

УДК 347.133.5:346.22

## ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА ФОРМ СПІВУЧАСТІ ДЕРЖАВИ ТА ПРИВАТНИХ ПАРТНЕРІВ ПІД ЧАС РЕАЛІЗАЦІЇ СПІЛЬНИХ ГОСПОДАРСЬКИХ ПРОЄКТІВ

### GENERAL CHARACTERISTICS OF THE FORMS OF STATE AND PRIVATE PARTNERS' PARTICIPATION IN IMPLEMENTATION OF JOINT ECONOMIC PROJECTS

**Махінчук В.М.,**

*кандидат юридичних наук,  
старший науковий співробітник  
Науково-дослідницького інституту приватного права  
і підприємництва НАПрН України*

Стаття присвячена загальній характеристиці форм співучасті держави та приватних партнерів під час реалізації спільних господарських проєктів. Проаналізовано та викладено основні можливі форми юридичного структурування співробітництва між державою Україна, Автономною Республікою Крим, територіальними громадами в особі відповідних державних органів та органів місцевого самоврядування (державними партнерами) з потенційними приватними інвесторами.

**Ключові слова:** державно-приватне партнерство, договори про спільну діяльність, концесія, спільне підприємство, інвестор, господарський проєкт.

Статья посвящена общей характеристике форм соучастия государства и частных партнеров при реализации совместных хозяйственных проектов. Проанализированы и изложены основные возможные формы юридической структуризации сотрудничества между государством Украина, Автономной Республикой Крым, территориальными сообществами в лице соответствующих государственных органов и органов местного самоуправления (государственными партнерами) с потенциальными частными инвесторами.

**Ключевые слова:** государственно частное партнерство, договоры о совместной деятельности, концессия, совместное предприятие, инвестор, хозяйственный проект.

The article is devoted to the general characteristics of the forms of participation of the state and private partners in the implementation of joint economic projects. The main possible forms of legal structuring of cooperation between Ukraine, the Autonomous Republic of Crimea, local communities represented by the relevant state authorities as well as the local government authorities (state partners) and potential private investors were analyzed.

**Key words:** public and private partnership, agreements on cooperation, concession, joint venture, investor, economic project.

**Постановка проблеми.** Практика укладення концесійних договорів дає підстави говорити про необхідність аналізу можливих механізмів реалізації господарських проєктів, визначення сценаріїв, реалізація яких потребує внесення змін до чинного законодавства України.

**Стан дослідження.** Окремі теоретичні питання форм співучасті держави та приватних партнерів під час реалізації спільних господарських проєктів розглядалися в роботах О. Вінника, Д. Погрібного, В. Резнікова та інших. У процесі правових досліджень вченими пропонувались різні форми співучасті держави та приватних партнерів, але до цих пір не було розкрито форми їх співучасті під час реалізації спільних господарських проєктів.

Саме тому **метою цієї статті** є окремі теоретичні питання форм співучасті держави та приватних партнерів під час реалізації спільних господарських проєктів для поглиблення розуміння їх сутності.

**Для реалізації поставленої мети були сформувані наступні завдання:**

1) дати загальну характеристику формам співучасті держави та приватних партнерів під час реалізації спільних господарських проєктів;

2) розкрити форми юридичного структурування співробітництва між державою Україна, Автономною Республікою Крим, територіальними громадами в особі відповідних державних органів та органів місцевого самоврядування (державними партнерами) з потенційними приватними інвесторами;

3) проаналізувати чинне законодавство України, що регулює укладання договорів між державним партнером та інвесторами.

**Виклад основного матеріалу дослідження з повним обґрунтуванням окремих наукових результатів.** Жоден із існуючих правових механізмів, які можуть використовуватися з метою реалізації спільних проєктів, не може бути застосований беззасте-

режно без прийняття відповідних змін до законів та / або підзаконних актів. Враховуючи це, ми викладемо переваги та недоліки кожної форми співучасті держави та приватних партнерів під час реалізації спільних господарських проєктів.

### 1. Укладення між державним партнером та інвесторами договору про спільну діяльність.

Відповідно до пункту 1 статті 1130 Цивільного кодексу України (далі – «ЦК»), за договором про спільну діяльність сторони (учасники) зобов'язуються спільно діяти без створення юридичної особи для досягнення певної мети, що не суперечить законові» [1]. При цьому у пункті 2 статті 1130 ЦК зазначено, що «спільна діяльність може здійснюватися на основі об'єднання вкладів учасників (просте товариство).

Згідно з положеннями статті 1132 ЦК, за договором простого товариства сторони (учасники) беруть зобов'язання об'єднати свої вклади та спільно діяти для досягнення певної мети [1].

Історично, договори про спільну діяльність досить часто на практиці використовуються у господарських відносинах між підприємствами, заснованими на базі державного майна (далі – «Державний суб'єкт господарювання»), та приватними інвесторами у різноманітних сферах економіки (надрокористування, телекомунікації, будівництво, тощо) в тому числі, і в сфері діяльності морських портів України. Водночас слід зазначити, що така співпраця мала, часом, небажані наслідки з точки зору державних інтересів, що, в кінцевому результаті, призвело до законодавчої ініціативи щодо прийняття відповідних законодавчих норм з метою обмеження безконтрольної практики укладення ДСД щодо об'єктів державної власності.

На цьому етапі чинне законодавство передбачає наступні обмеження щодо укладення ДСД Державних суб'єктів господарювання:

1) Заборона на внесення в якості вкладу у спільну діяльність основних фондів об'єктів державної власності, що не підлягають приватизації;

2) Під час укладення ДСД розмір частки Державного суб'єкта господарювання, а також господарських товариств, у статутному капіталі яких частка держави перевищує 50 відсотків, має становити не менш як 50 відсотків спільного майна учасників спільної діяльності;

3) Вартість майна, що вноситься у спільну діяльність, учасником якої є Державний суб'єкт господарювання, визначається на підставі незалежної оцінки із застосуванням бази оцінки, що відповідає ринковій вартості, згідно з вимогами законодавства про оцінку майна;

4) Визначення особливої процедури укладення деяких господарських договорів, зокрема ДСД.

Згідно Закону та Порядку визначена наступна спеціальна процедура укладення господарських договорів, зокрема, ДСД з Державним суб'єктом господарювання:

1) Укладення ДСД вимагає попереднього отримання погодження КМУ. Для отримання такого рішення Державний суб'єкт господарювання

подає центральному органу виконавчої влади, до сфери управління якого він належить (далі – «Центральний орган»), звернення щодо погодження укладення ДСД разом з такими документами: установчі документи сторін, інформація про приватного інвестора, бізнес-план, звіт про оцінку майна, яке передбачається використовувати за ДСД, обґрунтування способу використання державного майна, а також проєкт ДСД.

2) Центральний орган погоджує свій висновок щодо такого погодження з Міністерством економічного розвитку і торгівлі України (далі – «Мінекономіки»), Міністерством фінансів України, Фондом державного майна України (далі – «ФДМ») та Міністерством юстиції України. Порядок передбачає, що за наявності погодження зазначених органів Центральний орган готує відповідний проєкт рішення КМУ (у формі розпорядження) (далі – «Проєкт Рішення») впродовж місяця з дня надходження від Державний суб'єкта господарювання звернення.

Проєкт Рішення має містити посилання на всі істотні умови ДСД щодо, зокрема, забезпечення підвищення ефективності використання державного майна, захисту майнових інтересів держави, унеможливлення відчуження державного майна, а також залежно від виду ДСД – розмір часток учасників, строк дії договору, порядок розподілу прибутку, покриття витрат та внесення додаткових вкладів та інші. Проєкт Рішення має також супроводжуватися висновком Центрального органу про відсутність встановлених законодавством заборон та обмежень на використання відповідного державного майна, а також про відповідність запропонованого ДСД галузевим концепціям і програмам розвитку. У разі прийняття рішення КМУ Центральний орган буде уповноважений видати Державному суб'єкту господарювання відповідний дозвіл на укладання ДСД. Звертаємо увагу на те, що укладення ДСД, відповідно до Закону, після цього також вимагає отримання згоди ФДМ і Міністерства промислової політики України (далі – «Промислове Міністерство»).

Водночас до переваг ДСД як правової форми реалізації Проєкту, слід віднести наявність усталеної практики укладення договорів цього виду за участі Державних суб'єктів господарювання. Крім того, на відміну від інших форм договірної співробітництва з Інвесторами (концесія, державно-приватне партнерство, тощо), в рамках ДСД стороною відповідного договору може виступати ДП безпосередньо, а не лише через орган в сфері управління якого перебуває ДП.

Додатково слід відзначити, що Порядок прямо не визначає необхідності укладення Державним суб'єктом господарювання відповідних договорів, зокрема ДСД, з приватним інвестором, який би обирався на конкурсній основі. Таким чином, ДСД може бути укладений поза конкурсною процедурою.

Таким чином, ДСД, незважаючи на всі проблеми та недосконалість законодавства, на сьогоднішній день є найбільш вживаною та врегульованою формою реалізації спільних проєктів.

## 2. Концесія.

Альтернативним правовим механізмом співробітництва при реалізації проектів, який **потенційно міг би бути запропонований приватним інвесторам, є концесія.**

За концесійним договором інвестор отримує виняткове право на створення (будівництво) певного майна (об'єкта) (наприклад, об'єкта інфраструктури) та отримання прибутку від експлуатації такого об'єкту. Концесійний договір може бути укладений на строк не менше 10 і не більше 50 років.

Чинний Закон України «Про концесії» № 997-XIV від 16 липня 1999 року (надалі – **«Закон про концесії»**) визначає вичерпний перелік об'єктів та видів діяльності які можуть передаватися в концесію, і, зокрема, **містить наразі такий вид об'єктів та діяльності як розподіл і постачання природного газу** (в той час як в межах Проекту планується створення інфраструктури для транспортування та постачання скрапленого газу) [2].

При цьому усталена практика реалізації концесійних проектів в Україні показує, що їх успішна реалізація вимагає ухвалення спеціального закону (як наприклад: Закон України № 2624-VI від 21 жовтня 2010 року «Про особливості передачі в оренду чи концесію об'єктів централізованого водо-, теплопостачання і водовідведення, що перебувають у комунальній власності», Закон України № 3687-VI від 8 липня 2011 року «Про особливості оренди чи концесії об'єктів паливно-енергетичного комплексу, що перебувають у державній власності», Закон України № 1286-XIV від 14 грудня 1999 року «Про концесії на будівництво та експлуатацію автомобільних доріг»).

Однак чинний Закон про концесії обмежує юридичні можливості отримання Інвесторами права власності на майно, створене за результатами концесії. Зокрема, **будь-яке майно, створене (побудоване) на умовах концесійного договору, переходить у державну власність, і концесіонер не набуває права власності прав на нього**, а лише має право використовувати таке майно протягом строку дії концесійного договору.

Згідно з Законом про концесії, концесіонер, окрім свого обов'язку здійснити будівництво (експлуатацію) об'єкта концесії, зобов'язаний також здійснювати концесійні платежі, максимальний розмір яких встановлюється КМУ У той же час, згідно Закону про концесії, **інвестор має право бути звільненим від концесійних платежів у відношенні нових об'єктів майна (основні засоби та нематеріальні активи), створені (збудовані) на підставі концесійного договору за його рахунок.** Крім того, в разі надання концесії на створення (будівництво) нового об'єкта концесійні платежі вносяться з часу одержання концесіонером доходу від експлуатації об'єкта концесії, але не пізніше ніж через шість місяців після введення об'єкта в експлуатацію, визначеного умовами концесійного договору [2].

Щодо процедурних питань, то на відміну від процедури укладення ДСД, Закон про концесії прямо

передбачає необхідність укладення концесійного договору за результатами **відкритого конкурсу.** Необхідно відзначити, що **концесійний конкурс буде вважатися дійсним навіть у тому випадку, якщо в ньому бере участь тільки один претендент.**

## 3. Державно-приватне партнерство (ДПП).

Особливою формою реалізації на сьогоднішній день виступає так зване державно-приватне партнерство, яке базується на відповідному Законі України «Про державно-приватне партнерство» від 1 липня 2010 року N 2404-VI. Тому зазначена стаття присвячена саме розгляду принципових питань щодо існування в Україні на сьогодні форм поєднання зусиль при реалізації проектів у підприємницькій діяльності, які здійснюються за допомогою: договорів про спільну діяльність, договорів про концесії та ін. [3].

Державно-приватне партнерство – це юридична структура співпраці між органами державної влади та приватними інвесторами (зокрема, фізичними особами). До переваг ДПП можна віднести те, що **Закон про ДПП містить невичерпний перелік договірних форм, у яких ДПП може здійснюватися** (зокрема, але не обмежуючись, договір концесії, інвестиційний договір, ДСД, тощо). Така юридична конструкція надає можливість партнерам ДПП укласти такий договір, який буде найбільш повно враховувати потреби проекту (за умови його відповідності вимогам конкурсу з визначення приватного партнера ДПП та несуперечливості обов'язковим положенням українського законодавства).

Ще однією перевагою механізму ДПП є відсутність прямої заборони на набуття приватним партнером права приватної власності на майно, створене за результатами ДПП, із одночасним збереженням права державної власності на об'єкти, що існують на момент укладення відповідного договору ДПП. Стаття 7 Закону про ДПП прямо передбачає, що **право власності на об'єкти, що добудовані, перебудовані, реконструйовані в рамках державно-приватного партнерства, належить державному партнер.** Однак, оскільки вищезазначений перелік **не містить створюваного та придбаного майна**, за умови, що таке майно фінансується за рахунок приватного партнера, наявні юридичні підстави вважати, що приватний партнер на умовах відповідного договору ДПП може набувати право власності на новостворюване або придбане майно. Така конструкція більш повно відповідає моделі співробітництва, до якої прагнуть інвестори [3].

Закон про ДПП також прямо передбачає **надання державою Україна на користь приватного партнера певних гарантій.** Згідно Закону про ДПП, державний партнер також **приймає на себе зобов'язання забезпечити, отримання приватним партнером права користування земельною ділянкою** (майном) у обсязі, необхідному для реалізації проекту ДПП в рамках відповідного договору.

При цьому, не дивлячись на те, що вищезазначені переваги роблять інвестиційний договір, укладений у рамках ДПП, досить привабливою юридичною конструкцією для реалізації спільних проектів, **існує**

**практичний недолік, який має бути врахований при виборі такої структури.** Таким недоліком є відсутність практики здійснення відповідних погоджувальних процедур та укладення договорів ДПП. При цьому Закон про ДПП передбачає досить складну процедуру проведення конкурсного відбору приватного партнера.

Закон про ДПП передбачає, що порядок проведення конкурсу з визначення приватного партнера щодо об'єктів державної власності встановлюється КМУ (або уповноваженим ним органом), однак у кожному разі йому передують **аналіз ефективності здійснення ДПП та видача висновку про його результати Мінекономіки.**

З урахуванням вищезазначеної процедури, не можливо виключити, що **її практична реалізація та успішне укладення договору ДПП**, за відсутності належної координації дій різних державних органів, **може бути заблоковане на будь-якому етапі.** Крім того, відсутність практики застосування норм Закону про ДПП не дає можливості зробити достатні висновки про те, наскільки окремі положення цього закону є такими, що не можуть бути застосовані, внаслідок відсутності відповідних підзаконних нормативно-правових актів.

#### **4. Спільне підприємство.**

Спільне підприємство – підприємство, засноване на базі об'єднання майна різних власників. У числі засновників спільного підприємства відповідно до законодавства України можуть бути юридичні особи та громадяни України, союзних республік, інших держав.

Вказана організаційно правова форма господарювання передбачалась першою редакцією Закону України «Про підприємства в Україні». Вже в подальших редакціях згаданого закону подібна організаційно правова форма підприємства відсутня. Аналогічно, посилання на спільне підприємство відсутні і в інших нормативних актах, що регулюють господарську діяльність. Тобто чинним законодавством не передбачається створення та державна реєстрація нових підприємств з такими організаційно-правовими формами, однак поняття спільного підприємства продовжує вживатись як загальне поняття в економічній літературі.

На цей час аналогом спільного підприємства виступає підприємство з іноземними інвестиціями. Згідно ст. 1 Закону України «Про режим іноземного інвестування» підприємство з іноземними інвестиціями – підприємство (організація) будь-якої організаційно-правової форми, створене відповідно до законодавства України, іноземна інвестиція в статутному капіталі якого, за його наявності, становить не менше 10 відсотків.

Отже, нинішнє визначення розширило коло суб'єктів створення підприємства з іноземними інвестиціями. При цьому діяльність СП, заснованого за участі держави, підпорядковується таким обмеженням:

1) управління господарськими організаціями, у статутному капіталі яких є корпоративні права

держави, здійснюється Кабінетом Міністрів України, Фондом державного майна України та іншими суб'єктами управління об'єктами державної власності шляхом визначення повноважних представників держави на підставі договорів доручення (частина 3 статті 11 Закону);

2) господарська організація, у статутному капіталі якої є корпоративні права держави, за підсумками календарного року зобов'язана спрямувати частину чистого прибутку на виплату дивідендів згідно з порядком, затвердженим Кабінетом Міністрів України (частина 5 статті 11 Закону);

3) господарське товариство, у статутному капіталі якого є корпоративні права держави, має прийняти рішення про відрахування не менше 30% чистого прибутку на виплату дивідендів до 1 травня року, що настає за звітним, та сплатити до Державного бюджету дивіденди, нараховані пропорційно розміру державної частки, у строк не пізніше 1 липня року, що настає за звітним (частина 5 статті 11);

4) у разі, якщо корпоративні права держави перевищують 50% статутного капіталу господарської організації (товариства), до складу ревізійної комісії, крім представників Фонду державного майна України або уповноваженого органу управління, включається представник центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері державного фінансового контролю, або центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну податкову політику (частина 11 статті 11 Закону);

5) у разі, якщо корпоративні права держави перевищують 25% статутного капіталу господарської організації (товариства), до складу наглядової ради та ревізійної комісії обов'язково включається представник Фонду державного майна України або уповноваженого органу управління (частина 12 статті 11 Закону);

б) головою наглядової ради господарської організації (товариства), у статутному капіталі якої корпоративні права держави перевищують 50%, обирається представник Фонду державного майна України або уповноваженого органу управління (частина 13 статті 11 Закону), тощо..

Відповідно, застосування СП, яке б відповідало комерційним умовам приватних інвесторів, пов'язане з необхідністю внесення змін до Закону.

Отже, ми виокремили та проаналізували деонтологічні принципи адвокатської діяльності та сформулювали наступні **Висновки.**

Такі форми співпраці Держави та Інвесторів, як ДСД та СП потребують внесення змін до чинного законодавства України.

Практика укладення концесійних договорів дає підстави говорити про необхідність ухвалення спеціального закону, який би врегулював окремі аспекти концесійної діяльності у сфері транспортування та постачання газу та інших сферах можливого застосування цього механізму.

У свою чергу, реалізація Проекту в межах ДПП

безпосередньо не потребує внесення змін до Закону до ДПП; попри відсутність практики укладення договорів про ДПП, успішна реалізація цього сценарію вимагає погодження на рівні уповноважених органів державної влади інвестиційного договору в ДПП щодо реалізації спільних проєктів, що можна

вважати перевагою цього сценарію на іншими, проаналізованими в цій статті.

З огляду на зазначене вище, вважаємо, що сценарій державно-приватного партнерства найближче відповідає інтересам приватного інвестора, а його реалізація не потребує внесення змін на рівні закону.

**СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:**

1. Цивільний кодекс України 16 січня 2003 року № 435-IV [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/435-15>.
2. Закон України «Про концесії» 16 липня 1999 року № 997-XIV [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/997-14>.
3. Закон України «Про державно-приватне партнерство» 1 липня 2010 року № 2404-VI [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2404-17>.
4. Господарський кодекс України 16 січня 2003 року № 436-IV [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/436-15>.
5. Вінник О. М. Проблеми правового регулювання корпоративних і партнерських відносин : монографія / О. М. Вінник. – Київ – 2010. – 165 с.