

Репета Ю. В.,

аспірант кафедри цивільного права та процесу юридичного факультету
Львівського національного університету імені Івана Франка

ПОНЯТТЯ ТА ПРАВОВА ПРИРОДА КОНЦЕСІЙНОГО ДОГОВОРУ У ПРИЗМІ ЗАКОНУ УКРАЇНИ «ПРО КОНЦЕСІЮ» ВІД 03.10.2019 № 155-ІХ

Анотація. Прийняття Закону України «Про концесію» № 155-ІХ у відповідності до кращих світових практик стало стимулом та передумовою для проведення перших масштабних концесійних конкурсів щодо цілісних майнових комплексів ДП «Стивідорна компанія «Ольвія» та ДП «Херсонський морський торговельний порт». Відповідно, аналіз поняття, правової природи та видів концесійного договору на основі реформи концесійного законодавства та досвіду перших концесійних проєктів згідно з кращою міжнародною практикою є актуальним. Автором запропоновано визначення концесійного договору та наведено його ознаки, проаналізовано предмет, сторони, строк та види концесійного договору. Визначено, що за концесійним договором, одна сторона (концесіодавець) передає другій стороні (концесіонеру) на строк не менше 5 років та не більше 50 років право на створення та/або будівництво та/або управління об'єктом концесії та/або надання суспільно значущих послуг разом з переважною частиною операційного ризику, що охоплює ризик попиту та/або ризик пропозиції, а друга сторона (концесіонер) зобов'язується створити та/або збудувати та/або управляти відповідним об'єктом та/або надавати суспільно значущі послуги за плату від концесіодавця чи без такої та/або за плату від користувачів (споживачів) суспільно значущих послуг, внести в об'єкт концесії інвестицію, а також повернути об'єкт концесії концесіодавцю після припинення дії договору. Виявлено, що концесійні договори можна класифікувати за предметом (так звані концесії «на роботи» та концесії на послуги), за характером оплати концесіонеру (що оплачуються концесіодавцем та що оплачуються споживачами суспільно значущих послуг), а також за територіальною ознакою (міжнародні та національні). Враховуючи виклики, які сьогодні стоять перед інфраструктурою України у зв'язку з повномасштабною війною, яку Російська Федерація розв'язала проти України, концесійний договір як одна з договірних форм здійснення державно-приватного партнерства має потенціал стати важливим елементом її відновлення.

Ключові слова: концесія, концесійний договір, державно-приватне партнерство, концесіонер, концесіодавець, об'єкт концесії.

Repeta Yu. V. Concept and legal nature of the concession agreement from the perspective of the law of Ukraine "On Concession" as of 03.10.2019 № 155-IX

Abstract. Adoption of the Law of Ukraine "On Concession" No. 155-IX, in accordance with the best world practices, became an incentive and prerequisite for conducting the first large-scale concession tenders for integral property complexes of the State Enterprise "Olvia Stevedoring Company" and State Enterprise "Kherson Sea Trade Port". Accordingly, the analysis of the concept, legal nature and types of the concession agreement based on the reform of the concession legislation and the experience of the first concession projects in accordance with the best international practice is relevant. The author has proposed a definition of a concession agreement and provided for its features, analyzed the subject, parties, term and types of a concession agreement. It was determined that under the concession contract, one party (concessionaire) transfers to the other party (concessionaire) for a period of not less than 5 years and not more than 50 years the right to create and/or build and/or manage the concession object and/or provide socially significant services together with a major part of operational risk, covering demand risk and/or supply risk, and the second party (concessionaire) undertakes to create and/or build and/or manage the relevant facility and/or provide socially significant services for a fee of the concessionaire or without such and/or for a fee from users (consumers) of socially significant services, make an investment in the concession object, as well as return the concession object to the concessionaire after the termination of the contract. It was found that concession contracts can be classified by subject (so-called concessions "for works" and concessions for services), by the nature of payment to the concessionaire (paid by the concessionaire and paid by consumers of socially significant services), as well as by territorial feature (international and national). Considering the challenges that Ukraine's infrastructure faces today in connection with the full-scale war that the Russian Federation has unleashed against Ukraine, the concession agreement as one of the contractual forms of public-private partnership has the potential to become an important element of its restoration.

Key words: concession, concession agreement, public-private partnership, concessionaire, concessionaire, concession object.

Постановка проблеми. Концесія є однією з найбільш поширених форм державно-приватного партнерства у сфері розвитку інфраструктури.

Відповідно до статистики Європейського інвестиційного банку, більше 1300 договорів державно-приватного партнерства на 250 мільярдів євро було укладено в ЄС між 1990 та 2009 роками в ЄС, 60% з яких – концесійні договори [8]. За останні 10 років лише сам згаданий Європейський інвестиційний банк профінансував 91 проєкт державно-приватного партнерства на суму більш як 14,5 мільярдів [11]. За даними Міністерства розвитку економіки, торгівлі та сільського господарства України станом на 01.01.2022 на засадах державно-приватного партнерства в Україні укладено 193 договори, з яких реалізуються 31 договір, 22 з яких – концесійні [34].

Незважаючи на це, інструменти державно-приватного партнерства загалом та концесії зокрема не використовувалися в Україні щодо проєктів загальнодержавного значення до реформи концесійного законодавства, що мала місце у 2018-2019 роках. Причиною цього були складність процедури, неузгодженість законодавства та, як наслідок, правова невизначеність для приватних партнерів.

3 жовтня 2019 року було прийнято Закон України «Про концесію» № 155-ІХ. В реформі правового регулювання концесії в Україні брали участь Європейський банк реконструкції та розвитку, Міжнародна фінансова корпорація, Проектний офіс «SPILNO», Державне підприємство «Адміністрація морських портів України» та консорціум міжнародних консультантів.

Закон України № 155-ІХ розроблявся на основі Директиви ЄС 2014/23/EU про ухвалення рішень про концесійні договори та кращих світових практик і гармонізував концесійне законодавство з законодавством про державно-приватне партнерство. Цим законом були внесені зміни в Господарський кодекс України, втратили чинність Закони України «Про концесії» та «Про концесії на будівництво та експлуатацію автомобільних доріг», а Закон України «Про державно-приватне партнерство» застосовується до концесії лише у випадках, прямо передбачених Законом України № 155-ІХ. Відповідно, з прийняттям Закону України № 155-

ІХ, концесійні відносини регулюються одним спеціальним законом та переліком відповідних підзаконних нормативно-правових актів, а не чотирма різними законами та великою кількістю підзаконних нормативно-правових актів, які інколи суперечили один одному.

Р. Є. Гентош, К. Я. Скальський та Ю. О. Подолян наводять, серед інших, такі позитивні характеристики Закону України № 155-ІХ у порівнянні з тими нормативними актами, які регулювали концесійні відносини раніше:

- чіткий перелік сфер укладення договору концесії та учасників концесійної діяльності;
 - визначення порядку ініціювання та прийняття рішення про концесію, процедури проведення концесійного конкурсу та обрання концесіонера, що говорить про високий рівень вимог до цього суб'єкта концесійних відносин, а також при високому рівні відповідальності;
 - спрощення механізму виділення земельних ділянок;
 - наявність широких можливостей у держави чи органів місцевого самоврядування щодо контролю, нагляду і моніторингу реалізації концесійного договору;
 - можливість заміни концесіонера;
 - можливість вирішення спорів, які виникають у зв'язку з виконанням концесійного договору, у міжнародному комерційному або інвестиційному арбітражі;
 - законодавче оформлення економічного змісту концесійних відносин [17, с. 270; 27, с. 63-65].
- Серед недоліків Закону України № 155-ІХ Р. Хом'яков, Р. Гентош, К. Скальський наголошують на таких:
- фізичні особи-підприємці не можуть бути стороною концесійного договору;
 - є можливість зміни умов виконання концесіонером концесійного договору щодо питань оборони, національної безпеки, забезпечення громадського порядку й охорони довкілля, ліцензування, правил та умов надання суспільно значущих послуг на ринках у стані природних монополій;
 - процедура оцінки впливу на довкілля, яку має проходити будь-який проєкт, має відбуватися підписанням договору, що може створити перешкоди для виконання вже укладеного концесійного договору [17, с. 270; 36].

Так, як концесія зарекомендувала себе як ефективна форма взаємодії держави з бізнесом у морських портах багатьох європейських країн, наприклад, Бельгії, Греції, Нідерландів, Німеччини і Італії (зі ста найбільших портів світу 94 перебувають у концесії) [21, с. 233], було прийнято рішення провести концесійні конкурси щодо спеціалізованих морських портів Ольвія та Херсон відповідно до кращих міжнародних практик та нового концесійного законодавства.

У 2019-2021 було проведено перші концесійні конкурси з передачі в концесію цілісних майнових комплексів державних підприємств «Стивідорна компанія «Ольвія» і «Херсонський морський торговельний порт» та визначено переможців.

1 грудня 2021 року завершена передача цілісного майнового комплексу ДП «Стивідорна компанія «Ольвія» та відповідного майна ДП «АМПУ» у концесію ТОВ «QTerminals Ольвія» на 35 років. Згідно концесійним договором, концесіонер зобов'язується інвестувати в розвиток порту близько 3,4 мільярдів гривень. Крім того, щонайменше 80 мільйонів гривень буде інвестовано в інфраструктуру Миколаєва [1].

23 грудня 2021 року завершена передача окремих активів ДП «Херсонський морський торговельний порт» у концесію ТОВ «Рісоіл-Херсон» на 30 років. Проект передбачав залучення близько 300 мільйонів гривень інвестицій у розвиток порту, з них 216 мільйонів гривень – протягом перших 3,5 років з дати закінчення перехідного періоду. Додатково, близько 18 мільйонів гривень буде інвестовано концесіонером в місцеву інфраструктуру [20].

Надихнувшись позитивним досвідом та висновками на основі проведених концесійних конкурсів, законодавець продовжив реформування концесійного законодавства на початку 2022 року. Прикладами таких змін є надання державним партнерам права брати довгострокові зобов'язання у рамках договорів державно-приватного партнерства, внесення змін щодо механізму здійснення плати за експлуатаційну готовність та врегулювання питання концесійних платежів [32].

Однак, повномасштабна війна, яку Російська Федерація розв'язала 24 лютого 2022 року проти України, перешкодила реалізації концесійних проєктів та проведенню нових конкур-

сів, наприклад, щодо концесії залізнично-паромної переправи у Чорноморську. На початку березня агресором було окуповано частину Херсонської області, на якій розташовується спеціалізований морський порт Херсон, а також було завдано ударів по спеціалізованому морському порту Ольвія [33].

З початком повномасштабної війни у лютому 2022 року, Міністерство інфраструктури України підтвердило настання політичних форс-мажорних обставин за концесійними договорами спеціалізованих морських портів Ольвія та Херсон. Згідно з умовами договорів, якщо після настання політичних форс-мажорних обставин державний партнер не зможе усунути такі обставини протягом 365 днів із дати отримання повідомлення про політичні форс-мажорні обставини, концесіонери мають право розірвати концесійні договори отримати компенсацію згідно з такою формулою: початкова вартість + додаткові витрати + компенсований капітал – страхова сума – вартість невідповідних/ непотрібних активів. Політичні форс-мажорні обставини діятимуть з 24.02.2022 до їх офіційного закінчення [13].

Тим не менш, навіть під час активної фази війни, інструменти державно-приватного партнерства та концесії не втрачають своєї актуальності. Навпаки, державно-приватне партнерство і концесія зокрема є одними з ключових інструментів Плану модернізації України, що був представлений Прем'єр-міністром України на Міжнародній конференції з питань відновлення України (URC 2022) у місті Луганно, Швейцарія 4-5 липня 2022 року [37].

Саме тому, аналіз поняття та правової природи концесійного договору на основі реформи концесійного законодавства та досвіду перших концесійних проєктів згідно з кращою міжнародною практикою є як ніколи актуальним, враховуючи те, що у зв'язку з військовою агресією Російської Федерації проти України станом на 22 серпня 2022 року інфраструктура України зазнала прямих збитків в розмірі 113.5 мільярдів доларів США [30].

Аналіз останніх досліджень і публікацій з теми. Серед науковців-правників, що досліджували поняття та правове регулювання концесії, слід виділити О.А. Медведєву, що досліджувала концесію як правову форму використання

державного майна у господарській діяльності недержавними суб'єктами [23]. Поняття концесії також досліджували такі вчені як Г.С. Пілігрим [26], В.Г. Воробйова та С.А. Крилов [16]. Концесійний договір у своїх роботах аналізували такі вчені як В.В. Луць [22], Є.О. Мічурін та О.А. Українцев [24], З.М. Долгова [18] та Г.С. Пілігрим [26].

Метою цієї статті є аналіз поняття, правової природи та видів концесійного договору з призьми змін концесійного законодавства та нової правозастосовної практики.

Виклад основного матеріалу дослідження.

Поняття «концесія» використовується у різних значеннях у світовій практиці, але зазвичай означає надання державою або громадою (державним партнером) права особі приватного права (приватному партнеру) створювати, будувати та/або управляти об'єктом, що є в державній або комунальній власності, та/або права надавати суспільно значущі послуги протягом значного строку з передачею такому приватному партнеру частини ризиків та обов'язком внесення інвестицій у відповідний об'єкт.

З точки зору історіографії одним з перших прикладів концесійних відносин можна назвати створення мережі поштових станцій в Римській Імперії дві тисячі років тому під час значного розширення мережі доріг [25, с. 108]. Такі проекти мали ознаки концесії в сьогоденнішому розумінні цього поняття – будівництво та управління здійснювалося приватним партнером, строк управління – щонайменше 5 років, підставою для здійснення проекту є договір, що називався «манкепс», а також конкурсна основа обрання приватного партнера [9, с. 34].

В середньовічній Франції XII-XIII століть набула поширення практика концесій на діяльність, що є монопольною в громаді (млин, преса, пекарня, міст тощо). В основі таких концесій лежала плата за користування, наприклад, плата за проїзд мостами та дорогами [9, с. 34]. Один з найбільш часто вживаних прикладів у науковій літературі, що стосується витоків концесії – це надання у 1438 році французькому дворянину Луї де Бернаму річки в концесію, на основі якої концесіонер мав право стягувати плату за транспортування товарів по Рейну [4].

В загальному, слід зазначити, що правове регулювання концесії та концесійного договору

почало виникати лише в другій половині XVIII століття. Одним із прикладів є закон про концесії у сфері суспільних послуг (житлово-комунальне господарство, дорожнє будівництво та експлуатація, енергетика тощо), що був прийнятий за часів Наполеона Бонапарта [31, с. 56]. В подальшому, у XIX столітті виникали дуже амбітні концесійні проекти, такі як міжнародна концесія на Суецький канал [3, с. 4] та зведення Ейфелевої вежі [7, с. 42].

У першій половині XX століття дві світові війни, розділені Великою депресією 1929 року з загальному загальмували розвиток та застосування концесій та укладення концесійних договорів. Одним з небагатьох винятків був Радянський Союз за часів НЕП, в якому було реалізовано близько 200 концесійних проектів з німецькими, французькими, американськими, англійськими компаніями [19, с. 35]. Та найбільшого розвитку концесія сягнула в кінці XX – на початку XXI століття, коли разом з іншими договірними формами здійснення державно-приватного партнерства концесія стала одним з важливих механізмів розвитку інфраструктурних об'єктів в світі.

Тим не менш, навіть сьогодні, коли щодо концесії та інших форм здійснення державно-приватного партнерства Міжнародною Фінансовою Організацією, Світовим Банком, Комісією ООН з права міжнародної торгівлі та іншими міжнародними організаціями розроблені детальні рекомендації та сертифікаційні експертні програми щодо підготовки та реалізації проектів, в різних правових системах та країнах поняття концесії має різне тлумачення.

У Франції поняття концесія означає надання права особі приватного права використовувати об'єкти державної власності для їх утримання, експлуатації та управління протягом певного періоду. Французька модель не обов'язково передбачає інвестиційне зобов'язання концесіонера. У Бразилії в рамках «управлінської концесії» концесіонер управляє державними активами та отримує доходи від платежів, що сплачують споживачі відповідних послуг, тоді як «фінансована концесія» передбачає отримання доходів концесіонером від концесіодавця. У Російській Федерації «концесія» – це федеральний інструмент, в рамках якого концесіонер буде об'єкт, передає його концесіе-

давцеві та експлуатує його протягом тривалого періоду. У Чилі концесія використовується для реконструкції та будівництва платних доріг, а також для управління водопостачанням. Концесії у сфері водопостачання в Манілі передбачають передачу існуючих активів та значної частини існуючого боргу приватному партнеру, а приватний партнер відповідає за експлуатацію, технічне обслуговування та розширення системи та надання послуг споживачам. В загальному, як зазначає Джеффри Делмон, старший спеціаліст Світового Банку з питань державно-приватного партнерства, концесія – це найбільш поширена і, мабуть, найменш визначена форма здійснення державно-приватного партнерства [14, с. 9].

Цікавим є факт, що Євростат не відносить концесію до форм державно-приватного партнерства. Причиною цього є те, що визначення державно-приватного партнерства Євростату передбачає, що державний партнер виплачує приватному партнеру основну частину винагороди за договором. Якщо основна частина винагороди приватного партнера виплачується безпосередньо кінцевими користувачами майна або споживачами суспільно значущих послуг, то Євростат вважатиме такий проєкт концесією, а не державно-приватним партнерством [2, с. 22]. Проте, слід наголосити, що такий поділ здійснюється виключно в статистичних цілях.

Вбачаємо за доцільне розпочати аналіз поняття концесійного договору з визначень понять концесії та концесійного договору, що запропоновані в Законі України «Про концесію» № 155-ІХ.

Концесійний договір, відповідно до пункту 8 частини 1 статті 1 Закону України «Про концесію» № 155-ІХ – це договір між концесіонером та концесіодавцем, який визначає порядок та умови реалізації проєкту, що здійснюється на умовах концесії.

Відповідно до пункту 11 частини 1 статті 1 Закону України «Про концесію» № 155-ІХ, концесія – це форма здійснення державно-приватного партнерства, що передбачає надання концесіодавцем концесіонеру права на створення та/або будівництво (нове будівництво, реконструкцію, реставрацію, капітальний ремонт та технічне переоснащення), та/або управління

(користування, експлуатацію, технічне обслуговування) об'єктом концесії, та/або надання суспільно значущих послуг у порядку та на умовах, визначених концесійним договором, а також передбачає передачу концесіонеру переважної частини операційного ризику, що охоплює ризик попиту та/або ризик пропозиції.

Відповідно, за концесійним договором, одна сторона (концесіодавець) передає другій стороні (концесіонеру) на строк не менше 5 років та не більше 50 років право на створення та/або будівництво та/або управління об'єктом концесії та/або надання суспільно значущих послуг разом з переважною частиною операційного ризику, що охоплює ризик попиту та/або ризик пропозиції, а друга сторона (концесіонер) зобов'язується створити та/або збудувати та/або управляти відповідним об'єктом та/або надавати суспільно значущі послуги за плату від концесіодавця чи без такої та/або за плату від користувачів (споживачів) суспільно значущих послуг, внести в об'єкт концесії інвестицію, а також повернути об'єкт концесії концесіодавцю після припинення дії договору.

З наведеного визначення, а також з інших положень Закону України «Про концесію» № 155-ІХ, можна виділити такі ознаки концесійного договору:

- концесійний договір є двосторонньо зобов'язуючим та консенсуальним правочином;
- предметом концесійного договору є створення та/або будівництво об'єкту концесії та/або управління таким об'єктом та/або суспільно значущі послуги, що надаються за допомогою такого об'єкта;
- об'єктом концесії можуть бути об'єкти права державної власності, власності Автономної Республіки Крим чи комунальної власності, а також майно господарських товариств, 100 відсотків акцій (часток) яких належать раніше переліченим суб'єктам, а також об'єкти, що створюються та/або будуються концесіонером у процесі виконання концесійного договору;
- сторонами концесійного договору є концесіодавець та концесіонер;
- строк концесійного договору становить не менше 5 років та не більше 50 років;
- концесійний договір є договірною формою здійснення державно-приватного партнерства;

– концесійний договір передбачає обов'язкове внесення інвестицій в об'єкт концесії.

– концесійний договір може бути як оплатним, так і безоплатним.

Серед інших особливостей концесії та концесійного договору, Ю.О. Подолян, зокрема, виділяє також такі, як характер та мету використання об'єкту концесійних відносин, акцентуючи на такій необхідній умові як суспільна значущість послуг, делегування відповідальності за утримання об'єкту концесії та перекладання на концесіонера господарських та економічних ризиків, а також характер фінансових відносин між сторонами концесії з приводу використання економічного ефекту від об'єкта концесії [27, с. 62].

Погоджуємося з думкою О.А. Медведєвої, яка зазначає, що концесійні відносини мають організаційно-договірний характер, що визначається наступними чинниками:

– за договором суб'єкти концесійної діяльності мають рівний статус;

– органи виконавчої влади та органи місцевого самоврядування виступають як власники предмета договору, а не як носії влади;

– договір виступає гарантією захисту концесіонера від змін у законодавстві, які можуть призвести до погіршення його стану;

– диспозитивний характер встановлення концесійних відносин [23, с. 13].

В розвиток цієї думки погоджуємося також з Є.О. Мічурінін та О.А. Українцевим, які наголошують, що сутність концесії полягає в участі держави у договорі як рівноправного суб'єкта з концесіонером. Концесійному договору притаманна диспозитивність, ініціативність у формуванні вказаних відносин та інші ознаки, що дозволяють віднести ці відносини до цивільно-договірних [24, с. 71]. Відповідно, не погоджуємося з вченими, які стверджують, що концесія має публічно-правову, а не договірну природу.

Щодо групи договорів, до якої відноситься концесійний договір, то в науковій літературі немає єдності щодо цього питання. В.В. Луць відносить концесійний договір до групи договорів про передачу майна у тимчасове користування, враховуючи те, що за ознаками концесійного договору власник або інший законний володілець майна на платних засадах дозволяє

господарську або іншу експлуатацію свого майна іншими особами, зберігаючи за собою право власності або інше речове право. Економічна заінтересованість власника полягає в можливості одержати прибуток від експлуатації його майна іншими особами [22, с. 185].

Однак, слід наголосити, що предмет концесійного договору є значно ширшим. З.М. Долгова вважає, що концесійний договір поєднує в собі ознаки підряду та інститутів найму, оренди, фінансового лізингу. З.М. Долгова також підкреслює, що в концесію передається право на створення об'єкта концесії і на подальше його використання концесіонером з метою отримання прибутку, тоді як в оренду власником надається майно, що необхідне орендарю в тому числі для здійснення підприємницької та іншої діяльності, і яке було створене до моменту укладання договору про його використання [18]. Г.С. Пілігрим вважає, що якщо концесійний договір не передбачає обов'язку концесіонера поліпшити майно, тоді власне доводиться констатувати, що мають місце правовідносини оренди [26, с. 70].

Відповідно, вважаємо, що так як концесійний договір має комплексну правову-природу, тобто передбачає передачу майна у тимчасове користування, а також виконання робіт та/ або надання послуг – такий договір не можна однозначно віднести до однієї групи договорів.

Вважаємо за необхідне також проаналізувати окремі елементи предмету концесійного договору, а саме – надання суспільно значущих послуг та управління об'єктом концесії.

Закон України «Про концесію» № 155-IX розширив предмет концесійного договору в порівнянні з Законом України «Про концесії» № 997-XIV, що втратив чинність, правом на надання суспільно значущих послуг. Це відповідає кращим світовим практикам, зокрема, Директиві ЄС 2014/23/EU про ухвалення рішень про концесійні договори [6]. Гармонізація концесійного законодавства України з законодавством ЄС у частині розширення предмету концесійного договору – це безперечно позитивне явище. Слід зазначити, що у випадку концесійних конкурсів ДП «СК «Ольвія» і ДП «Херсонський МТП», що були проведені відповідно до нового законодавства, предметом договорів є надання права на комплексне надання

послуг в порту та здійснення діяльності у сфері будівництва та експлуатації морських портів та їх інфраструктури [28; 29].

Слід наголосити на такому елементі предмету концесійного договору як управління об'єктом концесії. Вартим аналізу є питання чи право управління має зобов'язально-правову, чи речово-правову природу. Як зазначає Е.А. Суханов, основною ознакою всіх речових прав є їх абсолютний характер, який полягає у тому, що суб'єкти цього права самостійно впливають на відповідне майно, а всі інші учасники майнових відносин не повинні перешкоджати їм у цьому. Зобов'язальні правовідносини мають відносний характер, оскільки уповноважена особа може впливати на майно в своїх інтересах при посередництві іншої особи – власника, відповідно до умов договору [35, с. 26]. Відповідно до Закону України «Про концесію» № 155-ІХ, порядок здійснення концесієдавцем контролю за виконанням договору є істотною умовою договору. В таких відносинах концесіонер має займати активну позицію, виконуючи на вимогу концесієдавця необхідні дії. Більше того, Закон України № 155-ІХ передбачає можливість заміни концесіонера у певних випадках в разі істотного порушення концесіонером умов концесійного договору. Тому доходимо висновку, що враховуючи обсяг повноважень концесієдавця, право на управління об'єктом концесії має зобов'язально-правову природу.

В загальному, предмет концесійного договору також можна проаналізувати з точки зору предмету договорів державно-приватного партнерства, оскільки концесійний договір є договірною формою здійснення ДПП. Основною ознакою договорів державно-приватного партнерства є поєднання різних проектних етапів та функцій. Функції приватного партнера відрізняються та залежать від типу залучених об'єктів і послуг. Визначають такі типові функції за договорами ДПП:

– проектування («Design»), що передбачає розробку проекту від початкової концепції та вихідних вимог до проектних специфікацій, готових до будівництва;

– будівництво або відновлення («Build, or Rehabilitate») – коли державно-приватне партнерство використовуються для нових інфраструктурних об'єктів, зазвичай від приватного

партнера вимагається будівництво об'єкту. Якщо ДПП включає існуючі об'єкти, приватний партнер може нести відповідальність за відновлення або покращення об'єкту;

– фінансування («Finance») – коли державно-приватне партнерство включає будівництво або відновлення об'єкту, приватний партнер, як правило, також зобов'язаний фінансувати всі або частину необхідних капітальних витрат;

– обслуговування («Maintain») – ДПП покладає на приватного партнера відповідальність за підтримку об'єкта у належному стані відповідно до визначеного стандарту протягом строку дії договору;

– управління («Operate») – технічна експлуатація об'єкту та надання послуг державному партнеру, або надання суспільно значущих послуг безпосередньо споживачам, або надання споживачам допоміжних послуг у випадку, коли державний партнер залишається відповідальним за надання суспільно значущих послуг [10, с. 6].

Відповідно, враховуючи такі функції та предмет концесійного договору, концесійний договір може передбачати всі або частину таких функцій. З точки зору Закону України «Про концесію» № 155-ІХ така функція як фінансування фактично є обов'язковою, оскільки концесійне законодавство України передбачає внесення інвестицій приватним партнером в об'єкт концесії.

В.Г. Воробйова та С.А. Крилов наголошують, що правове регулювання концесійного договору, згідно з Законом України «Про концесії» № 997-ХІV, що втратив чинність, не передбачало обов'язок концесіонера покращити об'єкт концесії, адже концесіонер мав право, а не обов'язок, відповідно до умов концесійного договору, на таке покращення [16]. Відповідно, це було враховано законодавцем в Законі України «Про концесію» № 155-ІХ, в абзаці 2 частині 6 статті 2 якого вказано, що дія цього Закону не поширюється на проекти, які не передбачають внесення інвестицій інвестором в об'єкт концесії. Це відповідає ознаці державно-приватного партнерства – внесення приватним партнером інвестицій в об'єкт державно-приватного партнерства. В результаті концесійних конкурсів щодо цілісних майнових

комплексів ДП «Стивідорна компанія «Ольвія» та ДП «Херсонський морський торговельний порт» приватні партнери зобов'язуються інвестувати в об'єкти концесії близько 3,4 мільярдів гривень та близько 300 мільйонів гривень відповідно [1; 20].

Щодо сторін концесійного договору, то ними є концесіонер та концесіодавець. Особливістю Закону України № 155-IX є те, що, на відміну від Закону України «Про концесії» № 997-XIV, що втратив чинність, концесіодавець може передати майно лише юридичним особам-резидентам України. Фізичні особи-підприємці не можуть бути стороною концесійного договору. Також слід зазначити, що концесіодавцем одночасно можуть виступати декілька органів державної влади та/або органів місцевого самоврядування та/або державне підприємство, установа, організація, господарське товариство, 100 відсотків акцій (часток) якого належать державі. В такому випадку їхні права та обов'язки, пов'язані із спільною участю на стороні концесіодавця, визначаються договором, що укладається між ними. Сторони концесійного договору є рівними у своїх правах.

Наприклад, концесіодавцем цілісних майнових комплексів ДП «Стивідорна компанія «Ольвія» та ДП «Херсонський морський торговельний порт» виступає Міністерство інфраструктури України та Державне підприємство «Адміністрація морських портів України». Концесіонерами виступають компанії-переможці відповідних конкурсів, що представлені підприємства (так звані «проектними компаніями»), що були створені і зареєстровані згідно з законодавством України для реалізації відповідних проєктів. Як було зазначено раніше, переможцем конкурсу щодо ДП «Стивідорна компанія «Ольвія» було визнано ТОВ «РИСОІЛ-ХЕРСОН», а щодо ДП «Херсонський морський торговельний порт» – ТОВ «КЮТЕРМІНАЛЗ», що є компаніями з іноземними інвестиціями.

Концесійний договір може бути як оплатним, так і безоплатним. Щодо цієї характеристики слід розмежувати оплатність на користь концесіонера та на користь концесіодавця.

Концесійним договором можуть бути передбачені платежі концесіонера на користь концесіодавця та/або платежі концесіодавця на

користь концесіонера. Платежі концесіодавця на користь концесіонера можливі у випадку, якщо концесіонер не може отримати повне відшкодування здійснених ним інвестицій за рахунок користувачів (споживачів) послуг та можуть здійснюватися у формі плати за експлуатаційну готовність. Платежі концесіонера на користь концесіодавця можуть включати періодичні концесійні платежі та/або одноразову фіксовану плату, визначену концесійним договором.

Концесійний договір можна охарактеризувати як безоплатний у випадку, коли за договором концесіодавець не отримує відповідних платежів (його інтереси задовольняються новоствореним об'єктом концесії, що буде переданий йому після закінчення строку договору), а концесіонер, відповідно, отримує платежі не від концесіодавця, а від споживачів суспільно значущих послуг.

Концесійний договір часто характеризують як форму здійснення державно-приватного партнерства, що оплачується споживачами суспільно значущих послуг [12, с. 22], однак згідно з Законом України № 155-IX, концесійний договір може і не передбачати надання таких послуг. Однак, в разі, якщо такі послуги надаються відповідно до договору, то договір має передбачати отримання концесіонером відповідної плати від користувачів (споживачів) таких послуг.

Наприклад, ТОВ «РИСОІЛ-ХЕРСОН» зобов'язується сплачувати щорічний концесійний платіж у розмірі близько 12 мільйонів гривень з урахуванням індексації та 7% від чистого доходу концесіонера за концесію цілісного майнового комплексу ДП «Херсонський морський торговельний порт», а ТОВ «КЮТЕРМІНАЛЗ» зобов'язується сплачувати щорічний концесійний платіж у розмірі близько 80 млн. грн. з урахуванням індексації та 0,75% від чистого доходу концесіонера за концесію цілісного майнового комплексу ДП «Стивідорна компанія «Ольвія» [1; 20].

Концесійний договір характеризується довгостроковістю. Відповідно до Закону України № 155-IX, строк такого договору має становити не менше 5 років та не більше 50 років, крім строку договору щодо будівництва та подальшої експлуатації автомобільних доріг, який має становити не менше 10 років.

Строк концесійного договору визначається залежно від строку експлуатації об'єкта концесії та строку його амортизації, строку обґрунтовано необхідного концесіонеру задля відшкодування інвестицій, вкладених у об'єкт концесії та отримання визначеного рівня прибутку, строку, обґрунтовано необхідного задля досягнення цілей та задач концесії [15, с. 349].

Щодо видів концесійних договорів, то можна класифікувати такі договори за предметом, за характером оплати концесіонеру та за територіальною ознакою.

Директива ЄС 2014/23/EU класифікує договори концесії за предметом на два види – так звані концесійні договори «на роботи» та концесійні договори «на послуги». Предметом концесійного договору «на роботи» є надання права на виконання робіт, а оплата за виконання таких робіт отримується концесіонером виключно внаслідок реалізації права на використання результатів таких робіт, або такого права разом з відповідними платежами від концесіодавця. Предметом концесійного договору «на послуги» є надання права на надання послуг та управління таким наданням послуг, а оплата за надання таких послуг отримується концесіонером виключно внаслідок реалізації права на надання таких послуг споживачам, або такого права разом з відповідними платежами від концесіодавця [6].

Концесійний договір також можна класифікувати за предметом в залежності від функцій, які передбачені таким предметом. Відповідно, концесійний договір за такою класифікацією може мати такі змінні критерії, як створення, будівництво (нове будівництво, реконструкція, реставрація, капітальний ремонт та технічне переоснащення), управління (користування, експлуатація, технічне обслуговування, надання суспільно значущих або допоміжних послуг), фінансування, повернення об'єкту концесії у володіння концесіодавця. З точки зору концесійного законодавства України останні дві функції є обов'язковими для концесійного договору, інші ж можуть варіюватися.

За характером оплати концесіонером концесійні договори бувають таких видів:

- договори, що оплачуються концесіодавцем;
- договори, що оплачуються споживачами суспільно значущих послуг.

Зрозуміло, що такий критерій класифікації є умовним, оскільки концесійні договори, враховуючи їх комплексну правову природу та складність, можуть передбачати різні підходи щодо оплати робіт та послуг концесіонера.

За територіальною ознакою концесійні договори можна поділити на міжнародні та національні. Прикладом міжнародного концесійного договору є договір між урядами Франції та Великобританії та двома приватними компаніями – Брітїш Ченнел Таннел Груп Лімітед та французька Франс-Манш СА, щодо управління тунелем через Ла-Манш. Тунель, що з'єднує дві країни та створює умови для пасажирського та вантажного залізничного руху, протяжністю 31,5 милі, 23,5 з яких проходить під Ла-Маншем, що робить його найдовшим підводним тунелем у світі та важливою частиною громадської інфраструктури [5; 25]. Прикладами національного концесійного договору є договори щодо концесій цілісних майнових комплексів ДП «Стивідорна компанія «Ольвія» та ДП «Херсонський морський торговельний порт».

Висновки та пропозиції:

1. В результаті уніфікації концесійного законодавства України було досягнуто правової визначеності щодо регулювання концесійних правовідносин. Така уніфікація була передумовою успішних концесійних конкурсів щодо цілісних майнових комплексів ДП «Стивідорна компанія «Ольвія» та ДП «Херсонський морський торговельний порт». Закон України «Про концесію» № 155-ІХ встановлює чіткі процедури ініціювання та прийняття рішення щодо здійснення концесії, проведення концесійного конкурсу, вибору концесіонера та укладення концесійного договору.

2. Запропоновано визначення концесійного договору – за концесійним договором, одна сторона (концесіодавець) передає другій стороні (концесіонеру) на строк не менше 5 років та не більше 50 років право на створення та/або будівництво та/або управління об'єктом концесії та/або надання суспільно значущих послуг разом з переважною частиною операційного ризику, що охоплює ризик попиту та/або ризик пропозиції, а друга сторона (концесіонер) зобов'язується створити та/або збудувати та/або управляти відповідним об'єктом та/або

надавати суспільно значущі послуги за плату від концесіодавця чи без такої та/або за плату від користувачів (споживачів) суспільно значущих послуг, внести в об'єкт концесії інвестицію, а також повернути об'єкт концесії концесіодавцю після припинення дії договору.

3. Концесійний договір є двосторонньо зобов'язуючим та консенсуальним правочинном. Такий договір не можна однозначно віднести до однієї групи договорів, враховуючи його комплексну правову природу і те, що він має ознаки передачі майна у тимчасове користування, виконання робіт та/або надання послуг.

4. Концесійні договори можна класифікувати за предметом (так звані концесії «на роботи» та концесії на послуги), за характером оплати концесіонеру (що оплачуються концесіодавцем та

що оплачуються споживачами суспільно значущих послуг), а також за територіальною ознакою (міжнародні та національні).

5. Аналіз поняття та правової природи концесійного договору на основі реформи концесійного законодавства та досвіду перших концесійних проєктів згідно з кращою міжнародною практикою є як ніколи актуальним, враховуючи те, що у зв'язку з військовою агресією Російської Федерації проти України станом на 22 серпня 2022 року інфраструктура України зазнала прямих збитків в розмірі 113,5 мільярдів доларів США. Концесійний договір як одна з договірних форм здійснення державно-приватного партнерства має потенціал стати важливим елементом відновлення інфраструктури України.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. “Olvia” Specialized Seaport Concession. URL: <https://pppagency.me.gov.ua/uk/project/konczesiya-specjalizovanogo-morskogo-portu-olviya/>
2. A Guide to the Statistical Treatment of PPPs. September 2016. URL: <https://ec.europa.eu/eurostat/documents/1015035/7204121/epec-eurostat-statistical-guide-en.pdf>
3. Bergere F. Ten years of PPP: An initial assessment. OECD Journal on Budgeting. 2016. Volume 2015/1. URL: <https://library.pppknowledgelab.org/documents/2851/download>
4. Bezançon X. 2000 ans d'histoire du partenariat public-privé, Pour la réalisation des équipements et services collectifs, Paris, Presses de l'ENPC, 2004.
5. Concession Agreement. URL: <https://www.investopedia.com/terms/c/concessionagreement.asp>
6. Directive 2014/23/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on the award of concession contracts (Text with EEA relevance). URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014L0023&from=EN>
7. Morgan J. P. Asset Management. Guide to infrastructure investing. Af2i working group in partnership with J.P. Morgan Asset Management. 2012. URL: <https://www.laforum.co.uk/download-manager/download-whitepaper/40/>
8. New rules on public contracts and concessions simpler and more flexible. European Commission, 2014. URL: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/38617abb-664f-40ae-9b5c-f635eba73a8e>
9. PPIAF (Public-Private Infrastructure Advisory Facility), Overview of PPP Experience, Module 1: Overview and Diagnosis, Toolkit for Public Private Partnerships in Roads & Highways, March, 2009. URL: <https://ppiaf.org/sites/ppiaf.org/files/documents/toolkits/highwaystoolkit/6/pdf-version/1-21.pdf>
10. PPP Reference Guide, 2017 International Bank for Reconstruction and Development. The World Bank. URL: <https://pppknowledgelab.org/guide>
11. Public-private partnerships financed by the European Investment Bank from 1990 to 2021. European Investment Bank, 2022. URL: https://www.eib.org/attachments/publications/epec_ppp_financed_by_eib_1990_2021_en.pdf
12. Public-Private Partnerships. Reference Guide. Version 2.0. URL: <http://documents.worldbank.org/curated/en/600511468336720455/pdf/903840PPP0Refe0Box385311B000PUBLIC0.pdf>
13. QUARTERLY PPP DEAL UPDATE 2Q 2022. URL: <https://pppagency.me.gov.ua/wp-content/uploads/2022/07/q-ppp-deal-update-2q-2022.pdf>
14. Understanding Options for Public-Private Partnerships in Infrastructure Sorting out the forest from the trees: BOT, DBFO, DCMF, concession, lease... Jeffrey Delmon. The World Bank Finance Economics & Urban Department Finance and Guarantees Unit January 2010, URL: <http://documents.worldbank.org/curated/en/999661468323693635/pdf/WPS5173.pdf>
15. Власов А.О. Аналіз сучасного концесійного законодавства України. Інформаційні технології в культурі, мистецтві, освіті, науці, економіці та праві : матеріали Міжнародної науково-практичної конференції /

М-во освіти і науки України; М-во культури України; Київ. нац. ун-т культури і мистецтв. Київ : Видавничий центр КНУКіМ, 2018. 434 с.

16. Воробйова В.Г., Крилов А.С. Актуальні проблеми господарсько-правового забезпечення концесії. *Науковий вісник Херсонського державного університету*. 2015. Випуск 5, Том 2. С. 12-15.

17. Гентош Р.Є., Скальський К.Я. Вдосконалення правового регулювання концесії. Сучасні напрями розвитку економіки, підприємництва, технологій та їх правового забезпечення : матеріали Міжнародної науково-практичної конференції / [відповід. за вип. : проф. Семак Б.Б.]. Львів : вид-во Львівського торговельно-економічного університету, 2020. 372 с.

18. Долгова З.М. Особливості укладення договору концесії. URL: https://minjust.gov.ua/m/str_33474

19. Иностранные инвестиции в СССР (1920-1930 гг.) / Загорюлько М.М., Булатов В.В., Вихор А.П. и др. М. : Современная экономика и право, 2005. 856 с.

20. Концесія спеціалізованого морського порту "Херсон". URL: <https://pppagency.me.gov.ua/uk/project/konczesija-speczializovanogo-morskogo-portu-herson/>

21. Лопушинський І.П., Смельянов В.М. Концесія в портовій галузі України як форма державно-приватного партнерства. *Public Administration and Regional Development*. 2021. № 11. С. 232-250.

22. Луць В.В. Контракти у підприємницькій діяльності. К. : Юрінком Інтер, 2008. 576 с.

23. Медведєва О.А. Концесія як правова форма використання державного майна у господарській діяльності недержавними суб'єктами : автореферат дис. на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук : спец. 12.00.04 «Господарське право; господарсько-процесуальне право»; Нац. Юридична академія України ім. Ярослава Мудрого. Х., 2005. 26 с.

24. Мічурін Є.О., Українцев О.А. Договір концесії у цивільному праві України. *Університетські наукові записки*. 2013. № 4 (48). С. 70-74.

25. Палаженко К. С., Цимбаленко Я. Ю. Узагальнення історичного досвіду становлення та розвитку державно-приватного партнерства. *Інвестиції: практика та досвід*. 2022. № 4. С. 107-111.

26. Пілігрим Г.С. Поняття концесії об'єктів права державної та комунальної власності. *Економіка та право*. 2014. № 1. С. 67-71.

27. Подолян Ю.О. Концесія як форма державно-приватного партнерства: аналіз чинного законодавства. *Dictum factum*. 2020. № 1. С. 58-67.

28. Про затвердження результатів концесійного конкурсу та визначення переможця концесійного конкурсу щодо надання в концесію цілісного майнового комплексу, що забезпечує комплексне надання послуг в морському порту Херсон та включає майно державного підприємства «Херсонський морський торговельний порт», майно державного підприємства «Адміністрація морських портів України», а також об'єкти, спеціально збудовані відповідно до умов концесійного договору : Наказ Міністерства інфраструктури України № 16 від 21 січня 2020 року. URL: <https://mtu.gov.ua/documents/1664.html>

29. Про затвердження результатів концесійного конкурсу та визначення переможця концесійного конкурсу щодо передачі в концесію цілісного майнового комплексу, що забезпечує комплексне надання послуг в спеціалізованому морському порту Ольвія та включає майно державного підприємства «Стивідорна компанія «Ольвія», майно державного підприємства «Адміністрація морських портів України», а також об'єкти, спеціально збудовані відповідно до умов концесійного договору, підстави визначення переможця та відхилення пропозицій інших учасників : Наказ Міністерства інфраструктури України № 19 від 24 січня 2020 року. URL: <https://mtu.gov.ua/documents/1666.html>

30. Проект зі збору, оцінки й аналізу інформації про матеріальні втрати України від війни з Росією. URL: <https://kse.ua/ua/russia-will-pay/>

31. Пузанова Г.Й. Деякі питання правового регулювання концесійної діяльності будівництва та експлуатації автомобільних доріг в Україні й зарубіжних країнах. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. Серія : Право. 2018. Вип. 50(2). С. 54-57. URL: [http://nbuv.gov.ua/UJRN/nvuzhpr_2018_50\(2\)_14](http://nbuv.gov.ua/UJRN/nvuzhpr_2018_50(2)_14)

32. Рада вдосконалила законодавство про концесії і державно-приватне партнерство. *Укрінформ*, 2022. URL: <https://www.ukrinform.ua/rubric-economy/3404268-radavdoskonalila-zakonodavstvo-pro-konczesii-i-derzavnoprivatne-partnerstvo.html>

33. Росія завдала ракетного удару по морському порту "Ольвія". URL: https://lb.ua/society/2022/03/07/508395_rosiya_zavdala_raketnogo_udaru.html

34. Стан здійснення ДПП в Україні. Міністерство економіки України, 2022. URL: <https://www.me.gov.ua/Documents/Detail?lang=uk-UA&id=9fc90c5e-2f7b-44b2-8bf1-1ffb7ee1be26&title=StanZdiisnenniaDppVU%20kraini>

35. Суханов Е.А. Общие положения о праве собственности и других вещевых правах. Хозяйство и право. 1995. № 6. С. 26-28.

36. Хомяков Р., У фокусі іMore: чи вдихне концесія життя в занедбану інфраструктуру? URL: <https://voxukraine.org/u-fokusi-imore-chi-vdihne-kontsesiya-zhittya-v-zanedbanu-infrastrukturu/>

37. Янченко Г. Реформа ДПП або як долучити бізнес до модернізації країни. URL: <https://ppp-ukraine.com/?p=265>