

## ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО, ГОСПОДАРСЬКО-ПРОЦЕСУАЛЬНЕ ПРАВО

УДК 346.5

DOI <https://doi.org/10.32782/TNU-2707-0581/2024.6/05>

**Кулага Е.В.**

Київський національний економічний університет імені Вадима Гетьмана

**Ільницька Н.Ф.**

Київський національний економічний університет імені Вадима Гетьмана

### АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ КОНЦЕСІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ В УКРАЇНІ

*У статті розглядаються актуальні проблеми, пов'язані з розвитком концесійної діяльності в Україні. Проаналізовано правові, економічні та соціальні аспекти реалізації концесійних проєктів після прийняття нового Закону України «Про концесію». Особливу увагу приділено бар'єрам, що обмежують залучення приватних інвесторів, та запропоновано шляхи вирішення цих проблем.*

*Здійснено аналіз наукових досліджень щодо галузевої приналежності концесійних договорів. Обґрунтовано авторську позицію щодо господарсько-правового регулювання концесійних відносин, зазначено, що за своєю правовою природою концесійний договір, зважаючи на мету, суб'єктний склад та особливості правового регулювання належить до господарсько-правових договорів, оскільки він має суспільне значення, підпорядковується державному регулюванню та спрямований на здійснення господарської діяльності.*

*Прокоментовано стан реалізації концесійних договорів в Україні та відображення загальних тенденцій у сфері державно-приватного партнерства у зв'язку з ухваленням Закону України «Про концесію» 2019 року, який уніфікував процедури укладення концесійних договорів, спростив доступ інвесторів до участі в проєктах, гармонізував норми національного законодавства з міжнародними стандартами та увібрав у себе кращі світові практики. Закон є прогресивним та має значний потенціал, проте потребує доопрацювання у таких аспектах, як уточнення термінології, запровадження додаткових гарантій для інвесторів.*

*Визначено недоліки закріпленого у Законі України «Про концесію» договірного механізму фінансування концесійної діяльності через відсутність чітких критеріїв надання державної підтримки концесійних проєктів. Запропоновано внесення відповідних доповнень до ч. 2 ст. 34 Закону України «Про концесію» щодо визначення доцільності здійснення концесієдавцем таких платежів з урахуванням соціальної значущості та рівня рентабельності об'єкта концесії.*

*Обґрунтовано висновок про те, що концесійна діяльність є одним із ключових механізмів залучення приватного капіталу у розвиток публічної інфраструктури. Для України, яка стикається з обмеженими державними ресурсами, концесії можуть стати ефективним інструментом для її модернізації та відновлення.*

**Ключові слова:** концесійна діяльність, правове регулювання, договір концесії, інвестиції, державно-приватне партнерство.

**Постановка проблеми.** Концесійні договори є одними із ключових механізмів залучення приватного капіталу у розвиток публічної інфраструктури. Для України, яка стикається з обмеженими державними ресурсами, концесії можуть стати ефективним інструментом для її модернізації та

відновлення. Однак наразі впровадження концесій ускладнюється низкою економічних, правових та організаційних бар'єрів.

Повномасштабна війна Росії проти України значно ускладнює реалізацію концесійних проєктів. Багато потенційних об'єктів концесії пошко-

джені або перебувають у зоні бойових дій. Інвестори уникають вкладень через високий рівень ризику. У той же час уряд України намагається залучити інвесторів до відновлення інфраструктури на умовах концесії. Так, державно-приватне партнерство і концесія визначені одними з ключових інструментів Плану модернізації України, що був представлений Прем'єр-міністром України на Міжнародній конференції з питань відновлення України у Швейцарії (Лугано) 4 липня 2022 року. Тож концесійні договори можуть стати одними з найбільш дієвих механізмів щодо залучення приватних коштів для відбудови пошкоджених соціальних об'єктів.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Різноманітні аспекти концесійної діяльності стали предметом наукових досліджень вчених різних галузей юридичної науки, зокрема, Л. М. Гончарука, С. М. Грудницької, А. В. Макаренка, О. А. Медведєвої, Є. О. Мічуріна, О. А. Українцева, О. В. Шаповалової та інших. Увага вчених приділялася окремим аспектам концесійної діяльності, водночас наукове теретичне осмислення проблем правового регулювання та реалізації концесійних проектів в Україні на новій законодавчій основі не втрачає своєї актуальності.

**Постановка завдання.** Метою статті є виявлення основних проблем правового регулювання концесійної діяльності в Україні та обґрунтування пропозицій щодо їх подолання.

**Виклад основного матеріалу.** У 2019 році був ухвалений новий Закон України «Про концесію», який уніфікував процедури укладення концесійних договорів, спростив доступ інвесторів до участі в проектах, гармонізував норми національного законодавства з міжнародними стандартами. З того часу декілька значних концесійних проектів щодо державної власності перебувають на різних етапах реалізації. Вперше в Україні у 2020 році концесійні договори були підписані щодо портів «Ольвія» та «Херсон». Наразі концесійні проекти активно впроваджуються у сфері будівництва доріг, опрацьовуються можливості передачі у концесію регіональних аеропортів. Стан реалізації концесійних договорів в Україні є відображенням загальних тенденцій у сфері державно-приватного партнерства і характеризується як перспективний, проте має низку проблемних аспектів та потребує уваги науковців для подальшого вирішення у зв'язку з необхідністю вироблення дієвих механізмів дерегуляції й мінімізації державного впливу [1, с. 158].

Що стосується галузевої приналежності концесійних договорів, у науковій літературі немає

єдності щодо цього питання. Одні вчені відносять концесію до господарсько-правових договорів, інші досліджують у розрізі цивільно-правових відносин, деякі визначають концесійні відносини як комплексний міжгалузевий правовий інститут.

С. М. Грудницька та Ю. В. Єгорова наголошують на публічно-правовій сутності концесії і розглядають концесію, як «дозвіл, наданий з метою задоволення громадських потреб уповноваженим органом виконавчої влади чи органом місцевого самоврядування юридичній або фізичній особі на платне строкове виконання певних публічних функцій на засадах публічно-приватного партнерства шляхом створення чи реконструкції й подальшого управління об'єкта концесії та здійснення виключного виду господарської діяльності на основі делегованих повноважень і концесійного договору та під контролем концесіодавця» [2, с. 227].

Л. М. Гончарук досліджує цивільно-правове регулювання відносин, що виникають на підставі договору концесії, та вважає, що «...регулювання договору концесії у ЦК України з властивими йому засадами та приватноправовими принципами (свободи договору, юридичної рівності учасників, добросовісності, розумності та справедливості тощо) могло б забезпечити збалансування інтересів учасників концесійних відносин, перетворити концесію в ефективну форму залучення приватного інвестора у фінансування розбудови вітчизняної економіки» [3, с. 177].

Є. О. Мічурін та О. А. Українцев також досліджували концесійні відносини, практику їх застосування, відповідні доктринальні теорії концесійних відносин у площині цивільного права. Вчені зазначають, 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 [4, с. 71].

На думку О. А. Медведєвої, 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 [5, с. 13].

Натомість 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 відтінку їх нормативної обов'язковості для сторін [6 с. 217].

Наразі все частіше йдеться про державне регулювання у різних сферах діяльності, зокрема в економіці, в тому числі діяльності суб'єктів господарювання, яке передбачає вплив не стільки на об'єкти управління, скільки на їх зовнішнє середовище [7, с. 22]. Якщо цивільно-договірне регулювання є формою саморегулювання, то основу господарсько-договірного регулювання становить саморегулювання, яке доповнюється законодавчим нормуванням відносин, що набувають договірної форми. Значення господарсько-договірного регулювання полягає в тому, що завдяки господарським договорам вводиться в дію комплекс правових засобів імперативного та диспозитивного характеру, спрямованих на досягнення оптимальних соціально-економічних результатів, що відповідають інтересам як сторін договору, так і суспільства в цілому [8, с. 380].

Погоджуємося з вченими, які стверджують, що концесія має публічно-правову, а не цивільно-правову природу. На думку С. В. Терещенко, без переконливого обґрунтування глибокого змісту регулятивної динамічної функції цивільного права на перевагу господарського важко визнати, що потенціал ЦК України буде достатнім для відображення всієї багатоаспектності концесійно-договірних відносин. Навіть у країнах ЄС, де договірні моделі управління державним майном зближуються і реалізація концесійного законодавства налічує більш ніж вікову історію, існують істотні відмінності у трактуванні поняття договору концесії та розумінні його правової природи [9, с. 101].

У розвиток цієї думки зазначимо, що за своєю правовою природою концесійний договір, зважаючи на мету, суб'єктний склад та особливості правового регулювання належить до господарсько-правових договорів, оскільки він має істотне суспільне значення, підпорядковується державному регулюванню, та спрямований на здійснення господарської діяльності.

Відносини, що виникають на підставі концесійного договору, обов'язково включають участь органів держави, територіальної громади або іншого публічного суб'єкта як сторони договору. Ця особливість вказує на господарсько-правовий характер концесійного договору.

Слід також звернути увагу на те, що за концесійним договором концесіонер отримує право на експлуатацію об'єктів, які є у власності держави чи територіальної громади, для здійснення господарської діяльності. Предмет договору нерозривно пов'язаний із забезпеченням економічної діяльності у сфері суспільно значущих послуг або робіт, що властиве господарсько-правовому регулюванню.

Господарські правовідносини, включно з концесійними, часто спрямовані на задоволення суспільних потреб і впливають на економічний розвиток, що виходить за межі цивільно-правового регулювання. Концесійний договір передбачає специфічні регуляторні механізми, такі як контроль та моніторинг з боку держави за виконанням умов договору, чітке визначення обов'язків концесіонера перед суспільством (наприклад, дотримання екологічних норм, забезпечення якісного обслуговування), тобто містить елементи публічно-правових відносин, притаманних саме господарсько-правовому регулюванню.

Закон України «Про концесії» 1999 року, який з прийняттям нового Закону України «Про концесію» у 2019 році втратив чинність, не відповідав провідним міжнародним практикам, за 20 років його дії в Україні жодного масштабного проекту щодо державної власності на умовах концесії не було реалізовано. Один з найбільш суттєвих недоліків Закону стосувався регулювання розрахунку концесійних платежів, який не враховував особливостей різних галузей (наприклад, житлово-комунального господарства чи транспортної інфраструктури). Це ускладнювало адаптацію платежів до конкретного типу об'єкта чи виду діяльності та створювало проблеми як для концесіонерів, так і для концесіодавців. Закон також не передбачав можливості корегування концесійних платежів залежно від економічних умов, інфляції чи зміни фінансових показників проекту.

Новий Закон «Про концесію» 2019 року частково вирішив ці проблеми, запровадивши більш сучасний підхід до визначення розміру концесійних платежів. Відповідно до частин 3–4 статті 34 Закону платежі концесіонера на користь концесіодавця можуть включати концесійні платежі та/або одноразову фіксовану плату. Умови здійснення концесійних платежів концесіонером, а також порядок їх розрахунку передбачаються концесійним договором та можуть визначатися: як частка (у відсотках) отриманого концесіонером чистого доходу від провадження концесійної діяльності; як частка (у відсотках) вартості наданого об'єкта концесії, визначеної за результатами його рин-

кової оцінки; як фіксований платіж, що може залежати від обсягів товарів, робіт чи послуг, які надаються концесіонером; в іншій формі, що відповідає законодавству України. Концесійний платіж може визначатися шляхом поєднання різних підходів до його розрахунку [11].

Закріплений у даному Законі розрахунок концесійних платежів є достатньо гнучким, прозорим та прогнозованим. Водночас недоліком запропонованого у Законі України «Про концесію» договірного механізму фінансування концесійної діяльності слід вважати відсутність чітких критеріїв надання державної підтримки концесійних проектів.

Вважаємо за необхідне проаналізувати ч. 2 статті 34 Закону України «Про концесію», у якій закріплено, що концесійним договором можуть бути передбачені платежі концесієдавця на користь концесіонера. Умови та порядок здійснення таких платежів визначаються концесійним договором відповідно до закону. Попереднім законом «Про концесії» було встановлено лише концесійні платежі концесіонера на користь концесієдавця, що цілком відповідає сутності відносин державно-приватного партнерства, як можливості залучення коштів у сфери, які мають важливе суспільне значення.

Нині в Україні триває активний процес модернізації інституту державної підтримки суб'єктів господарювання [10 с. 156], у зв'язку з чим дана норма нового Закону зазнала критики науковців та представників громадськості, оскільки з одного боку, ним передбачені обов'язкові інвестиції у концесійний проект концесіонера, а з іншого, закріплена можливість отримання платежів концесіонером від концесієдавця.

Досвід кращих світових практик реалізації договірних форм концесії свідчить про можливість застосування таких механізмів фінансування до об'єктів, які є соціально важливими, але економічно нерентабельними (наприклад, лікарні, школи чи дороги у віддалених районах). На жаль, у нашому Законі подібні конкретизації відсутні. У ч. 2 ст. 34 Закону України «Про концесію» визначено лише те, що платежі концесієдавця на користь концесіонера можливі у випадку, якщо концесіонер не може отримати повне відшкодування здійснених ним інвестицій за рахунок користувачів (споживачів) послуг. Тому затребуваною стає норма щодо конкретизації у Законі додаткових критеріїв для оцінки проектів, які є важливими для суспільства, але не є достатньо рентабельними. У зв'язку з цим пропонуємо до ч. 2 ст. 34 внести наступне доповнення «платежі концесієдавця на користь кон-

сесіонера можливі, якщо об'єкт концесії має важливе соціальне значення та низький рівень економічної рентабельності».

Закон України «Про концесію» 2019 року увібрав у себе кращі світові практики, є прогресивним, має значний потенціал, проте потребує доопрацювання у таких аспектах, як уточнення термінології та запровадження додаткових гарантій для інвесторів. Зокрема Закон не визначає поняття рентабельності об'єкта концесії та не встановлює стандартизованих підходів для її аналізу та оцінки, що ускладнює конкуренцію між потенційними концесіонерами. У зв'язку з цим пропонуємо закріпити у Законі України «Про концесію» обов'язкову процедуру оцінки рентабельності із застосуванням міжнародних стандартів, таких як методики Світового банку або Європейського банку реконструкції та розвитку (ЄБРР), що допоможе зробити оцінку прозорою, уніфікованою та прийнятною для міжнародних інвесторів.

**Висновки.** Концесійна діяльність має значний потенціал для розвитку соціальної інфраструктури в Україні. Стан реалізації концесійних договорів у нашій державі демонструє певний прогрес, особливо у галузях дорожнього будівництва, портів та аеропортів. Водночас розвиток концесійних правовідносин стримується через деякі недоліки правового регулювання, економічну нестабільність та війну. Вирішення цих проблем може стимулювати розвиток концесійної діяльності як інструменту модернізації та відновлення інфраструктури у повоєнній Україні.

Концесійний договір, зважаючи на мету, суб'єктний склад та особливості правового регулювання належить до господарсько-правових договорів, оскільки він має істотне суспільне значення, підпорядковується державному регулюванню та спрямований на здійснення господарської діяльності.

Умови та порядок здійснення платежів концесієдавця на користь концесіонера у Законі України «Про концесії» є недостатньо урегульованими, у зв'язку з цим пропонуємо внести доповнення до ч. 2 ст. 34 щодо визначення доцільності здійснення концесієдавцем таких платежів з урахуванням соціальної значущості та рівня рентабельності об'єкта концесії.

Вирішення на законодавчому рівні питання оцінки рентабельності об'єкта концесії на основі міжнародних стандартів має істотне значення для підвищення довіри інвесторів, забезпечення прозорості конкурсних процедур та уникнення зловживань, а також сприятиме залученню інвестицій та забезпеченню сталого економічного зростання в Україні.

**Список літератури:**

1. Кулага Е. Правові аспекти державного регулювання ціноутворення в Україні. Підприємництво, господарство і право. 2017. № 6. С. 158–162. URL: <http://pgp-journal.kiev.ua/archive/2017/6/36.pdf>
2. Грудницька С. М., Єгорова Ю. В. Концесія та концесійний договір: проблеми визначення понять. Вісник Донецького національного університету. Серія В: Економіка і право. 2014. Вип. 1. С. 223-227 URL: [https://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/13762/1/Hrudnytska\\_Egorova\\_223-227.pdf](https://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/13762/1/Hrudnytska_Egorova_223-227.pdf)
3. Гончарук Л. М. Договір концесії. Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 – цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право. – Київ, 2012. – 215 с.
4. Мічурін Є. О., Українцев О. А. Договір концесії у цивільному праві України. Університетські наукові записки. 2013. № 4 (48). С. 70-74.
5. 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.
6. Макаренко А. В. Теоретичний аналіз відповідальності сторін за порушення умов концесійного договору. Правове регулювання економіки. 2012. № 11–12. С. 209-218.
7. Ільницька Н. Сутність державного регулювання діяльності юридичних осіб приватного права. Юридична Україна. 2012. №10. С. 18-25.
8. Шаповалова О. В. Правове забезпечення підтримки і розвитку господарювання. Монографія. Луганськ: Вид-во СХУ ім. В. Даля, 2004. 280 с.
9. Терещенко С. В. Вдосконалення законодавства про концесійну діяльність в Україні. Актуальні проблеми права: теорія і практика. 2019. № 1 (37). С. 95-102.
10. Борсук Н., Кулага Е. Проблеми правового регулювання державної допомоги суб'єктам господарювання у контексті відповідності ассуі ЄС. Право України. 2021. № 11. С. 155–166.
11. Про концесію: Закон України від 03.10.2019 р. № 155-IX. Відомості Верховної Ради України, 2019, № 48, ст. 325. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/155-IX#Text> (дата звернення: 29.12.2024 р.).

**Kulaha E.V., Ilnytska N.F. CURRENT PROBLEMS OF LEGAL REGULATION OF CONCESSION ACTIVITIES IN UKRAINE**

*The article deals with current problems related to the development of concession activities in Ukraine. The legal, economic and social aspects of the implementation of concession projects after the adoption of the new Law of Ukraine "On Concession" are analyzed. Special attention is paid to the barriers limiting the involvement of private investors, and ways to solve these problems are proposed.*

*An analysis of scientific research on the sectoral affiliation of concession contracts was carried out. The author's position regarding the economic and legal regulation of concession relations is substantiated, it is stated that by its legal nature, the concession contract, taking into account the purpose, subject structure and peculiarities of legal regulation, belongs to the field of economic and legal contracts, since it has social significance, is subject to state regulation and aimed at carrying out economic activities.*

*The state of implementation of concession contracts in Ukraine and the reflection of general trends in the field of public-private partnership in connection with the adoption of the Law of Ukraine "On Concession" of 2019, which unified the procedures for concluding concession contracts, simplified the access of investors to participate in projects, harmonized the norms of the national legislation with international standards and has absorbed the best world practices. The law is progressive and has significant potential, but needs to be refined in such aspects as clarification of terminology, introduction of additional guarantees for investors.*

*The shortcomings of the contractual financing mechanism for concession activities established in the Law of Ukraine "On Concession" were identified due to the lack of clear criteria for providing state support for concession projects. It is proposed to make appropriate additions to part 2 Art. 34 of the Law of Ukraine "On Concession" regarding the determination of the expediency of making such payments by the concessionaire, taking into account the social significance and level of profitability of the concession object.*

*The conclusion that the concession activity is one of the key mechanisms for attracting private capital to the development of public infrastructure is substantiated. For Ukraine, which is faced with limited state resources, concessions can become an effective tool for its modernization and recovery.*

**Key words:** concession activity, legal regulation, concession contract, investments, public-private partnership.