

БАНКРУТСТВО ПРИВАТНОГО ПАРТНЕРА В ПРОЕКТІ ДЕРЖАВНО-ПРИВАТНОГО ПАРТНЕРСТВА: ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ

BANKRUPTCY OF A PRIVATE PARTNER IN A STATE-PRIVATE PARTNERSHIP PROJECT: PROBLEM ASPECTS

Гук І.-М.М., адвокат
Ткалич М.О., к.ю.н., доцент,
доцент кафедри цивільного права
Запорізького національного університету
Самойленко Г.В., д.ю.н., доцент,
професор кафедри цивільного права
Запорізького національного університету

У роботі розглядаються проблемні аспекти банкрутства приватного партнера в проєкті державно-приватного партнерства (далі - ДПП), визначення особливостей процедури ДПП, характеристики проєктів ДПП, а також труднощів, що виникають при їх реалізації в Україні та світі. Також, враховуючи досвід іноземних держав зроблено пропозиції вдосконалення українського законодавства задля уникнення неузгодженостей в процедурі банкрутства.

Загалом, правовою основою регулювання державно-приватного партнерства в Україні є Закон України «Про державно-приватне партнерство» від 01.07.2010. Він визначає, що ДПП - це співпраця між державою, ... та юридичними особами. Закон також визначає, що всі інвестиції, які відповідають принципам ДПП, відбуваються тільки на підставі цього Закону. А у його ст. 4 наводиться виключний перелік сфер, у яких ДПП може бути реалізоване.

Детальну увагу присвячено ролі приватного партнера в проєктах ДПП. Зокрема, зроблено висновок, що ДПП є особливою формою співробітництва між державою та приватним бізнесом, що у більшості випадків означає інвестицію у довгостроковий проєкт з покладанням ризиків на приватного партнера. Також проаналізовано особливості договірного регулювання ДПП та проблемним питанням у випадку неможливості виконання зобов'язань державним та/або приватним партнером.

На основі аналізу національного законодавства і норм права зарубіжних країн виявлено суперечливі та проблемні питання реалізації проєктів ДПП, в тому числі, що стосуються питань банкрутства приватного партнера та запропоновано вжити заходи, а саме: впровадити позитивний іноземний досвід у законодавство України щодо заходів для визначення ризикованості приватного партнера на етапі укладання договорів та під час реалізації проєкту. В тому ж числі сформульовано пропозиції з удосконалення механізму банкрутства в профільному законодавстві.

Зважаючи на ту обставину, що для розбудови української державності та відновлення інфраструктурних об'єктів, що постраждали внаслідок воєнних дій, а також закінчення проєктів, що вже були розпочаті, важливо сформувати систему законодавства таким чином, щоб вказані цілі та мета була досягнута.

Ключові слова: державно-приватне партнерство, банкрутство, державний партнер, приватний партнер, бізнес, держава, інвестиції, проєкт.

The paper touches upon the problematic aspects of bankruptcy of a private partner in a public-private partnership project (hereinafter - PPP), determining the features of the PPP procedure, the characteristics of PPP projects, as well as difficulties in their implementation in Ukraine and the world. Also, taking into account the experience of foreign countries, proposals have been made to improve Ukrainian legislation in order to avoid inconsistencies in the bankruptcy procedure.

In general, the legal basis for the regulation of public-private partnership in Ukraine is the Law of Ukraine «On Public-Private Partnership» of 01.07.2010. It defines that PPP is cooperation between the state, ... and legal entities. The law also stipulates that all investments that comply with the principles of PPP are made only on the basis of this law. And in article. 4 it provides an exclusive list of areas in which PPP can be implemented.

Detailed attention is paid to the role of the private partner in PPP projects. In particular, it was concluded that PPP is a special form of cooperation between the state and private business, which in most cases means investing in a long-term project with risks on a private partner. The peculiarities of PPP contractual regulation and problematic issues in case of impossibility of fulfillment of obligations by public and / or private partners are also analyzed.

Based on the analysis of national legislation and foreign law, contradictory and problematic issues of PPP projects were identified, including those related to private partner bankruptcy, and measures were proposed, namely: to introduce positive foreign experience into Ukrainian legislation on measures to determine private risk partner at the stage of concluding contracts and during the project implementation. In the same way proposals on improvement of the mechanism of bankruptcy in the profile legislation are formulated.

Given the fact that for the development of Ukrainian statehood and the restoration of infrastructure damaged by hostilities, as well as the completion of projects that have already begun, it is important to form a system of legislation so that these goals and objectives are achieved.

Key words: public-private partnership, bankruptcy, public partner, private partner, business, state, investments, project.

Механізм ДПП є відносно новим інструментом стимулювання економічного розвитку, серед країн, що розвиваються. Вважається, що даний механізм взаємодії держави та бізнесу може забезпечити підвищення ефективності управління, впровадження інноваційних рішень, залучення інвестицій та розподілити ризики між партнерами. Та в сучасних умовах економічної невизначеності, воєнного стану та нестабільності, непоодинокими є випадки банкрутства приватного партнера в проєкті ДПП.

Особливості цієї процедури, а також проблемні аспекти даної процедури розглянемо далі.

Світова практика реалізації проєктів ДПП передбачає взаємодію центральних чи місцевих органів влади та приватного сектора, що ґрунтується на довгостроковій угоді щодо постачання послуг, які традиційно надавались державними або комунальними підприємствами. Аналіз наукових праць вказує на те, що існує низка моделей контрактів ДПП між державним і приватним секторами в проєктах ДПП [Карий, Процак, Мавріна, 2015]. Серед них можна виділити:

Назва	Суть
BBO (Buy – Build – Operate) “Придбання – будівництво – експлуатація”	передача державного майна приватній або квазідержавній структурі на умовах контракту, за умовами якого майно повинне бути модернізовано і експлуатуватися певний період часу. Державний контроль здійснюється протягом дії контракту про передачу майна;
BOO (Build – Own – Operate) – “Будівництво – володіння – експлуатація”	приватний сектор фінансує, будує, володіє і експлуатує споруду або надає послугу на основі довічного володіння чи оренди. Державні обмеження встановлюються в оригінальній угоді і за допомогою функціонування постійного регулюючого органу;
BOOT (Build – Own – Operate – Transfer) – “Будівництво – володіння – експлуатація – передача”	приватна структура одержує дозвіл на будівництво за власний кошт і експлуатацію споруди (а також на стягування плати за її використання) на певний період, після закінчення якого право власності повертається державі;
BOT (Build – Operate – Transfer) – “Будівництво – експлуатація – передача”	контракти, розроблені для великих інвестиційних проєктів з нового будівництва або реконструкції. Відповідальність за інвестиції та отримання прибутку лежить на приватному інвесторі;
BLOT (Build – Lease – Operate – Transfer) – “Будівництво – оренда – експлуатація – передача”	приватна компанія одержує право на фінансування, проєктування, будівництво і експлуатацію орендованої споруди (а також і стягування платні із споживачів послуги) на період оренди, вносячи рентну платню;
DBOT (Design – Build – Operate – Transfer) – “Проєктування – будівництво – управління – передача”	перевага цього підходу полягає в тому, що він містить у собі відповідальність приватного сектора щодо виконання одразу декількох функцій: проєктування, будівництво та утримання об’єкта;
ROT (Reconstruct – Operate – Transfer) – “Відновлення – управління – передача”	цей тип є схожим на розглянутий вище. Відмінність полягає в тому, що приватна сторона приймає в управління вже наявний об’єкт і в її обов’язки входить його відновити;
DBFO (Design – Build – Finance – Operate) – “Проєктування – будівництво – фінансування – експлуатація”	приватний сектор проєктує, фінансує, будує і експлуатує нову споруду на основі і в період довгострокової оренди. Приватний сектор передає нову споруду державному сектору після закінчення оренди;
Finance Only – “Участь у фінансуванні”	приватна структура фінансує проєкт напряму або за допомогою різних механізмів, таких, як довгострокова оренда або випуск цінних паперів (облігацій);
O&M (Operation & Maintenance Contract)	Контракт на експлуатацію і обслуговування: приватне підприємство відповідно до умов контракту експлуатує певний період часу майно, що належить державному сектору. Право власності на майно зберігається за державною структурою;
DB (Design – Build) – “Проєктування – будівництво”	приватний сектор проєктує і будує об’єкти інфраструктури на основі будівельного контракту негайної експлуатації для задоволення запитів державного сектора на послуги, які часто надаються по фіксованій ціні. Таким чином, ризик за перевитрату передається приватному сектору. На нашу думку, ці контракти також не належать до ДПП – це контракти на виконання державного замовлення;
Operation License – “Право на експлуатацію”	приватний оператор одержує право (ліцензію) на виробництво і надання суспільної послуги, як правило, на певний період. Така модель часто використовується в проєктах з інформаційних технологій;
Production Sharing Agreement – “Угоди про розподіл продукції”	як правило, держава доручає приватному інвестору на визначений строк проведення пошуку, розвідки та видобування корисних копалин на визначеній ділянці надр та ведення пов’язаних з угодою робіт, а інвестор зобов’язується виконати доручені роботи за власний рахунок і на свій ризик з наступною компенсацією витрат і отриманням плати (винагороди) у вигляді частини прибуткової продукції. [Карий, Процак, Мавріна, 2015]

Тож, можна констатувати, що ДПП є юридично оформленою у вигляді договору системою відносин між державним та приватним партнерами, при реалізації яких ресурси обох партнерів об’єднуються з відповідним розподілом ризиків, відповідальності та винагород між ними для взаємовигідної співпраці з реалізації суспільно-значущих проєктів на довгостроковій основі.

Одним із ризиків проєкту ДПП є банкрутство приватного партнера. Загалом, банкрутством є визнана господарським судом неспроможність боржника відновити свою платоспроможність за допомогою процедури санації та реструктуризації і погасити встановлені у порядку, визначеному Кодексом України з процедур банкрутства, грошові вимоги кредиторів інакше, ніж через застосування ліквідаційної процедури [Кодекс України з процедур банкрутства від 18.10.2018 №2597-VIII]. Серед основних причин банкрутства можна викремити: істотне порушення фінансової усталеності підприємства у випадку переви-

щення зобов’язань над активами; значна незбалансованість від’ємного і додатного грошових потоків; тривала неплатоспроможність підприємства, що викликана низькою ліквідністю його активів [Банкрутство підприємства та його наслідки: роз’яснює Мін’юст. 2021]. Незважаючи на те, що наказом Міністерства економічного розвитку і торгівлі України від 07.06.2016 №944 “Про затвердження Методичних рекомендацій щодо застосування Методики виявлення ризиків здійснення державно-приватного партнерства, їх оцінки та визначення форми управління ними” визначено керівні засади визначення ризикованості партнера, трапляються випадки, коли доволі складно передбачити можливість банкрутства приватного партнера [Про затвердження Методичних рекомендацій щодо застосування Методики виявлення ризиків здійснення державно-приватного партнерства, їх оцінки та визначення форми управління ними: Наказ Міністерства економічного розвитку і торгівлі України від 07.06.2016 №944].

На думку Бондарчука О. обґрунтованість вимог ініціюючого кредитора завжди є каменем спотикання у процедурах банкрутства, адже захист приватного інтересу полягає в максимальному задоволенні вимог кредиторів, відновленні платоспроможності боржника або його ліквідації та продажу його майна у ліквідаційній процедурі з метою погашення вимог кредиторів. При цьому в проєктах ДПП має місце державний (публічний інтерес), що є не менш важливим. Отже, однією з основних функцій господарського суду під час провадження у справі про банкрутство є дотримання балансу захисту публічного та приватного інтересів. Крім того, провадження у справах про банкрутство характеризується особливим процесуальним порядком розгляду справ, специфічністю цілей і завдань, особливим суб'єктним складом, тривалістю судового провадження, що істотно відрізняють це провадження від позовного. На господарській суд покладається обов'язок перевірити обґрунтованість вимог ініціюючого кредитора та з'ясувати наявність підстав для відкриття провадження у справі про банкрутство, що має здійснюватися судом незалежно від погодження боржником з заявленими вимогами чи, навпаки, пасивної процесуальної поведінки боржника у вигляді неподання відзиву на заяву про відкриття відповідного провадження. Головна мета цього — відвернення загрози визнання судом у справі про банкрутство фіктивної кредиторської заборгованості до боржника і відкриття на підставі такої заборгованості провадження у справі про банкрутство. Наведене порушує права кредиторів з обґрунтованими грошовими вимогами, а також права боржника у справі про банкрутство [Бондарчук О., 2021].

Хоча, законодавство динамічно розвивається задля заохочення проєктів ДПП та є ідея державної підтримки здійснення ДПП надається у формах державних гарантій та місцевих гарантій, фінансування за рахунок коштів державного чи місцевих бюджетів та інших джерел згідно із загальнодержавними та місцевими програмами, виплати приватному партнеру платежів, передбачених договором, укладеним у рамках ДПП тощо [Комзюк В., Сапура О.,

2021]. Та все ж, таких заходів недостатньо для збільшення привабливості проєктів ДПП для державного та приватного партнера та уникнення ризиків, які можливі в такій співпраці.

Такі науковці як Круглов В.В., Марчук В., Монастирський В., Струкова К., Шевченко, Б. О., Teng, Т. Л. проаналізували проблемні питання ДПП, в тому числі щодо ненадійності приватного партнера [Круглов В.В., 2018; Марчук В., 2021; Монастирський В., 2020; Струкова К., 2021; Шевченко Б. О., 2015; Teng, Т. Л., 2014]. Та все ж, вирішальне значення для залучення інвесторів до країни має належна законодавча база, яка забезпечує більшу визначеність та прозорість. Це означає, що багато в чому здійсненість планів визначатиме не тільки зовнішня кон'юнктура ринку, але й політична воля та стабільність в Україні. Адже банкрутство бізнесу залежить від ряду умов, серед яких стабільність економіки країни, передбачуваність та лояльність.

Завдяки проєктам ДПП держава розподіляє вагомі фінансові витрати на довгий період часу, зменшуючи навантаження на бюджет і як приємний бонус наприкінці терміну дії договору держава отримує у свою власність збудований об'єкт. Також одним із бонусів для держави є можливість вивести частину записочень з державного боргу і у такій спосіб покращити власні макрофінансові показники [Шпак Ю. Транш для Ескулапа: як і де бізнес може вкластися в охорону здоров'я. Сайт MIND. 2021]. Однак, в умовах невизначеності, фінансової кризи, знищення матеріально-технічної бази, банкрутство є очікуваною реакцією бізнесу на виклики, що є не під силу підприємцю.

Проведене дослідження дозволило зрозуміти особливості банкрутства приватного партнера в проєктах державно-приватного партнерства. Отже, реалізація проєктів ДПП – це показник зрілості законодавчої, фінансової та адміністративної систем держави. Узгодження інтересів всіх залучених до проєкту суб'єктів потребує фінансової та юридичної підготовки, довгого переговорного процесу та прозорих конкурсних процедур.

ЛІТЕРАТУРА

1. Кодекс України з процедур банкрутства від 18.10.2018 №2597-VIII. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2597-19#Text>
2. Про державно-приватне партнерство: Закон України від 01.07.2010 № 2404-VI. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2404-17#Text>
3. Про затвердження Методичних рекомендацій щодо застосування Методики виявлення ризиків здійснення державно-приватного партнерства, їх оцінки та визначення форми управління ними: Наказ Міністерства економічного розвитку і торгівлі України від 07.06.2016 №944. <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v0944731-16#Text>
4. Банкрутство підприємства та його наслідки: роз'яснює Мін'юст. 2021. Сайт Дебет-кредит. <https://news.dtk.ua/state/other/72239>
5. Бондарчук О. Регулятор балансу інтересів або про роль суду у банкрутстві. Юридична газета. Вип. 24 (754). 2021. <https://yur-gazeta.com/publications/practice/bankrutstvo-i-restrukturizaciya/regulyator-balansu-interesiv-abo-pro-rol-sudu-u-bankrutstvi.html>
6. Карий О.І., Процак К.В., Мавріна А.О. Проєкти державно-приватного партнерства: ключові проблеми практичної реалізації. Економічний аналіз: збірник наукових праць. Том 20 (2015). 2015. С. 35-44. <https://www.econa.org.ua/index.php/econa/article/view/788/570>
7. Комзюк В., Сапура О. Законопроект № 5090, прийнятий Верховною Радою України в першому читанні 20 травня 2021 року. Сайт ЮРЛІГА. 2021. https://jurliga.ligazakon.net/analitics/207232_udoskonalennya-pravovogo-regulyuvannya-derzhavno-pdtrimki-dpp-ta-kontses-yuridichnij-analiz-zakonoproktu--5090
8. Круглов В.В. Ризики проєктів державно-приватного партнерства. Вчені записки ТНУ імені В.І. Вернадського. Серія: державне управління. Том 29 (68). Вип. 2. 2018. С. 87-91. http://www.pubadm.vernadskyjournals.in.ua/journals/2018/2_2018/17.pdf
9. Марчук В. ДПП в інфраструктурі: чи варто очікувати зміни на краще? Сайт KPMG. 2021. <https://home.kpmg/ua/uk/home/media/press-releases/2021/05/dpp-v-infrastrukturi.html>
10. Монастирський В. Концесія: всі «за» і «проти» державно-приватного партнерства. Економічна правда. 2020. <https://www.epravda.com.ua/publications/2020/03/5/657701/>
11. Струкова К. Ми тепер партнери? Чи варто чекати синергії між державою та бізнесом. Юридична газета. Вип. 15 (745). 2021. <https://yur-gazeta.com/dumka-eksperta/mi-teper-partneri-chi-var-to-chekati-sinergiyi-mizh-derzhavoyu-ta-biznesom.html>
12. Шевченко, Б. О. Відносини партнерства в контексті трансформаційних змін державного управління в умовах глобалізації. Технологічний аудит та резерви виробництва. 2015. № 1/7(21). С. 12-17.
13. Шпак Ю. Транш для Ескулапа: як і де бізнес може вкластися в охорону здоров'я. Сайт MIND. 2021. <https://mind.ua/publications/20224759-transh-dlya-eskulapa-yak-i-de-biznes-mozhe-vklastisya-v-ohoronu-zdorovya>
14. Teng, T. L. Analysis of the Formation Path of the Residual Value Risk in Public Private Partnership Projects Based on SEM Method / Teng T. L., Yuan J. F., Li Q. M. // Advanced Materials Research. 2014. Vols 1079- 1080. P. 1126-1130.