

Підсумовуючи, доходимо висновку про те, що правова природа іпотечних цінних паперів та речей, а також правове регулювання відносин, що виникають з приводу них мають істотні відмінності. Норми речового права в загальному масиві норм, що регулюють випуск та обіг іпотечних цінних паперів, відіграють певну, але не домінуючу роль. Правовий режим даного об'єкта цивільних прав вимагає використання положень як речового, так і зобов'язального і спеціального законодавства, що суттєво відрізняє від речей. А тому нормативне віднесення іпотечних цінних паперів (серед усіх видів цінних паперів) до речей є необґрунтованим. З огляду на проведений у статті аналіз та стан сучасного розвитку цивілістики, здається доцільним відокремлення цінних паперів (серед них також іпотечних цінних паперів) від речей та виділення їх у самостійний об'єкт цивільного права.

1. Goedeck W., Kerl V.: Die deutschen Hypothekenbanken. Hrsg.: Bushgen H.E., Herrhausen A., Frankfurt am Main, 1990. – p. 18. 2. Гостюк В.І. Цивільно-правові договори з цінними паперами за законодавством України. Дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук. 12.00.03 / Київський національний університет ім. Т. Шевчен-

ка. – К. 2005. – С. 37. 3. Гражданское и торговое право капиталистических государств. М.: Международные отношения, 1993. – С. 203; Мамутов В.К., Чувпило О.О. Господарське право зарубіжних країн. Підручник для студентів юридичних спеціальностей вищих навчальних закладів. – К., "Ділова Україна", 1996. – С. 156-158. 4. Гражданское право: учебник в 3 т. Т.1. / Е.Н. Абрамов, Н.Н. Аверченко, Ю.В. Байгушева [и др.]; под ред. А.П. Скреева. – М.: РГ-Пресс, 2011. – С. 376, 396. 5. Гражданское право. В 4 т. Т.1.: Общая часть: учеб. Для студентов вузов, обучающихся по направлению 521400 "Юриспруденция" / [Ем В.С. и др.]; отв.ред. Е.А. Суханов. – М.: Волтерс Клувер, 2010. – С. 400. 6. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: У 2т./ За відповід. ред. О.В. Дзери (кер. авт. кол.), Н.С. Кузнецової, В.В. Луця. – К.: Юрінком Інтер, 2005. – Т. I. – С. 328. 7. Онуфрієнко О.І. Право власності в Україні: Навч. посібн./ О.В. Дзера, Н.С. Кузнецова, О.А. Підпригора та ін.; За заг. ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнецової. – К., Юрінком Інтер, 2000. – С. 376. 8. Онуфрієнко О.І. Правове регулювання випуску та обігу емісійних цінних паперів в Україні. Дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук. 12.00.04/ Київський національний університет ім. Т. Шевченка. – К., 2000. – С. 17-18. 9. Победоносцев К.П. Курс гражданского права. Первая часть: Вещные права. 2-й завод. – М.: "Статут", 2004 – с. 87. 10. Саватье Р. Теория обязательств. М., изд. "Прогресс", 1972. – С.82-83. 11. Труба В.І. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: У 2т./ За відповід. ред. О.В. Дзери (кер. авт. кол.), Н.С. Кузнецової, В.В. Луця. – К.: Юрінком Інтер, 2005. – Т. I. – С. 328. 12. Шевченко Г.Н. Эмиссионные ценные бумаги: понятие, эмиссия, обращение. – М.: Статут, 2006. – С.31.

Надійшла до редколегії 30.03.11

Л. Гончарук, здобувач

## ПОНЯТТЯ КОНЦЕСІЇ І КОНЦЕСІЙНОГО ДОГОВОРУ В УКРАЇНІ

*Публікація присвячена питанням розвитку концесійних відносин і концесійного договору в сучасній Україні, аналізується термінологічні особливості поняття концесії і історичні передумови виникнення в Україні закону про концесії.*

*Ключові слова: концесія; концесійний договір; закон про концесії.*

*Публикация посвящена вопросам развития концессионных отношений и концессионного договора в современной Украине, анализируются терминологические особенности понятия концессии и исторические предпосылки появления в Украине закона о концессиях.*

*Ключевые слова: концессия; концессионный договор; закон о концессиях.*

*The article is dedicated to the problems of development of concessional relations and concessional agreements in the contemporary Ukraine. Nomenclatural specialties of the term "concession" and historical prerequisites for the law on concessions in Ukraine are analyzed.*

*Keywords: concessia; concession agreement; law of concessia.*

Актуальність даного дослідження пояснюється фактичною відсутністю глибоких теоретичних праць, присвячених концесії і одному із найбільш складних договорів – договору концесії. 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.

Термінологічно поняття концесії походить від латинського слова "concessia", яке означає – згода, поступка, дозвіл, надання, наділення; відступ від будь – якого майна, права чи повноваження і розглядається прийнятні у таких значеннях: 1) як відносини з використання передачних на визначених умовах концесіонерів об'єктів публічної власності; 2) як владний публічний акт; 3) безпосередньо як об'єкти, що передаються; 4) як договір з передачі цих об'єктів. Таким чином, концесію можна розуміти і як правовідносини, які виникають між державою в особі уповноважених нею органів та підприємцями, іноземними компаніями чи іншими юридичними особами з приводу передачі їм на договірних засадах промислових підприємств, земельних ділянок з правом видобування корисних копалин, будівництва різноманітних об'єктів з метою розвитку або відновлення національної економіки та освоєння природних ресурсів.

Вчені звертають увагу на те, що термін "концесія" – один із найбільш розпливчатих термінів, який застосовують для позначення операцій, які часто мають досить мало спільного, якщо не вважати, що в їх основі лежить дозвіл адміністрації на здійснення таких операцій. Саме у цьому розумінні ведуть мову про концесіях, пов'язаних із кладовищами, про земельні концесії

у заморських територіях Франції, про концесії на будівництво загат тощо [1].

Уявлення про концесію як про таке право, що надається (дарується) на здійснення будь – якого виду діяльності, яку держава (суверен) вважає своєю прерогативою, в тому числі діяльність, пов'язану з використанням державного майна (власності), склалося історично. Під концесією розумілося передача державою приватній особі в експлуатацію частину своїх природних багатств, підприємств, техніко-технологічних комплексів та інших об'єктів [2]. При цьому стверджується, що адміністративний договір у Франції чи публічно – правовий договір в Німеччині, які слугують правовою основою концесій в цих і багатьох інших країнах, вказують на достатньо визначені параметри концесійного договору.

Отже, перш за все, звертає на себе увагу неоднозначність концесії як поняття, що призводить до дискусій щодо сутності концесії, її правової природи. Питання публічно правової її природи, або приватноправової обговорюється і нині. В своїх дослідженнях ми приділяємо більшу увагу приватноправовому інтерпретуванню концесії як договору, що укладається між владним органом і суб'єктом приватного права, не забуваючи проаналізувати доводи прибічників іншого, публічно правового напрямку, які зводять розуміння концесії до акту публічної влади, відповідно до якого приватній особі – фізичній чи юридичній – надається відповідний дозвіл.

Загалом, практика передачі у користування приватним суб'єктам об'єктів публічної власності була відома ще у стародавньому Римі, а самі ці відносини мали характер адміністративного розпорядження. В період се-

редньовіччя для отримання згоди правителя на заняття гірським промислом застосовувалась така процедура. Частина об'єктів приватного права, на які можна було отримати згоду верховної влади, була вилучена із загального обороту і такі речі мали статус *res extra commercium*. Серед переліку цих об'єктів були природні ресурси надр, вод, лісів, а сема, вугілля, нафта тощо). Вилучення цих об'єктів пояснювалось необхідністю забезпечення їх корисними властивостями саме публічних, а не приватних інтересів. Між тим, вилучений з цивільного обігу об'єкт для такої, наприклад, мети, як досягнення більшої ефективності в управлінні, міг бути знову переданий у приватне володіння на певних умовах, але це не призводило до повного відновлення цивільно – правового статусу речі, оскільки підставою такого процесу є владний акт, а сам об'єкт концесії передавався на чітко визначених у договорі умовах, отже право державної власності на нього зберігалось. Серед концесій, які спочатку дарувалися феодалними можновладцями, а потім – державою – сувереном були такі її види як збір податків та зборів, управління окремими територіями від імені феодалного суверену, відкупі приватними особами інтендантського постачання військ, виготовлення зброї та ін.

Концесії існували також в середньовічній Росії у вигляді відкупів – на утримання питних закладів ("царевих кабаків"), на пушний та інший промисел у царських лісах, на вижигання деревинного вугілля, влаштування рудників і заводів з виготовлення заліза тощо. Довгий час концесіями іменувались різні види діяльності, здійснення яких ставало можливим лише завдяки санкції держави, який знаходив свій вираз в договірному, односторонньому порядку. Отже, односторонні концесії історично передували сучасним, договірним. В Росії, зокрема, в XIX ст. імператором засновувались концесії по здійсненню особливо значних промислових, гірничих чи транспортних проєктів, таких як концесія на будівництво залізничної колії Петербург – Рига. Комерційним товариствам, представникам купецтва у концесійному порядку надавались привілеї займатися видами діяльності, на які вони не мали права або в силу свого сословного статусу, або з інших причин. У самих таких дозволах чи інших владних актах часто передбачався порядок реалізації концесіонером наданих йому прав і межі такої реалізації. Односторонні дозвольні концесії практикувались в свій час і за кордоном.

До появи СРСР і на протязі приблизно 30 років після, практика здійснення господарської діяльності у сфері видобутку, використання і експлуатації природних ресурсів, які належали до загальнонародного надбання і фактично були вилучені з цивільного обороту, пов'язувалась в Росії із наданням такої можливості приватним суб'єктам, причому переважно іноземним підприємцям – концесіонерам. В 20-ті роки минулого століття під концесією розумівся і сам концесійний договір, і підприємство, яке концесіонер повинен був побудувати чи отримати у концесійне користування. Крім того, поняття концесії в ряді випадків означало і певний привілей, якої концесіонер набуває за договором. На міжнародному рівні під концесією нерідко розуміється і нині цілісний територіально – виробничий комплекс, який охоплюється межами концесійної території.

У 20 – 40 ві, 50 – 60-ті роки ХХ століття на Заході з'явилися концесії нових типів, що пояснювалось посиленням так званого державного "інтервенціонізму" в економіці [3]. Зокрема, у Франції та інших країнах континентально – правової системи виникли "публічні служби промислового і торгівельного", "сільськогосподарського", "транспортного", "фінансового" характеру тощо.

Ключові галузі економіки, які належали державі або були націоналізовані у воєнні і міжвоєнні роки, отримавши цей статус, між тим, були у набагато менше пов'язані з публічним правом і адміністративним договором, скоріше вони взагалі діяли на умовах, які встановлювались нормами приватного права.

В незалежній Україні концесійна практика була фактично відновлена згідно Закону України "Про режим іноземного інвестування" від 19.03.1996 р. [4] іноземним інвесторам було надане право на розробку і освоєння відновлюваних і таких, що не відновлюються, природних ресурсів на основі концесійних договорів (ст. 22). Через два роки в Указі Президента України "Про концесію на будівництво і реконструкцію автомобільних доріг" від 04.07.1998 р. [5] було закріплено легальне визначення концесії як правовідносин, що виникають між концесієдавцем і концесіонером у процесі будівництва, реконструкції автомобільної (примиської) дороги загального користування, строкового платного володіння нею та експлуатації (ст.2). Згадуване визначення свідчило про зміну розуміння законодавцем поняття концесійної діяльності, яка згадувалась раніше виключно в розумінні експлуатації природних ресурсів.

Сучасне законодавче визначення концесії з'явилося в Законі України "Про концесії" від 16.07.1999 р. [6] (далі – Закон) у ст.1. Так, під концесією розуміється 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 (строкове платне володіння), 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. Сутність концесійних відносин, таким чином, характеризується одночасним існуванням як власне самої концесії – акту публічної влади і концесійний договір.

Звернемо увагу, що аналіз цього визначення не дає зрозуміти чітко, що являє собою концесія як публічно – правовий акт органу державної влади або місцевого самоврядування. Взагалі, характеристика концесії у країнах СНГ, право яких взагалі тривалий час не сприймало інституту публічно – правового і адміністративного договору з приватною особою, досить утруднена. Деякі звичайні цивільно – правові форми – орендні, підрядні і змішані – теж називають концесіями, але тільки через нетрадиційні, нетипові для цивільних правовідносин підприємницькі правовідносини, які вони опосередковують. Крім того, концесії різних типів і в різних країнах набувають додатково певних модифікацій у відповідності з особливостями національного права, таким чином розуміння концесії відрізняється в різних країнах настільки, що практично вони не підлягають порівнянню чи систематизації. Поняття концесії настільки відрізняється, що концесіями іменують в країнах як договори традиційної публічно – правової (адміністративної) природи, так і звичайні цивільно – правові або близькі до них договори, або і такі договірні форми, які знаходяться на стику названих і які поєднують в різних пропорціях ознаки договорів обох названих типів.

Ще менш зрозуміло, що означає концесія як договір. Так, із тексту визначення Закону видно, що створення (будівництво) та (або) управління (експлуатація) концесіонером об'єктом концесії розглядається законодавцем одночасно як право і як обов'язок концесіонера:

"... право на створення (будівництво)" і "...зобов'язань по створенню (будівництва)...". Між тим, орган влади або місцевого самоврядування приймає рішення і передає за договором не право на створення тощо об'єкта концесії, а свій публічний обов'язок, функцію на створення (будівництво) цього об'єкта. До такого висновку можна дійти, з'ясувавши, що до передачі попередньо необхідно вилучити цей об'єкт з цивільного обороту і обмежити цим права осіб приватного права. Такий механізм допомагає публічно – правовим інститутам держави чи територіальній громаді використати ефективність приватного бізнесу у задоволенні суспільного інтересу і створити чи експлуатувати відповідні об'єкти концесії. Звідси – концесіодавець фактично перекладає на концесіонера свій обов'язок, оформивши його у вигляді договору. Одночасно останній набуває і право, але вже не на створення тощо об'єкта концесії, який він зобов'язаний створити, а право на заняття господарською діяльністю шляхом створення та (або) експлуатації об'єкта державної чи комунальної власності. Крім того, має право і на одержання від нього прибутку.

На сьогодні в Україні, так само як і в інших державах можна застосувати специфічний механізм для ефективного використання об'єктів державної та комунальної власності. Йдеться фактично про договір концесії як альтернативу приватизації, яка хоча є більш швидким способом поповнення держбюджету, між тим, договірна конструкція, яка полягає у переданні державного або комунального майна в концесію, виявляється більш ефективною для постійних, регулярних надходжень коштів до бюджету.

В наш час концесії практично повністю стали договірними і в інших країнах. На думку Н.Г. Дороніної: "поняття "концесійний договір" як похідне від "концесії" підкреслює особливості форми, в яку втілюється акт держави, зміст якого полягає одночасно і у поступці свого права здійснювати експлуатацію підприємства чи родовища, і пов'язане з такою передачею відхилення від загальних правил регулювання підприємницької діяльності в тій чи іншій сфері економіки" [7]. Договір укладається між концедентом і концесіонером задля виконання прийнятого концедентом владного акту (закону чи адміністративного акту). На противагу односторонній концесії, яка характеризується ієрархічною основою, договірна концесія відрізняється договірними, відносно рівноправними відносинами сторін. Між тим, звертає на себе увагу основна риса концесійних правовідносин – вони виникають на підставі владного публічно – правового акту концедента, який у одному з випадків опосередковується концесійним договором.

Все з більшою впевненістю в останні роки можна говорити про те, що передання майна у концесію з управлінням ним приватними особами і із залученням приватного капіталу могла б надати змогу вирішити проблеми з інвестиціями та менеджментом. Сама процедура передання державного і комунального майна в концесію, як свідчить досвід країн, де вона активно використовується, сприятиме більшій зрозумілості процесів у цій сфері, а це, в свою чергу, вплине позитивно на використання такого майна як в публічних, так і в приватних інтересах.

Положення міжнародних актів, Конституції України, Закону, інших законодавчих та нормативних актів України та інших держав, доктринальні розробки українських та зарубіжних авторів по темі концесійних відносин і договору концесії на основі загальної теорії

договору є тою базою, яка дозволяє сьогодні вирішувати не лише публічно правові, але і приватноправові питання зазначеного договору.

Договір концесії – 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 Закону з метою задоволення громадських потреб (ст. 1 Закону).

Концесіонером може виступати фізична або юридична особа, яка є суб'єктом підприємницької діяльності, а концесіодавцем – уповноважений Кабінетом Міністрів України орган виконавчої влади (міністерство, місцева державне адміністрація тощо). Чинне вітчизняне законодавство дозволяє визнавати державні та комунальні підприємства публічного права суб'єктами підприємницької діяльності і передавати їм державне чи комунальне майно в концесію, однак ефективнішим є залучення до такої діяльності юридичних осіб приватного права через укладання концесійного договору, враховуючи ініціативу і зацікавленість приватного підприємництва. КМ України визначає конкретний орган державної влади, який наділений повноваженнями на надання у концесію конкретно визначеного об'єкту державної власності [8].

Російське законодавство проводить розмежування між концесійною угодою і договором комерційної концесії, які регламентуються різними нормами, зокрема, договір комерційної концесії є самостійним видом договорів, за яким одна сторона (право володілець) зобов'язаний надати іншій стороні (користувачу) за винагороду на строк чи без вказівки строку право використовувати у підприємницькій діяльності користувача комплекс належних право володільцю виключних прав, які включають право на товарний знак, знак обслуговування, а також права на інші передбачені договором об'єкти виключних прав сама назва найбільше близька у перекладі до терміну "франчайзинг".

Підсумовуючи, зазначимо, що практика передачі у користування приватним суб'єктам об'єктів публічної власності була відома ще у Стародавньому Римі; поняття концесії і концесійного договору не тотожні, в поняття концесії вкладається декілька варіантів змісту, одним із яких і є поняття концесійного договору, різняться і публічноправові та приватноправові розуміння концесії і концесійного договору; підставою для виникнення концесійних правовідносин слугує владний акт про надання приватній особі прав, які відносяться до прерогатив концедента; наявність такого владного акту – одна із фундаментальних ознак концесійного договору.

1. Ведель Ж. Административное право Франции. М., 1973. – С.487.
2. Право международной торговли. М., 1997. 3. Legal and administrative frameworks for electricity enterprises // United Nations. NY, 1973. № 169 – 170 P.29. 4. Про режим іноземного інвестування Закон України від 04.07.1999 р. // Відомості Верховної Ради України від 07.05.1996 р., № 19, стаття 80. 5. Про концесію на будівництво і реконструкцію автомобільних доріг" від 04.07.1998 р. №735/98 // Офіційний вісник України від 20.07.1998 р., №27, стор.16. 6. Про концесії. Закон України від 16 липня 1999 р. №997 – XIV // Відомості Верховної Ради України від 15.10.1999 р., № 41, стаття 372. 7. Дороніна Н.Г. К проекту закона о концессионных договорах – Договор: правовые и экономические аспекты. М., 1999. Вып.1. – С.75 – 86. 8. Про затвердження Переліку об'єктів права державної власності, які можуть надаватися в концесію. Постанова КМ України від 11 грудня 1999 р. №2293 // Офіційний вісник України від 31.12.1999 р., № 50, стор. 155.

Надійшла до редколегії 30.03.11