що будь-яка передача концесіонером об'єкту концесійного договору третім особам, як повністю, так і частково, може бути проведена не інакше, як з безумовним дотриманням порядку, встановленого для первинного надання даної концесії.

Отже, з урахуванням вищенаведеного пропонуємо ст. 4 Закону України «Про концесії» викласти у такій редакції:

«Стаття 4. Передача майнових прав за концесійними договорами

Передача концесіонером своїх майнових прав, що впливають з концесійного договору чи об'єктів концесії, повністю або частково третім особам не допускається.».

Підсумовуючи вищенаведене, можна дійти до наступних висновків:

– підкреслено, що в основі виникнення комунальних концесійних правовідносин лежить складний юридичний факт (юридичний склад);

– наголошено, що поєднання, збалансування публічних та приватних інтересів – це невід'ємна риса концесійних договорів, що підкреслює особливість їх правової природи;

– запропоновано умову щодо розміщення органами місцевого самоврядування інформації про оголошення концесійного конкурсу на власній офіційній веб-сторінці або на сайті відповідної обласної державної адміністрації, або уповноваженого органу держав-

АНОТАЦІЯ

У статті розглянуто поняття договору комунальної концесії та визначено його правову природу. За підсумками проведеного аналізу розроблено пропозиції щодо уточнення правових норм, що визначають порядок укладення та зміст договору комунальної концесії.

SUMMARY

In the article the concept of agreement of communal concession is considered and certainly him legal nature. On results the conducted analysis suggestions are worked out in relation to clarification of legal norms which determine the order of conclusion and maintenance of agreement of communal concession.

ної виконавчої влади визнати обов'язковою, без дотримання якої результати концесійного конкурсу визнаються недійсними;

– з метою захисту майнових інтересів територіальної громади та недопущення погіршення якості отримуваних населенням послуг у роботі запропоновано заборонити передачу концесіонером своїх майнових прав, що впливають з концесійного договору чи об'єктів концесії, повністю або частково третім особам.

Викладені у даному науковому дослідженні ідеї можуть бути розвинені у напряму визначення особливостей концесійних правовідносин.

Література

1. Медведєва О.А. Концесія як права форма використання державного майна у господарській діяльності недержавними суб'єктами: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.04 / О.А. Медведєва; Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого. – Х., 2005. – 17 с.
2. Устименко В.А. Правовое регулирование аренды и концессии коммунальной собственности города / В.А. Устименко // Экономика та право. – 2002. – № 1. – С. 65-71.
3. Зельдина Е.Р. Теоретические аспекты специального режима хозяйствования: дисс. ... докт. юрид. наук: спец. 12.00.04 / Е.Р. Зельдина; НАН Украины. Ин-т экон.-правовых исслед. – Донецк, 2007. – 407 с.
4. Сосна С.А. Концессии в России: между прошлым и будущим / С.А. Сосна // Право и политика. – 2004. – № 1. – С. 73-91.

5. Савинова О.Н. Договорное регулирование концессионных отношений: Монография / О.Н. Савинова. – Казань, 2006. – 200 с.

6. Левицкая Е.А. Концессионные соглашения в сфере коммунального имущества муниципальных образований: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 / Е.А. Левицкая; Кубанский государственный аграрный университет. – Краснодар, 2008. – 28 с.

7. Субботин М.Ю. Государство подбивает капитал на концессионные соглашения / М.Ю. Субботин // Российская бизнес-газета. – 2005. – 26 июля (516). – С. 12-13.

8. Евенко В.В. Государственно-частное партнёрство: альянс скипетра и капитала / В.В. Евенко, В.Ю. Солдатенков // Вестник Брянского государственного технического университета. – 2008. – № 3 (19). – С. 102-107.

9. Богуславский М.М. Иностранные инвестиции: правовое регулирование / М.М. Богуславский. – М.: БЕК, 1996. – 462 с.

10. Косякова Н.И. Юридические лица и межотраслевые связи / Н.И. Косякова // Предпринимательское право. – 2008. – № 4. – С. 11-18.

11. Знаменский Г.Л. Хозяйственное законодательство Украины. Формирование и перспективы развития / Г.Л. Знаменский. – К.: Наук. думка, 1996. – 63 с.

12. Русинова А. Порядок и принципы выбора концессионера: европейский опыт и российский закон / А. Русинова // Современное право: Новое в российском законодательстве: обзоры, комментарии, практика. – 2007. – № 2. – С. 11-14.