



Мар'я Анатоліївна ГУРЕНКО,
аспірант Київського національного університету
імені Тараса Шевченка,
gurenko_m@ukr.net

УДК 346.34

СПІВВІДНОШЕННЯ ІНВЕСТИЦІЙНИХ ДОГОВОРІВ ПУБЛІЧНОГО ХАРАКТЕРУ ТА ДОГОВОРІВ, ЩО УКЛАДАЮТЬСЯ В РАМКАХ ДЕРЖАВНО-ПРИВАТНОГО ПАРТНЕРСТВА

Розглянуто питання співвідношення інвестиційних договорів публічного характеру та договорів, що укладаються в рамках державно-приватного партнерства на основі аналізу ознак, характерних для деяких видів цих договорів. Дослідження здійснювалось на основі аналізу таких видів договорів: концесійного договору, угоди про розподіл продукції, договору про закупівлю. Проаналізовано правові особливості договорів, що укладаються за участю публічного та приватного суб'єктів, зокрема інвестиційну складову, суб'єктний склад договорів, а також наявність партнерства у таких договірних відносинах. Це дало змогу виявити деякі спільні та відмінні риси, на підставі яких інвестиційні договори публічного характеру та договори, що укладаються у рамках ДПП, були співвіднесені між собою.

Ключові слова: інвестиційна діяльність, державно-приватне партнерство, інвестиційні договори публічного характеру, договори, що укладаються в рамках державно-приватного партнерства.

Закріплення в Законі України «Про державно-приватне партнерство» договірної форми державно-приватного партнерства (ДПП) зумовило появу дискусій між представниками наук господарського, адміністративного та цивільного права, підґрунтям яких є загальна наукова дискусія щодо правової природи договорів у сфері публічного регулювання економічних відносин. Поряд з цим тривають наукові суперечки і з приводу правової природи інвестиційного договору, в тому числі інвестиційного договору публічного характеру. Наше дослідження буде спрямоване



не на з'ясування правової природи таких договорів, оскільки в цьому питанні ми дотримуємося позиції господарсько-правової науки, а на аналіз ознак деяких договорів, що укладаються у рамках ДПП, та інвестиційних договорів публічного характеру з метою встановлення співвідношення цих договорів між собою в теоретичному аспекті.

Метою цієї статті є дослідження особливостей деяких інвестиційних договорів за участю органів державної влади чи органів місцевого самоврядування (інвестиційних договорів публічного характеру) та встановлення співвідношення цих договорів та договорів, що укладаються у рамках ДПП.

Питанням договірної форми ДПП присвячені роботи таких вчених, як: О. М. Вінник, Г. Л. Знаменський, О. А. Медведева, О. Д. Сиротюк, С. В. Терещенко та ін., а інвестиційним договорам — дослідження О. М. Вінник, В. В. Кафарського, І. В. Курафєєвої, В. В. Поєдинок, О. Е. Сімсон, Р. Б. Шипки та ін. Проте дослідженню співвідношення інвестиційних договорів публічного характеру із договорами, що укладаються в рамках ДПП, не приділялася достатня увага вчених, що й обумовлює актуальність теми цієї статті.

На основі аналізу ознак та принципів ДПП (ст. 1 Закону України «Про державно-приватне партнерство» [1]) можна дійти висновку, що основною метою цього партнерства є взаємоузгоджена співпраця між публічним (державним) партнером (органом державної влади чи органом місцевого самоврядування) та приватним партнером (юридичною особою чи фізичною особою-підприємцем) на основі укладеного договору з урахуванням інтересів обох сторін. Взагалі, суть партнерства полягає саме в об'єднанні майнових, інтелектуальних та інших ресурсів, спільній координації та веденні діяльності щодо використання відповідних ресурсів, розподілі ризиків від такої діяльності, відповідальності та винагород (відшкодувань) між партнерами.

У ст. 5 Закону України «Про державно-приватне партнерство» визначені форми здійснення державно-приватного партнерства, а саме: договори про концесію, про управління майном, про спільну діяльність, інші договори. Оскільки відповідно до ст. 2 Закону України «Про інвестиційну діяльність» інвестиційною діяльністю є сукупність практичних дій громадян, юридичних осіб і держави щодо реалізації інвестицій, а відповідно до ч. 1 ст. 9 зазначеного Закону інвестиційні відносини оформлюються договором [2], вважаємо, що договори ДПП є за своєю суттю інвестиційними договорами, оскільки укладаються між органами державної влади чи органами місцевого самоврядування та суб'єктами господарювання, які об'єднуються з метою реалізації власних інвестицій (майнових, інтелектуальних та інших ресурсів) під час провадження спільної діяльності. Це підтверджується і положенням абз. 10 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про державно-приватне партнерство», згідно з яким до ознак державно-приватного партнерства належить внесення приватним партнером інвестицій в об'єкти партнерства із джерел, не заборонених законодавством.

Розглядаючи та порівнюючи ознаки деяких договорів, що укладаються в рамках ДПП, можна виявити певні особливості, завдяки яким можна буде співвіднести ці договори та інвестиційні договори публічного характеру. Наприклад, концесійний договір — це договір, який укладається у рамках здійснення ДПП, 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 [3]. Вважаємо, що концесійний договір є інвестиційним договором,



зокрема інвестиційним договором публічного характеру, оскільки публічний (державний) та приватний партнери об'єднують та вкладають свої власні інвестиційні ресурси (майнові та інтелектуальні цінності) у спільну концесійну діяльність. Про це свідчать такі законодавчі положення:

1) згідно з ч. 13 п. 1 ст. 2 Закону України «Про концесії» публічний (державний) партнер може частково фінансувати об'єкти концесії, які мають соціальне значення;

2) згідно з п. 1 ч. 2 ст. 18 Закону України «Про концесії» приватний партнер зобов'язаний виконувати умови договору, зокрема за рахунок власного фінансування створити відповідний об'єкт концесії чи суттєво його поліпшити та (або) здійснювати його управління. У випадку фінансування концесійної діяльності спільно обома партнерами статус інвестора набувають як приватний, так і публічний партнери.

Угода про розподіл продукції, яка укладається між державою в особі уповноваженого органу (КМУ) та приватним суб'єктом (інвестором), не регулюється положеннями Закону України «Про державно-приватне партнерство». Це означає, що такі угоди не вважаються угодами, що укладаються у рамках ДПП. Однією з ознак, що відрізняє ці угоди від договорів у рамках ДПП, можна назвати дещо різний суб'єктний склад. Приватними партнерами в договорах ДПП можуть бути лише юридичні особи або фізичні особи-підприємці, а в угодах про розподіл продукції приватним суб'єктом можуть бути інвестори в особі громадян України, іноземців, осіб без громадянства, юридичних осіб України або іншої держави, об'єднань юридичних осіб, створених в Україні чи за її межами, осіб, які діють окремо чи спільно. Звертаємо увагу на те, що стороною в угоді про розподіл продукції може бути звичайна фізична особа, що, у свою чергу, не характерно для суб'єктного складу відносин ДПП.

Крім цього в таких угодах відсутня головна риса ДПП — власне партнерство сторін, тобто немає спільної організації діяльності, поділу ризиків, держава як сторона договору не фінансує таку діяльність. Таку угоду можна визначити як угоду, за якою інвестор виконує роботи з проведення пошуку, розвідки та видобування корисних копалин за замовленням держави. У цьому випадку інвестор виконує роль підрядника, хоча не завжди він самостійно та особисто виконує такі функції. Відповідно до Закону України «Про угоди про розподіл продукції» інвестор може залучати підрядників, субпідрядників тощо [4], якими будуть виступати суб'єкти господарювання, проте вони не є сторонами угоди про розподіл продукції. Вони виконують роботи лише відповідно до окремо укладених підрядних договорів між ними та інвестором. Оскільки у цих відносинах відсутня визначальна ознака — співпраця між сторонами, яка має бути між партнерами ДПП, такі угоди не належать до договорів, що укладаються у рамках ДПП. Також виключається можливість віднесення такої угоди не тільки до кола договорів у рамках ДПП, а й до інвестиційних договорів публічного характеру, якщо розглядати їх як господарсько-правові договори, зокрема виходячи зі суб'єктного критерію, тобто якщо фізична особа виступатиме стороною такої угоди. Однак, залежно від суб'єктного складу, угода про розподіл продукції може розглядатись як інвестиційний договір публічного характеру, проте різниця полягатиме у визначенні саме правової природи інвестиційного договору. Пояснюється це тим, що на сьогодні вчені дотримуються різних позицій (господарсько-правовий підхід [5, с. 256], цивілістичний підхід [6, с. 30], адміністративно-правовий підхід [7]) щодо правової природи інвестиційного договору, зокрема інвестиційного договору публічного характеру.

Наступний договір — договір про закупівлю залежно від суб'єктного складу — теж не завжди буде належати до договорів у рамках ДПП та й до



інвестиційних договорів публічного характеру, які мають господарсько-правову природу, оскільки відповідно до п. 35 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про публічні закупівлі» [8] учасником процедури закупівлі може бути фізична особа. Як уже відомо, у договорах у рамках ДПП стороною можуть бути лише юридичні особи або фізичні особи-підприємці, а в договорі про закупівлю потенційним учасником договірних відносин може бути фізична особа.

Крім цього, аналізуючи мету публічних закупівель, також можна піддати сумніву віднесення договорів про закупівлю до договорів, що укладаються у рамках ДПП та до інвестиційних договорів публічного характеру. Так, відповідно до Закону України «Про державно-приватне партнерство» ДПП — це довгострокова (від 5 до 50 років) співпраця публічного та приватного партнера у певній сфері діяльності чи щодо деяких об'єктів державної чи комунальної власності. А мета закупівель — це придбання замовником товарів, робіт і послуг, де замовником виступає держава в особі державних органів чи певних юридичних осіб, органи місцевого самоврядування відповідно до п. 9 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про публічні закупівлі». При цьому не здійснюється жодної співпраці з приводу організації діяльності стосовно використання об'єкта державної чи комунальної власності, немає поділу ризиків між партнерами та спільного фінансування такої діяльності. Такі договори закупівель можна розглядати як договори купівлі-продажу товарів, договори підряду тощо, проте з особливостями щодо порядку укладання договорів. Тож ці договори не можна вважати такими, які укладаються у рамках ДПП. Крім цього, виходячи з аналізу об'єкта та змісту договору, вбачаємо відсутність інвестиційної складової таких закупівель та, як наслідок, підстав для віднесення цих договорів до інвестиційних.

Крім відмінних рис, для інвестиційних договорів публічного характеру та договорів, що укладаються у рамках ДПП, виходячи з їхньої господарсько-правової природи, характерні також спільні риси, як-от:

1) переважання публічного інтересу держави над приватним інтересом іншої сторони, оскільки держава має більшу зацікавленість в економічному результаті від співпраці та не менш важливому соціальному результаті, що полягатиме в задоволенні потреб громадян, в отриманні їхнього схвалення результатів від такої співпраці, дотриманні прав та свобод громадян під час здійснення цієї діяльності та інші;

2) можливість відступлення від принципу рівності сторін у бік домінуючого становища держави в особі уповноважених органів над іншою стороною, якою виступає приватний суб'єкт, оскільки перший має більше механізмів для впливу на останнього. Прикладом може бути наявність типових договорів, які укладаються на основі проведених конкурсів та які можуть обмежувати права приватного суб'єкта у зміні договору (хоча він не позбавлений повністю права змінювати зміст договору, оскільки може конкретизувати істотні умови договору відповідно до ст. 179 Господарського кодексу України [8]). Нерівність приватного суб'єкта як сторони договору також може проявлятися під час різноманітних змін у сфері валютного, податкового, митного законодавства, в сфері ліцензування, гарантії від яких йому не надаються.

Тож на підставі аналізу деяких договорів за участю органів державної влади чи органів місцевого самоврядування пропонуємо співвідносити поняття «інвестиційні договори публічного характеру» та поняття «договори, що укладаються в рамках державно-приватного партнерства» між собою як ціле та частина. На нашу думку, договори у рамках ДПП належать до інвестиційних договорів публічного характеру. Інвестиційні договори публічного характеру мають основоположну ознаку — наявність переважаючого публічного (державного) інтересу



в таких договорах. Проте важливим є те, що не всі інвестиційні договори публічного характеру можна віднести до договорів у рамках ДПП (наприклад, угода про розподіл продукції). Також, залежно від суб'єктного складу, не всі договори за участю публічного та приватного суб'єктів (угода про розподіл продукції) будуть належати до інвестиційних договорів публічного характеру, які мають господарсько-правову природу.

Як підсумок зазначимо, що інвестиційні договори публічного характеру можуть включати значну кількість різноманітних договорів, що укладаються між органом державної влади чи органом місцевого самоврядування та приватними суб'єктами, зокрема договорів, що укладаються у рамках ДПП.

Список використаних джерел

1. Про державно-приватне партнерство : Закон України від 01.07.2010 р. № 2404-VI // Відомості Верховної Ради України. 2010. № 40. Ст. 524.
2. Про інвестиційну діяльність : Закон України від 18.09.1991 р. № 1560-XII // Відомості Верховної Ради України. 1991. № 47. Ст. 646.
3. Про концесії : Закон України від 16.07.1999 р. № 997-XIV // Відомості Верховної Ради України. 1999. № 41. Ст. 372.
4. Про угоди про розподіл продукції : Закон України від 14.09.1999 р. № 1039-XIV // Відомості Верховної Ради України. 1999. № 44. Ст. 391.
5. *Поєдинок В. В.* Правове регулювання інвестиційної діяльності: теоретичні проблеми. Ніжин : Аспект-Поліграф, 2013. 479 с.
6. *Кафарський В. В.* Інвестиційні договори в Україні: поняття, види, зміст, правове регулювання : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Івано-Франківськ, 2006. 190 арк.
7. *Коломоєць Т. О.* Адміністративний договір // Адміністративне право України. URL : <http://meگو.info/матеріал/№6-адміністративний-договір>.
8. Про публічні закупівлі : Закон України від 25.12.2015 р. № 922-VIII // Відомості Верховної Ради України. 2016. № 9. Ст. 89.
9. Господарський кодекс України від 16.01.2003 р. № 436-IV // Відомості Верховної Ради України. 2003. № 18, № 19-20, № 21-22. Ст. 144.

Надійшла до редакції 21.09.2016

Гуренко М. А. Соотношение инвестиционных договоров публичного характера с договорами, которые заключаются в рамках государственно-частного партнерства

Рассмотрен вопрос о соотношении инвестиционных договоров публичного характера с договорами, которые заключаются в рамках государственно-частного партнерства на основе анализа признаков, характерных для некоторых видов данных договоров. Исследование осуществлялось на основе анализа следующих видов договоров: концессионного договора, соглашения о разделе продукции, договора о закупке. Проанализированы правовые особенности договоров, заключаемых с участием публичного и частного субъектов, в частности инвестиционная составляющая, субъектный состав договоров, а также наличие партнерства в данных договорных отношениях. Это позволило выявить некоторые общие и отличительные черты, на основании которых инвестиционные договоры публичного характера и договоры, заключаемые в рамках ГЧП, были соотнесены между собой.

Ключевые слова: инвестиционная деятельность, государственно-частное партнерство, инвестиционные договора публичного характера, договора, которые заключаются в рамках государственно-частного партнерства.



Gurenko, M. A. Relation of the Investment Agreements of Public Character with the Agreements Concluded within the Frame of the Public Private Partnership

In the article the question about the relation of the investment agreements of public character with the agreements concluded within the frame of the public private partnership on the basis of investigation of characteristics relevant to such agreements is analyzed. The investigation was based on the analysis of the following types of agreements: concession agreement, agreement of the production sharing, procurement agreement. Legal features of the agreements concluded with the participation of public and private subjects are analyzed, in particular the investment component, subject structure of the agreements and the existence of partnership in these contractual relations. It allows to identify some common and distinctive features, on the basis of which the investment agreements of public character and the agreements concluded within the frame of the public private partnership were correlated with each other.

Keywords: *investment activity, public private partnership, investment agreements of public character, agreements concluded within the frame of the public private partnership.*

