МАЗАЛОВА А. О.,
аспірантка кафедри господарського права
(Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого)

УДК 346.2(477):331.107.5
DOI https://doi.org/10.32842/2078-3736-2019-3-1-29

ДОГОВІРНО-ПРАВОВЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВІДНОСИН ПУБЛІЧНО-ПРИВАТНОГО ПАРТНЕРСТВА

Стаття присвячена проблемам правового регулювання договірних відносин публічно-приватного партнерства. Аналізується законодавче регулювання публічно-приватного партнерства як окремого типу договору та цілої низки видів договірних зобов'язань, а також визначення пропозицій щодо їх усунення.

Ключові слова: *публічно-приватне партнерство, договір публічно-приватного партнерства, типовий договір публічно-приватного партнерства.*

Статья посвящена проблемам правового регулирования договорных отношений публично-частного партнерства. Анализируется законодательное регулирование публично-частного партнерства как отдельного типа договора и целого ряда видов договорных обязательств, а также формирование предложений по их устранению.

Ключевые слова: *публично-частное партнерство, договор публично-частного партнерства, типовой договор публично-частного партнерства.*

The article is devoted to problems of legal regulation of contractual relations of public-private partnership. It analyzes the legislative regulation of public-private partnership as a separate type of contract and, accordingly, a number of types of contractual obligations, as well as defines proposals for their elimination.

Key words: *public-private partnership, public-private partnership agreement, model contract for public-private partnership.*

Вступ. Одне з найголовніших сучасних питань для України – це підвищення конкурентоспроможності національної економіки в глобальному економічному вимірі. Для вирішення цього завдання необхідна партнерська інтеграція спільних дій окремих суб'єктів господарювання за умови заохочувального організаційно-господарського їх супроводження з боку держави. Публічно-приватне партнерство (далі – ППП) та досконалість механізму його реалізації мають становити один із ключових напрямів реформування господарсько-правової політики держави, що може бути визначена як імперативна концептуальна позиція останньої щодо напрямів та змісту подальшого розвитку господарського законодавства, вдосконалення практики його застосування, оптимізації правового господарського порядку [1, с. 6].

Постановка завдання. Метою статті є дослідження проблем правового забезпечення договірних відносин формату публічно-приватного партнерства, зокрема їх законодавчого регулювання, а також виявлення дефектів нормування як окремого типу, що включає в себе цілу низку видів договірних зобов'язань, та визначення пропозицій щодо їх усунення.

Результати дослідження. Протягом останніх років ППП набуває все більшої актуальності, оскільки для держави є пріоритетним розвиток місцевої, регіональної та національної

інфраструктури, залучення інвестицій, підвищення технологічного рівня виробничої бази вітчизняних підприємств, забезпечення більш якісними товарами та послугами громадян, що мають не тільки споживче, але й особливе публічне значення. Досягнення стрімких темпів розвитку держави неможливе лише за рахунок бюджетних коштів, яких виявляється недостатньо для реалізації масштабних проектів, тому ефективність співпраці представників публічної влади з приватним бізнесом є беззапеечною. Сьогодні можна привести багато зарубіжних прикладів, коли успішні проекти ППП сприяли стрімкому розвитку регіонів та держави в цілому, що доводить ефективність ППП як дієвого інструменту вирішення першочергових соціально-економічних проблем.

Відносини публічно-приватного партнерства в Україні також набувають особливої актуальності з огляду на переваги і проблеми, що виникають при встановленні таких відносин, включно з угодами, що їх опосередковують. Започатковане в 2010 році на рівні спеціального закону правове регулювання відносин ППП закріплює договірну форму такого партнерства та відкритий перелік договорів [2, с. 1]. Зокрема, ст. 5 Закону України «Про державно-приватне партнерство» (далі – ЗУ «Про ДПП») передбачає, що у рамках здійснення державно-приватного партнерства відповідно до цього Закону та інших законодавчих актів України можуть укладатися договори про концесію; управління майном (виключно за умови передбачення у договорі, укладеному в рамках державно-приватного партнерства, інвестиційних зобов'язань приватного партнера); спільну діяльність; інші договори [3].

Така диспозитивність, яку надає законодавець у ст. 5 зазначеного закону, суперечить змісту ч. 2 ст. 19 Конституції України [4], відповідно до якої органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України. Метою законодавця є встановлення меж договірної свободи з урахуванням публічної значущості проектів ППП шляхом закріплення вичерпного переліку договорів та імперативних вимог. Окрім цього, з огляду на особливий статус публічного партнера, є необхідним закріплення типових договорів стосовно усіх видів угод, що укладаються в рамках ППП.

Окрім цього, ч. 3 ст. 5 Закону України «Про державно-приватне партнерство» передбачає, що відносини, пов'язані з ініціюванням державно-приватного партнерства, вибором приватного партнера, підготовкою до укладення, визначенням змісту договору, укладенням та виконанням договорів, укладених у рамках здійснення державно-приватного партнерства відповідно до частини першої цієї статті, регулюються нормами цього закону, якщо інший порядок ініціювання відповідної форми державно-приватного партнерства, вибору приватного партнера, підготовки до укладення, визначення змісту договору, укладення та виконання таких договорів не визначений законом, що регулює відповідну форму здійснення державно-приватного партнерства [3].

За відсутності чітких вимог, що стосуються угоди ППП, у Законі України «Про державно-приватне партнерство» законодавець відсилає до вимог, установлених спеціальними законами відповідно до кожної договірної форми. Із переліку договорів, які закріплені у ст. 5 ЗУ «Про ДПП» більшість із них не мають детального регулювання на законодавчому рівні з урахуванням їх предметних особливостей.

По-перше, відсутній спеціальний закон, що врегульовував би відносини, які виникають при укладанні договору про спільну діяльність, зокрема просте товариство. Єдине, на чому можна наголосити, це Закон України «Про інститути спільного інвестування» [5]. Зі змісту цього закону випливає, що інститут спільного інвестування – це корпоративний або пайовий фонд. Відповідно до ст. 8 закону корпоративний фонд – це юридична особа, яка утворюється у формі акціонерного товариства і провадить виключно діяльність зі спільного інвестування. Стаття 9 названого закону зазначає, що засновники (засновник) корпоративного фонду – особи (особа), які прийняли рішення про його створення. Корпоративний фонд не може бути заснований юридичними особами, у статутному капіталі яких частка державної або комунальної власності перевищує 25 відсотків. Згідно зі змістом Закону України «Про державно-приватне партнерство» державне підприємство, комунальне підприємство,

підприємство Автономної Республіки Крим або господарське товариство, 100% статутного капіталу якого належать державі, територіальній громаді чи Автономній Республіці Крим, може брати участь у договорі, укладеному в рамках державно-приватного партнерства на стороні відповідного державного партнера. Відтак, така форма інвестування у цьому випадку не може мати місце.

Друга форма, а саме пайовий фонд, визначений у Законі України «Про інститути спільного інвестування» як сукупність активів, що належать учасникам такого фонду на праві спільної часткової власності, перебувають в управлінні компанії з управління активами та обліковуються нею окремо від результатів її господарської діяльності. У такому випадку управління спільною діяльністю доручається третій особі, тобто є вихід за рамки партнерства його прямих учасників. Пайовий фонд – спеціальна конструкція для прямої інвестиційної діяльності, а ППП може включати в себе інвестиційний компонент, який носить суто предметний характер.

Таким чином, єдиним нормативно-правовим актом, що регулює загальні положення спільної діяльності, є Цивільний кодекс України (далі – ЦКУ). Відповідно до ст. 1130 якого за договором про спільну діяльність сторони (учасники) зобов'язуються спільно діяти без створення юридичної особи для досягнення певної мети, що не суперечить законові. Спільна діяльність може здійснюватися на основі об'єднання вкладів учасників (просте товариство) або без об'єднання вкладів учасників. З огляду на те, що договір про спільну діяльність укладається між фізичними особами, то для відносин ППП органічнішим був би договір простого товариства, де згідно зі ст. 1132 ЦКУ за договором простого товариства сторони (учасники) беруть зобов'язання об'єднати свої вклади та спільно діяти з метою одержання прибутку або досягнення іншої мети [6]. Відтак, договір про спільну діяльність, який законодавець закріпив у Законі України «Про державно-приватне партнерство» як форму ППП, закріплений у такому обсязі, що надає лише загальне уявлення про договір.

По-друге, це договір управління майном, який законодавець також зазначає у ст. 5 ЗУ «Про ДПП». Відповідно до ст. 1029 ЦКУ за договором управління майном одна сторона (установник управління) передає другій стороні (управителеві) на певний строк майно в управління, а друга сторона зобов'язується за плату здійснювати від свого імені управління цим майном в інтересах установника управління або вказаної ним особи (вигодонабувача).

У такому разі дії управителя у кожному конкретному випадку потребують чіткої ідентифікації, чого у бізнесі передбачити неможливо. Тому доречніше передбачити довірче управління – ч. 2 ст. 1029 ЦКУ передбачає, що договір управління майном може засвідчувати виникнення в управителя права довірчої власності на отримане в управління майно. У такому випадку відсутній чітко визначений зміст повноважень одного з контрагентів – довірчого управителя, де сторони взаємовідкриті і прагнуть досягти максимально кращого результату, який неможливо конкретизувати заздалегідь [7, с. 5]. Слід зазначити, що майнові права публічного суб'єкта реалізуються в особливому правовому режимі, де диспозитивність знаходиться під тиском вимог ч. 2 с. 19 Конституції України.

Довірче управління все одно не в змозі самостійно врегульовувати весь комплекс відносин ППП, а може бути лише фрагментом більш широкого спектру цих господарських відносин. Так, управління може бути частиною, наприклад, договору простого товариства, де «сторони беруть зобов'язання об'єднати свої вклади та спільно діяти з метою одержання прибутку або досягнення іншої мети». У спільному майні є частина як приватного, так і публічного партнера, і в такому випадку останній може надати саме право довірчого управління на свою частку майна для ведення спільних справ. Таким чином, довірче управління доцільно розглядати як договір послуги, а не як категорію «договір-партнерство».

По-третє, це договір концесії, який на відмінну від попередніх врегульований спеціальним Законом України «Про концесії». У ст. 1 закону зазначено, що договір концесії (концесійний договір) – це договір, відповідно до якого уповноважений орган виконавчої влади чи орган місцевого самоврядування (концесієдавець) надає на платній та строковій основі суб'єкту підприємницької діяльності (концесіонеру) право створити (побудувати) об'єкт концесії чи суттєво його поліпшити та (або) здійснювати його управління (експлуатацію)

відповідно до цього Закону з метою задоволення громадських потреб [8]. Звідси виникає питання, у якому випадку матиме місце класичний договір концесії, а в якому – договір концесії в рамках ППП.

Зазначений закон містить широкий перелік об'єктів, що можуть надаватись у концесію, зокрема ч. 2 ст. 3 передбачає, що у концесію можуть надаватися об'єкти права державної чи комунальної власності, які використовуються для здійснення діяльності у таких сферах господарської діяльності: водопостачання та водовідведення; надання послуг міським громадським транспортом; збирання та утилізація сміття, оброблення відходів; машинобудування; надання телекомунікаційних послуг, у тому числі з використанням телемереж; надання поштових послуг; теплопостачання виробництво та (або) транспортування електроенергії; надання ритуальних послуг; громадське харчування; будівництво жилих будинків; створення комунальних служб паркування автомобілів та багато інших. Закон України «Про державно-приватне партнерство» такого різноманіття об'єктів не передбачає, однак передбачає спеціальні вимоги до них. Концесійний договір, що укладається в рамках ППП, може мати місце лише стосовно тих об'єктів, які збігаються у переліку цих двох документів, що дуже звужує можливості цього виду договору.

Таким чином, для існування відносини публічно-приватного партнерства необхідні такі складові елементи:

1. Кваліфікаційні вимоги, які висуваються до партнерів, мети такого партнерства, до її зобов'язального статусу, до предмету, до договірних умов, що виокремлюють ППП від інших форм співпраці держави із приватним бізнесом.

2. Договірно-правові зобов'язання у формі базової конструкції договору, що може включати в себе вимоги до суб'єктного складу та особливостей правосуб'єктності учасників, умови укладення, що зумовлюють публічний інтерес, необхідність застосування державної допомоги як окремої умови договору, контроль ефективності використання такої допомоги та реалізації проекту, відповідальність за зловживання засобами державної допомоги тощо.

3. Організаційно-господарські зобов'язання публічного партнера. ЗУ «Про ДПП» у розділі V закріплює державну підтримку та державні гарантії, зокрема ст. 18 передбачає, що державна підтримка здійснення державно-приватного партнерства може надаватися шляхом надання державних гарантій, гарантій Автономної Республіки Крим та місцевого самоврядування; шляхом фінансування за рахунок коштів державного чи місцевих бюджетів та інших джерел згідно із загальнодержавними та місцевими програмами; шляхом виплати приватному партнеру інших платежів, передбачених договором, укладеним у рамках державно-приватного партнерства, зокрема плати за готовність (доступність) об'єкта державно-приватного партнерства до експлуатації (використання); шляхом придбання державним партнером певного обсягу товарів (робіт, послуг), що виробляються (виконуються, надаються) приватним партнером за договором, укладеним у рамках державно-приватного партнерства; шляхом постачання приватному партнеру товарів (робіт, послуг), необхідних для здійснення державно-приватного партнерства; в інших формах, передбачених законом. Однак, законодавець знову надає відкритий перелік, що є недопустимим з огляду на статус публічного партнера. Звідси виникає питання, яким чином будуть співвідноситись цей закон і Закон України «Про державну допомогу суб'єктам господарювання» [9].

Висновки. Чіткість та адекватність регулювання відносин ППП дозволять максимально використати потенціал такого партнерства та мінімізувати ризики, які виникають, а в підсумку – сприятимуть ефективності ППП. З огляду на зазначене, вбачається, що:

1. Особливої уваги законодавця потребує саме угода ППП з огляду на її значущість для встановлення відносин партнерства, виконання сторонами зобов'язань, а в кінцевому підсумку – успішній реалізації суспільно важливого інвестиційного проекту ППП. Мета законодавця у цьому випадку:

1) встановити межі договірної свободи з урахуванням публічного значення проектів ППП шляхом встановлення вичерпного переліку договорів, що можуть укладатися в рамках ППП, на рівні закону;

2) сформулювати та затвердити типові договори про ППП щодо кожного окремого виду.

2. Для існування відносин публічно-приватного партнерства необхідна наявність таких елементів:

– кваліфікаційні вимоги, які виокремлюють ППП від інших форм співпраці держави із приватним бізнесом.

– договірно-правові зобов'язання у формі базової конструкції договору про ППП.

– організаційно-господарські зобов'язання публічного партнера.

3. Угоди ППП створюють самостійний тип договору, який включає в себе цілу низку видів договірних зобов'язань. Чинний закон не враховує особливий характер угоди ППП, відсилаючи до законодавства, неспроможного впоратись із усією палітрою таких відносин, що зумовлює необхідність прийняття більш дієвого та детального законодавчого регулювання, адаптованого безпосередньо до відносин ППП.

Врахування зазначених особливостей дозволить більш повно використовувати потенціал, закладений у співпрацю держави із приватним бізнесом, адже публічно-приватне партнерство дійсно є дієвим інструментом вирішення соціально-економічних проблем суспільства.

Список використаних джерел:

1. Задихайло Д.В. Правові засади формування та реалізації економічної політики держави: автореф. дис. … д-ра юрид. наук., Харків, 2013. 38 с.

2. Вінник О.М. Угоди державно-приватного партнерства: проблеми правового регулювання. Право та інноваційне суспільство. 2013. № 1. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/pric_2013_1_7.

3. Про державно-приватне партнерство: Закон України від 01.07.2010 р. № 2404-VI. Дата оновлення: 24.05.2016. URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/2404-17.

4. Конституція України: Закон України від 28.08.1996 р. № 254к/96-ВР. Дата оновлення: 21.02.2019. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80.

5. Про інститути спільного інвестування: Закон України від 05.07.2012 р. № 5080-VI. Дата оновлення: 06.01.2018. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5080-17.

6. Цивільний кодекс України: Закон України від 16.01.2003 р. № 435-IV. Дата оновлення: 31.03.2019. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15.

7. Венедіктова І.В. Договір довірчого управління майном як форма реалізації правового інституту довірчого управління майном в Україні: автореф. дис. … канд. юрид. наук, Харків, 2003. 19 с.

8. Про концесії: Закон України від 16.07.1999 р. № 997-XIV. Дата оновлення: 25.03.2018. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/997-14.

9. Про державну допомогу суб'єктам господарювання: Закон України від 01.07.2014 р. № 1555-VII. Дата оновлення: 02.08.2018. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1555-18.