

УДК 346.34; 346.9

**Ірина Шміло,***здобувач Науково-дослідного інституту правового забезпечення  
інноваційного розвитку Національної академії правових наук України*

## ОСОБЛИВОСТІ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ СТОРІН ЗА ДОГОВОРОМ КОНЦЕСІЇ

*Стаття присвячена актуальним проблемам договору концесії як виду інвестиційних договорів. Автор здійснює дослідження сутності та правового й договірного регулювання відповідальності суб'єктів концесійної діяльності в Україні. Надаються пропозиції щодо перспективних напрямів реформування та вдосконалення національних нормативно-правових актів у сфері здійснення інвестиційної діяльності й змісту відповідальності сторін інвестиційних правовідносин на прикладі концесійних договорів.*

**Ключові слова:** інвестиційна діяльність, договір концесії, відповідальність сторін, інвестиційні ризики, підприємницькі ризики.

**Постановка проблеми.** Правове регулювання концесійної діяльності здійснюється значною кількістю нормативно-правових актів України, однак при цьому натепер належним чином не врегульовано на законодавчому рівні питання специфіки відповідальності сторін концесійного договору в разі невиконання або неналежного виконання однією зі сторін своїх зобов'язань. Тому актуальним завданням є закріплення змісту й порядку притягнення учасників концесійних відносин до відповідальності, а також розробка окремих засобів протидії порушенню сторонами зобов'язань в інвестиційних відносинах на прикладі договорів концесії.

Особливості правового статусу суб'єктів, змісту й особливостей здійснення концесійної діяльності досліджувалися в наукових працях А.В. Макаренка [1], А.І. Кулікова [2], О.М. Вінник [3], К.В. Єфремової [4], І.М. Войцеховської [5], М.С. Клапкова [6], А.С. Шапкін [7], В.В. Поєдинок [8], П.С. Матвєєва [9].

**Метою статті** є встановлення особливостей відповідальності сторін у договорі концесії як виду інвестиційного договору.

**Виклад основного матеріалу.** Згідно з визначенням у Законі України «Про концесії», концесія має такі господарсько-правові ознаки: 1) надання з метою задоволення громадських потреб уповноваженим органом виконавчої влади чи органом місцевого самоврядування суб'єкту концесії об'єкт концесії або його створення; 2) наявність платного, строкового концесійного договору; 3) концесіонером може бути юридична або фізична особа (суб'єкт підприємницької діяльності); 4) за договором надається право на створення (будівництво) та (або) управління

(експлуатацію) об'єкта концесії (строкове платне володіння); суб'єкт підприємницької діяльності (концесіонер) бере на себе зобов'язання щодо створення (будівництва) та (або) управління (експлуатації) об'єкта концесії, майнову відповідальність і можливі підприємницькі ризики.

У статті 406 Господарського кодексу (далі – ГК) України встановлене майже тож саме поданому в Законі України «Про концесію» визначенню концесії.

А.В. Макаренко звертає увагу на такі риси концесійного договору, як відхилення від цивільно-правового порядку регулювання підприємницької діяльності, наявність владного акта держави, який є джерелом концесійних правовідносин, виводить права й обов'язки сторін за межі цивільного права, надає відтінок їх нормативної обов'язковості для сторін [1].

Суттєвим для визначення змісту господарського договору концесії є відображення в ньому відповідальності сторін і зв'язок із зобов'язаннями сторін та іншими умовами договору.

Відповідно до ст. 13 Закону України «Про концесії», за невиконання або за неналежне виконання умов концесійного договору, у тому числі за зміну або розірвання договору в односторонньому порядку, крім випадків, передбачених цим Законом, сторони несуть відповідальність, установлену законами України та концесійним договором. У разі визнання концесіонера банкрутом він відповідає за своїми борговими зобов'язаннями майном, яке належить йому на праві власності, відповідно до законодавства України.

Звернімося до загальних положень про відповідальність суб'єктів господарювання, визначених у ГК України. Так, відповідно до

ст. ст. 216–217 ГК України, у договорі концесії можуть застосовуються, як мінімум, такі види господарських санкцій: відшкодування збитків; штрафні санкції; оперативно-господарські санкції (ст. 217 ГК України). Але учасник господарських відносин також відповідає за невиконання або неналежне виконання господарського зобов'язання чи порушення правил здійснення господарської діяльності, якщо не доведе, що ним ужито всіх залежних від нього заходів для недопущення господарського правопорушення, тому перелік видів і підвидів санкцій або інших негативних наслідків для сторін може розширюватися (ст. 218 ГК України).

Із цього приводу А.В. Макаренко зазначає, що закон установлює відповідальність тільки за виконання договору, тому на законодавчому рівні необхідно розмежувати підстави й момент застосування адміністративної, адміністративно-господарської та матеріальної відповідальності [1]. На думку А.І. Кулікова, особливістю концесійних угод є фіксація в них публічних інтересів, представником яких є держава, та відповідальності приватного партнера (концесіонера) у забезпеченні безперервного надання послуг [2, с. 119].

Виходячи з вищенаведеного, можемо відмітити, що особливістю договорів концесії як господарсько-правових є те, що вони містять узгодження їх ознак з характером інвестиційного договору.

Розглянемо особливості відповідальності сторін в окремих видах договорів концесії, таких як договір концесії об'єктів у сферах теплопостачання, водопостачання та водовідведення, концесійний договір на будівництво й експлуатацію автомобільної дороги, договір концесії об'єктів паливно-енергетичного комплексу, угода про розподіл продукції, та наявність відповідальності сторін, яка пов'язана з інвестиційними відносинами.

Фактично в договорі концесії реалізуються ознаки інвестиційної діяльності, передбачені в ст. 2 Закону України «Про інвестиційну діяльність». Тому договір концесії можна кваліфікувати як інвестиційний договір у зв'язку з такими ознаками: 1) особливий суб'єктний склад, який характеризується наявністю інвестора як обов'язкової сторони в зобов'язанні; 2) спрямування договору на досягнення соціально-економічного ефекту й інвестування; 3) оплатність; 4) ризикованість; 5) форма договору – письмова, а у випадках, передбачених законом, – нотаріально посвідчена; 6) особливості змісту договору, в якому, крім звичайних умов, повинні зазначатися інвестиції із зазначенням їх характеристик, об'єкт інвестування, економіко-пра-

вова форма інвестування, строки вкладення інвестицій і виконання практичних дій, спрямованих на їх реалізацію, зобов'язання сторін щодо виконання практичних дій, спрямованих на реалізацію інвестицій [3, с. 178–180].

П.С. Матвеев, крім вищенаведених ознак, визначає додатково закріплення факту вкладення інвестицій, вкладення здійснюється інвестором безпосередньо в об'єкт інвестування чи шляхом передачі їх реципієнту для реалізації інвестицій, проміжну мету – одержання прибутку від використання інвестицій, який може бути пов'язаний з прибутком інвестованого підприємства, а може бути й не пов'язаний, можлива також змішана форма; кінцеву мету – підвищення добробуту українських громадян [9, с. 131].

На думку К.В. Єфремової, до ознак інвестиційної діяльності можна зарахувати: 1) систему практичних дій учасників інвестиційних відносин; 2) такі дії є основою для виникнення правових наслідків для суб'єктного складу таких правовідносин (виникнення, зміна або припинення права власності, прав та обов'язків); 3) ця система практичних дій спрямована на реалізацію саме інвестиційних проектів, а не на будь-яку іншу діяльність [4, с. 58].

Особливе місце серед ознак договору концесії посідає врахування підприємницьких та інвестиційних ризиків.

На думку науковців, за джерелами небезпеки підприємницькі ризики діляться на такі категорії: 1) природні ризики (наприклад, атмосферно обумовлені); 2) соціальні (деліктні, економічні, катастрофічні, правові, політичні) [5, с. 87].

Також іноді вчені надають класифікацію підприємницькому ризику залежно від їх впливу на стратегію й тактику підприємницької діяльності: 1) ризик, який обов'язково необхідно прийняти, бо він знаходиться в основі підприємницької стратегії; 2) ризик, який підприємець може собі дозволити; 3) ризик, на який підприємець не може піти [6, с. 75–76].

А.С. Шапкін під інвестиційними ризиками розуміє можливість недоотримання запланованого прибутку під час реалізації інвестиційних проектів [7, с. 198]. В.В. Поєдинок виділяє такі ризики інвестиційної діяльності: 1) ризики реципієнта/об'єкта інвестицій: ризик неплатоспроможності, істотних змін у діяльності, ризик оцінювання, ризик ліквідності, часовий ризик; 2) ризики економічної системи: ринковий, процентний, інфляційний, валютний ризики; 3) ризики державного втручання: примусових вилучень, змін у законодавстві, політичний ризики [8, с. 70–72].

Як приклад, ризики, які в тому числі можуть бути поширені й на концесійну діяльність, містяться в Методиці розроблення критеріїв, за якими оцінюється ступінь ризику від провадження господарської діяльності та визначається періодичність проведення планових заходів державного нагляду (контролю), затвердженій Постановою Кабінету Міністрів України від 10 травня 2018 року № 342, і Критеріях, за якими оцінюється ступінь ризику від провадження господарської діяльності, пов'язаної з використанням та охороною земель, і визначається періодичність здійснення планових заходів державного нагляду (контролю) Державною службою з питань геодезії, картографії та кадастру, затверджених Постановою Кабінету Міністрів України від 3 жовтня 2018 року № 801.

Водночас варто зазначити, що законодавство України, в тому числі Закон України «Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності», застосовує ризики підприємницької та інвестиційної діяльності виключно з метою застосування їх під час державного нагляду й контролю, а не з метою регулювання і стимулювання інвестиційної діяльності (ч. 2 ст. 5 Закону).

Проаналізуємо, які санкції передбачаються в нормативно-правових актах, що регулюють концесійні відносини. Відповідно до Типового концесійного договору, затвердженого Постановою Кабінету Міністрів України від 12 квітня 2000 року № 643, у разі порушення будь-яких умов, установлених цим договором, винна сторона сплачує на користь іншої сторони штраф у сумі, встановленій договором. Сплата штрафу не звільняє сторони від виконання ними зобов'язань за цим договором. Збитки однієї сторони, що виникли внаслідок порушення іншою стороною своїх зобов'язань за цим договором, відшкодовуються винною стороною в повному обсязі. Коли концесіонер допустив погіршення стану об'єкта концесії або його загибель, він повинен відшкодувати концесіодавцю збитки, якщо не доведе, що погіршення або загибель об'єкта сталися не з його вини. Концесіодавець має право в односторонньому порядку відмовитися від договору концесії на об'єкти, які використовуються для централізованого опалення, постачання холодної та гарячої води, водовідведення й перебувають у комунальній власності, у разі невиконання або неналежного виконання істотних умов договору з вини концесіонера.

Варто звернути увагу на той факт, що, на відміну від Типового концесійного договору, Типовий концесійний договір на будівництво та експлуатацію автомобільної дороги

не передбачає можливості односторонньої відмови від договору на підставі невиконання або неналежного виконання концесіонером істотних умов договору з його вини.

Відповідно до ст. 16 Закону України «Про особливості передачі в оренду чи концесію об'єктів у сферах теплопостачання, водопостачання та водовідведення, що перебувають у комунальній власності», у разі припинення концесійного договору до закінчення строку його дії внаслідок невиконання концесіодавцем своїх обов'язків або з інших підстав, що не залежать від концесіонера, концесіодавець зобов'язаний відшкодувати за рахунок відповідного місцевого бюджету концесіонерові невідшкодовану протягом дії договору за рахунок тарифів та інших джерел фінансування, передбачених законодавством і концесійним договором, вартість створених (збудованих) за рахунок концесіонера об'єктів і проведеного за його рахунок поліпшення наданого в концесію об'єкта. Згідно із цим Законом, розірвання договору на вимогу концесіодавця в разі систематичного невиконання або грубого порушення концесіонером умов концесійного договору може відбуватися з моменту, визначеного відповідним рішенням суду, але не раніше ніж через рік після набрання чинності договором концесії, а розірвання договору на вимогу концесіонера в разі систематичного невиконання або грубого порушення концесіодавцем умов договору концесії – з моменту, визначеного відповідним рішенням суду. Припинення концесійного договору не звільняє сторони від виконання зобов'язань за договором, що на момент його припинення залишилися невиконаними, якщо інше не передбачено домовленістю сторін чи не впливає із суті таких зобов'язань. Зобов'язання щодо виробництва та/або надання відповідних комунальних послуг у встановленому договором обсязі й належної якості концесіонер у кожному разі несе до моменту повернення об'єкта концесії концесіодавцю.

Законом України «Про особливості оренди чи концесії об'єктів паливно-енергетичного комплексу, що перебувають у державній власності» закріплено, що в разі систематичного невиконання або грубого порушення концесіонером умов концесійного договору, недержання концесіонером протягом 12 місяців з дня укладення договору концесії необхідних дозвільних документів на провадження господарської діяльності, а також в інших випадках, передбачених законом, договір концесії об'єкта паливно-енергетичного комплексу достроково припиняється за рішенням суду.

Розглянемо окремі приклади відповідальності за договорами концесії.

Положенням порядку передачі в концесію об'єктів комунальної власності, ухваленим Львівською міською радою від 22 лютого 2001 року № 963, закріплено, що за невиконання або за неналежне виконання умов концесійного договору, у тому числі за зміну або розірвання договору в односторонньому порядку, крім випадків, передбачених цим Положенням, сторони несуть відповідальність, установлену чинним законодавством України та концесійним договором (п. 3.5). Якщо концесідавець у терміни й на умовах, визначених у концесійному договорі, не передасть об'єкт концесії, концесіонер має право вимагати від концесідавця передачі об'єкта концесії та відшкодування збитків, завданих затриманням передачі, або вимагати розірвання концесійного договору й відшкодування збитків, завданих йому невиконанням концесійного договору (п. 4.8.3).

Також наведемо як приклад пп. 118–125 проекту концесійного договору, який міститься в додатку до рішення Миколаївської міської ради від 25 липня 2018 року № 09-XXIV-8 [10], де передбачено, коли Концесіонер допустив погіршення стану об'єкта концесії або його загибель, він повинен відшкодувати концесідавцю збитки, якщо не доведе, що погіршення або загибель об'єкта сталися не з його вини. У разі порушення узгоджених строків виконання плану технічного розвитку об'єкта концесії з вини концесіонера концесідавець має право стягнути з концесіонера неустойку за весь час прострочення з розрахунку 0,1% від загальної суми порушених зобов'язань концесіонера за відповідним об'єктом концесії, визначених у договорі, за кожен день прострочення, але не більше ніж за 6 (шість) місяців прострочення загалом. Концесідавець має право вимагати від концесіонера відшкодування збитків, що виникли внаслідок порушення умов договору з боку концесіонера, якщо концесіонер не ліквідував ці порушення в розумний термін, визначений концесідавцем. У разі прийняття концесідавцем розпорядчих документів, що порушують права концесіонера, збитки, завдані йому внаслідок прийняття таких рішень, підлягають відшкодуванню в повному обсязі концесідавцем. Якщо протягом дії цього договору законодавством України та/або нормативно-правовими актами інших органів виконавчої влади й Миколаївською міською радою встановлюватимуться норми, що погіршують положення концесіонера так, що він значною мірою позбавляється того, на що міг розраховувати за результатами виконання договору, сторони з метою вжиття

заходів щодо забезпечення майнових інтересів концесіонера, які існували на момент укладення договору, проводять переговори в установленому цим договором порядку й уносять зміни до договору у визначеному ним порядку.

Відповідно до концесійного договору № 1 на об'єкт комунальної власності територіальної громади м. Северодонецька Луганської області – цілісний майновий комплекс КП «Северодонецькводоканал» – між Северодонецькою міською радою та міським головою, з одного боку, і ТОВ «ТАУН СЕРВІС» і генеральним директором ТОВ «ТАУН СЕРВІС» від 2 липня 2009 року, у разі несвоєчасного повернення об'єкта концесії з вини концесіонера концесіонер сплачує концесідавцю пеню в розмірі 0,1% від балансової вартості майна за кожний день прострочення, але не більше подвійної облікової ставки НБУ. За порушення строків унесення концесійних платежів концесіонер сплачує концесідавцю пеню в розмірі подвійної облікової ставки Національного банку України від суми концесійного платежу за кожний день прострочення. За порушення строків унесення інвестицій на виконання інвестиційної програми концесіонер сплачує концесідавцю штраф у розмірі 7% від суми несвоєчасно внесених (невнесених) інвестицій. За використання отриманого в концесію об'єкта не за цільовим призначенням концесіонер сплачує концесідавцю штраф у розмірі 7% від вартості майна, яке використовується не за цільовим призначенням. За порушення концесідавцем будь-яких зобов'язань, узятих на себе за цим договором, концесідавець несе відповідальність, установлену чинним законодавством України. Сплата штрафних санкцій не звільняє сторони від виконання ними зобов'язань за цим договором. Збитки однієї сторони, які виникли внаслідок порушення іншою стороною своїх зобов'язань за цим договором, відшкодовуються винною стороною в повному обсязі [11].

Варто звернути увагу також і на відповідальність сторін відповідно до Закону України «Про угоди про розподіл продукції». Так, у ст. 29 цього Закону передбачено, що сторони несуть передбачену угодою про розподіл продукції відповідальність за невиконання чи неналежне виконання своїх обов'язків, визначених угодою, з урахуванням положень цієї статті. Шкода, заподіяна довкіллю у зв'язку з діяльністю інвестора, пов'язаною з виконанням угоди про розподіл продукції, підлягає відшкодуванню (компенсації) в повному обсязі за рахунок інвестора, незалежно від плати за забруднення довкілля та погіршення якості природних ресурсів. Інвестор

звільняється від відшкодування шкоди, заподіяної довкіллю, тільки якщо доведе, що шкода заподіяна внаслідок стихійних природних явищ або навмисних дій потерпілих. Шкода, заподіяна правомірними діями інвестора, що повністю відповідають вимогам угоди про розподіл продукції та узгоджені з державою, підлягає відшкодуванню за рахунок сторін угоди в пропорціях, передбачених для розподілу продукції. Цивільна відповідальність інвестора, в тому числі за шкоду, заподіяну довкіллю, здоров'ю людей, підлягає страхуванню, якщо інше не передбачено угодою. За домовленістю сторін у рамках угоди приймається програма страхування екологічних ризиків (ст. 30).

Остаточо питання відповідальності за виконання обов'язків сторонами інвестиційних відносин не вирішено й у новому Проекті Закону України «Про концесії». Відповідно до ст. 29 Проекту Закону України «Про концесії» від 15 березня 2018 року № 8125, сторони несуть відповідальність, установлену законами України та концесійним договором, за невиконання чи неналежне виконання своїх зобов'язань (включаючи виконання вимог, гарантій та інших обов'язків), визначених концесійним договором. Концесійний договір може передбачати застосування штрафних санкцій, не заборонених законодавством України. Концесіонер має право залучити третіх осіб для виконання концесійного договору. У разі залучення концесіонером третіх осіб для виконання концесійного договору він несе повну відповідальність за дії таких осіб.

**Висновки.** Викладене в дослідженні свідчить про незначне поширення в нормативно-правих актах застосування відповідальності сторін і санкцій за порушення обов'язків, які випливають з інвестиційних відносин, що потребує врахування підприємницьких та інвестиційних ризиків і їх розподілу між сторонами. Подальшого вивчення потребує формування господарсько-правового меха-

нізму системного застосування таких правових категорій, як інвестиційний проект, інвестиційний ризик і відповідальність сторін інвестиційних відносин.

#### Список використаних джерел:

1. Макаренко А.В. Теоретичний аналіз відповідальності сторін за порушення умов концесійного договору. URL: [http://vuzlib.com.ua/articles/book/14636-Teoretichnij\\_anal%D1%96z\\_v%D1%96dpov%C3%91/1.html](http://vuzlib.com.ua/articles/book/14636-Teoretichnij_anal%D1%96z_v%D1%96dpov%C3%91/1.html).
2. Куліков А.І. Концесія як форма реалізації спільних проєктів держави і бізнесу. Державне управління. 2013. № 5. С. 117–119.
3. Вінник О.М. Інвестиційне право: навчальний посібник. 2-е видання, перероб. і доповнене. Київ: Правова єдність, 2009. 616 с.
4. Інвестиційне право: підручник / Ю.М. Жорнокуй, О.М. Шуміло, О.П. Суц та ін.; за заг. ред. Ю.М. Жорнокуя. Харків: Право, 2015. 512 с.
5. Войцеховська І.М. Поняття, види та класифікація підприємницького ризику. Право і суспільство. 2014. № 6. С. 84–89.
6. Клапків М.С. Страхування фінансових ризиків: монографія. Тернопіль: Економічна думка, Карт-Бланш, 2002. 570 с.
7. Шапкін А.С. Економічні та фінансові ризики. Оцінка, управління, портфель інвестицій. 2-е видання. Москва: Дашков и К, 2003. 544 с.
8. Поєдинок В.В. Правове регулювання інвестиційної діяльності: теоретичні проблеми: монографія. Ніжин: Аспект-Поліграф, 2013. 480 с.
9. Матвеев П.С. Інвестиційний договір як складова інноваційної діяльності на сучасному етапі розвитку України. Цивільне, підприємницьке, господарське та трудове право. 2013. С. 129–132.
10. Проект концесійного договору. Додаток до рішення Миколаївської міської ради від 25.07.2018 № 09-XXIV-8. URL: [https://mykolaivka-rada.gov.ua/assets/files/dogovor\\_proekt\\_13.07.2018\\_bez\\_prim.pdf](https://mykolaivka-rada.gov.ua/assets/files/dogovor_proekt_13.07.2018_bez_prim.pdf).
11. Концесійний договір № 1 на об'єкт комунальної власності територіальної громади м. Северодонецька Луганської обл. цілісний майновий комплекс КП «Северодонецькводоканал». URL: <http://eimg.pravda.com/files/0/3/0366d70.pdf>.

*Стаття посвячена актуальним проблемам договора концессии как вида инвестиционных договоров. Автор осуществляет исследование сущности правового и договорного регулирования ответственности субъектов концессионной деятельности в Украине. Вносятся предложения по перспективным направлениям реформирования и совершенствования национальных нормативно-правовых актов в сфере осуществления инвестиционной деятельности и сущности ответственности сторон инвестиционных правоотношений на примере концессионных договоров.*

**Ключевые слова:** инвестиционная деятельность, договор концессии, ответственность сторон, инвестиционные риски, предпринимательские риски.

*The article is devoted to actual problems of the concession contract as a type of investment agreements. The author carries out research on the essence of legal and contractual regulation of the liability of concessionary entities in Ukraine. The article offers suggestions on perspective directions of reforming and improving national legal acts in the area of investment activity and the content of liability of the parties of investment legal relations, as the example, of concession agreements.*

**Key words:** investment activity, concession contract, liability of the parties, investment risks, business risks.