

УДК 346.544

DOI <https://doi.org/10.24144/2307-3322.2024.83.1.49>

ПРАВОВИЙ ДЬЮ ДІЛІДЖЕНС ЯК ПРОЦЕДУРА, НЕОБХІДНА ДЛЯ СТВОРЕННІ ВІРТУАЛЬНОГО ПІДПРИЄМСТВА

Осінська О.А.,
*аспірантка Державної установи
«Інститут економіко-правових досліджень
імені В.К. Макутова
Національної академії наук України»
ORCID: 0009-0005-3783-904X
e-mail: helena2300@gmail.com*

Осінська О.А. Правовий дью ділідженс як процедура, необхідна для створення віртуального підприємства.

Стаття присвячена розкриттю правового дью ділідженс як системи управління підприємницьким ризиком при створенні віртуального підприємства. Визначення повної картини щодо контрагента віртуального підприємства є необхідним з огляду на важливість дотримання вимог, що покладаються нормативно-правовими актами України, прийнятими у зв'язку з широкомасштабним військовим вторгненням, а також вимогами ЄС щодо протидії тероризму, незаконному обороту наркотичних засобів. Проведене дослідження дозволило дійти висновків про те, що due diligence є системною перевіркою суб'єкта господарювання або певних активів, об'єктів нерухомості на основі фахового аналізу та оцінки інформації з метою виявлення та визначення ступеню потенційних ризиків для прийняття рішення про доцільність укладення відповідного договору та визначення його істотних умов. Одним із видів такої перевірки є правовий due diligence який полягає у юридичній перевірці законності діяльності компанії або правомочності щодо певного активу у протилежної сторони. Особливо важливим є його проведення при створенні віртуального підприємства, оскільки це дозволяє встановлювати особу майбутнього контрагента-учасника віртуального підприємства і в свою чергу уникати ризику встановлення договірних зв'язків з неналежним контрагентом. Етапами проведення правового due diligence є наступні: а) складання плану проведення перевірки з визначенням необхідної інформації та порядку її отримання; б) отримання інформації, необхідної для проведення правового аналізу; в) правовий аналіз та перевірка отриманої інформації з формулюванням висновків про можливість створення віртуального підприємства; г) формалізація отриманих результатів у вигляді письмового звіту. Правовою основою для проведення цього виду перевірки можуть бути договір надання консалтингових або юридичних послуг, а також договір між підприємством щодо якого відбувається правовий due diligence та підприємством, яке його замовляє.

Ключові слова: цифровізація, віртуальне підприємство, правовий дью ділідженс, господарський договір.

Osinska O.A. Legal due diligence as a procedure necessary for creating a virtual enterprise.

The article is devoted to the disclosure of legal due diligence as a system of business risk management when creating a virtual enterprise. Determining the full picture regarding the counterparty of the virtual enterprise is necessary in view of the importance of compliance with the requirements imposed by the regulatory and legal acts of Ukraine, adopted in connection with the large-scale military invasion, as well as the requirements of the EU regarding countering terrorism, illegal drug trafficking. The conducted research made it possible to come to the conclusion that due diligence is a systematic check of a business entity or certain assets, real estate objects based on professional analysis and assessment of information in order to identify and determine the degree of potential risks in order to make a decision on the feasibility of concluding the relevant contract and definition of its essential conditions. One of the types of such verification is legal due diligence, which consists in a legal verification of the legality

of the company's activities or the right to a certain asset of the opposite party. It is especially important to conduct it when creating a virtual enterprise, as it allows you to establish the identity of the future counterparty-participant of the virtual enterprise and, in turn, avoid the risk of establishing contractual relations with an improper counterparty. The stages of conducting legal due diligence are as follows: a) drawing up a plan for conducting an inspection with the definition of the necessary information and the procedure for obtaining it; b) obtaining information necessary for legal analysis; c) legal analysis and verification of the received information with the formulation of conclusions about the possibility of creating a virtual enterprise; d) formalization of the obtained results in the form of a written report. The legal basis for conducting this type of inspection can be a contract for the provision of consulting or legal services, as well as a contract between the company in respect of which legal due diligence is performed and the company that orders it.

Key words: digitalization, virtual enterprise, legal due diligence, business contract.

Постановка проблеми. Сталій розвиток будь-якого підприємства в сучасних мінливих умовах є можливим при запровадженні ефективної системи ризик-менеджменту, що дозволяє істотно знижувати або навіть і повністю усувати наслідки дії негативних факторів. Вивчення особи контрагента є одним із таких напрямів, адже на етапі, що передує встановленню договірних зв'язків важливо усунути всі невизначеності та розуміти наскільки «проблемним» або взаємовигідними можуть бути у майбутній перспективі ділові стосунки з ним. Особливо важливим це є для віртуального підприємства з огляду на те, що у цифровому середовищі значно складніше визначати реальну особистість сторони договору. З іншого боку цифровізація створює і додаткові можливості для збору інформації про будь-яку особу.

Вирішення питання визначення повної картини щодо контрагента можливе із застосуванням у господарських відносинах такого інструменту як дью ділідженс. На практиці правовий дью ділідженс у нашій країні доволі давно використовується сумлінними суб'єктами господарювання для реалізації принципу належної обачності, що набув свого поширеного використання внаслідок впливу міжнародних компаній, які здійснювали діяльність в Україні.

Також вітчизняним компаніям необхідно враховувати і тенденції розвитку у напрямку забезпечення прозорості договірних зв'язків, що відбуваються у ЄС. Наприклад, наразі прийнято проект Директиви про належну обачність (дью ділідженс) щодо корпоративної сталості (Proposal for the Directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937 COM/2022/71 final)). Як слушно вказує В.В. Поєдинок перед Україною «постане питання про імплементацію цієї Директиви, що створить нові виклики в площині комплаєнсу як внутрішнього процесу компаній, спрямованого на забезпечення дотримання існуючих правил та вимог, що, у свою чергу, актуалізує роль і зовнішнього консалтингу» [1, с. 43].

Окремим викликом для вітчизняних суб'єктів господарювання стала необхідність запровадження додаткового контролю щодо контрагентів з метою дотримання вимог, що покладаються нормативно-правовими актами України, прийнятими у зв'язку з широкомасштабним військовим вторгненням, яке відбулось 24.02.2022 року.

Проте в сучасних умовах вітчизняне законодавство не проводить регулювання категорії дью ділідженс: відсутні вимоги щодо порядку проведення такої перевірки, оформлення її результатів, законодавцем не дається поняття дью ділідженс. Відтак його запровадження у практику українських компаній можливе на основі локальних актів та із застосуванням господарського договору.

Тому теоретичне визначення напрямів використання дью ділідженс та його правового забезпечення при створенні віртуального підприємства є важливим як з теоретичних, так і з практичних міркувань.

Стан опрацювання проблеми. Питання функціонування віртуальних підприємств розкрили у своїх працях вітчизняні науковці: О.М. Вінник, О.С. Орлова, Б.С. Тетерятник, О.В. Шаповалова.

Проблеми дью ділідженс досліджено вітчизняними вченими економістами. Проте Л.О. Волощук, І.М. Гноєва, Л.В. Гуцаленко, Д.В. Драгомир, А.О. Касич, В.В. Керімов, Б.В. Мельничук, С.В. Сирцева, О.Р. Форошевська розглядають його як різновид аудиторських послуг. Як інструмент управління, який дозволяє визначити фінансове становище підприємства показали його властивості І.М. Назаренко та А.І. Орехова. Н.Є. Сілічева дослідила напрями розвитку дью ділідженс в Україні, а відмінність дью ділідженс та юридичного аудиту розкрив І.М. Ткачук.

Проте особливостям застосування правового дью ділідженс як необхідного етапу створення віртуального підприємства, що дозволяє істотно знизити ризиковість в працях вітчизняних науковців достатньої уваги не приділялось.

Метою статті є визначення можливостей правового дью ділідженс як системи контролю, необхідної для уникнення невизначеності щодо особи майбутнього учасника, а також доцільних етапів його проведення, яка має забезпечити ефективне управління ризиком на етапі створення віртуального підприємства.

Виклад основного матеріалу. Ризик є загальною соціальною категорією, яка характеризується невизначеністю, імовірністю та вірогідністю наслідків в умовах альтернативних варіантів вибору. Наслідком цього вибору є можливість отримання негативного, нульового або позитивного результату. В умовах ринкової економіки ризик є необхідною складовою соціальної діяльності. Виходячи з визначення підприємницької діяльності, що наводиться у ст. 42 ГК України, ризик є іманентною ознакою підприємництва. Його існування обумовлено впливом сукупності зовнішніх та внутрішніх факторів.

У юридичній науковій літературі сформовано три основних позиції щодо категорії ризик у праві. Перший погляд полягає у тому, що ризик – це те, що існує поза свідомістю людини, те, на що вона не впливає. Прихильники другого підходу розглядають ризик як суб'єктивну категорію, що полягає у психічному ставленні суб'єкта до наслідків. Третій поєднує ці дві позиції і виходить з того, що він є об'єктивно-суб'єктивною категорією. Бачиться більш точною позиція третьої групи вчених, адже хоча ризик існує об'єктивно, але «усвідомлення факторів ризику, визначення ступеню ймовірності та рівня ризику, передбачення можливих результатів своєї діяльності проявляється у вольовому акті, який і є результатом вибору певного варіанту поведінки» [2, с. 161]. Тобто тільки за такого підходу можна створювати систему управління підприємницьким ризиком. «Успішне підприємство повинно бути готовим до всіх видів ризиків, мати надійну систему їх виявлення, вимірювання, методик оцінки, передбачення та вибору відповідних заходів у відповідь» [3, с. 45].

Варто зазначити, що ст. 44 ГК України як один із принципів підприємництва окреслює принцип комерційного розрахунку та власного комерційний ризику. Не важко побачити – законодавцем у цій нормі для підприємництва поєднано не просто ризик як такий, але і необхідність управління ним, адже одним із проявів комерційного розрахунку є вивчення ризикових обставин.

Відносини з партнерами, на справедливу думку О.А. Вишневської, є одним із зовнішніх факторів прямої дії, що впливають на ступінь підприємницького ризику [4, с. 234]. Тому його також необхідно враховувати при створенні підприємством системи управління підприємницьким ризиком.

Віртуальне підприємство є «сучасним способом організації бізнес-процесів на основі цифрових технологій, що поєднує різні структури у певну гнучку горизонтальну інтегровану систему» [5, с. 205]. Тобто воно може розглядатись і як цифрова господарська система, що утворюється на основі господарського договору. Віртуальне підприємство діє у цифровому просторі, а його учасники є віртуалізованими суб'єктами господарювання. Це обумовлює таку ризиковість господарської діяльності у цифровому просторі як складність ідентифікації та визначення особи суб'єкта господарювання. Тому для віртуального підприємства особливо важливим є усунення невизначеності щодо особи його учасників при встановленні відносин з партнерами на етапі його створення. В умовах відсутності законодавчого закріплення такої організаційної структури ризик дії фактору невизначеності відносин з партнерами ще більше підвищується з огляду на те, що виникнення та реалізація взаємовідносин учасників віртуального підприємства буде спиратись виключно на господарський договір. Всі партнери мають чітко усвідомити чи не будуть породжені таким договором бажані правові наслідки в результаті його укладення з проблемним суб'єктом господарювання.

Отже, така група ризику на етапі створення щодо особи контрагента може полягати у нормативно-правових обмеженнях встановлення договірних зв'язків у зв'язку з військовою агресією, яка розпочалась 24.02.2022 року тощо.

Так, ч. 2 ст. 13 Закону України «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України» від 15.04.2014 № 1207-VII встановлює, що здійснення господарської діяльності юридичними особами, фізичними особами-підприємцями, місцезнаходженням (місцем проживання) яких є тимчасово окупована територія, дозволяється виключно

після зміни їхньої податкової адреси на іншу територію України. Правочин, стороною якого є суб'єкт господарювання, місцезнаходженням (місцем проживання) якого є тимчасово окупована територія, є нікчемним. На такі правочини не поширюється дія положення абзацу другої частини другої статті 215 Цивільного кодексу України [6].

На рівні підзаконного акту встановлено мораторій (заборону) на виконання грошових та інших зобов'язань, кредиторами (стягувачами) за якими є зокрема і такі іноземні суб'єкти як юридичні особи, кінцевим бенефіціарним власником, членом або учасником (акціонером), що має частку в статутному капіталі 10 і більше відсотків, яких є країна-агресор або її громадянин, крім того, що проживає на території України на законних підставах, або юридична особа, створена та зареєстрована відповідно до законодавства Російської Федерації, – у випадку виконання зобов'язань перед ними за рахунок коштів, передбачених у державному бюджеті. (Постанова Кабінету Міністрів України № 187 від 03 березня 2022 року «Про забезпечення захисту національних інтересів за майбутніми позовами держави Україна у зв'язку з військовою агресією Російської Федерації») [7].

НАЗК визначає компанії, які є міжнародними спонсорами війни у тому сенсі, що вони продовжують економічну співпрацю з країною-агресором і таким чином допомагають опосередковано фінансувати війну в Україні [8].

Також необхідно враховувати і сучасні тенденції розвитку європейського нормативно-правового регулювання у цьому напрямку. Наприклад у ЄС діє Директива Європейського Парламенту і Ради (ЄС) 2018/843 від 30 травня 2018 року про внесення змін до Директиви (ЄС) 2015/849 про запобігання використанню фінансової системи для цілей відмивання грошей або фінансування тероризму та про внесення змін до директив 2009/138/ЄС і 2013/36/ЄС, якою підвищено вимоги до прозорості бізнесу з метою запобігання фінансуванню міжнародного тероризму та відмиванню грошей. Вона спрямована на підвищення вимог прозорості, ідентифікації та перевірки благонадійності клієнтів банків щодо кінцевого бенефіціара.

Системою управління ризиком, яка на етапі створення віртуального підприємства дозволяє встановлювати особу майбутнього контрагента-учасника віртуального підприємства є правовий *due diligence*.

Українською *due diligence* може перекладатися як «належна перевірка» або як «належна обачність». Виникнення цього терміну пов'язують з Законом США про цінні папери 1993 року. У 1977 році ряд провідних швейцарських банків підписали угоду про проведення належної перевірки клієнтів (The Swiss Bank Due Diligence Agreement), яка оновлюється приблизно кожні п'ять років. Цією угодою були уніфіковані вимоги до порядку збору даних відносно клієнтів банків з метою зниження ризиковості співпраці з ними. Тобто започаткування сучасної системи дью ділідженс було пов'язано саме з необхідністю усунення ризику співпраці з ненадійним, «проблемним» контрагентом.

В сучасних умовах *due diligence* є системною перевіркою суб'єкта господарювання або певних активів, об'єктів нерухомості на основі фахового аналізу та оцінки інформації з метою виявлення та визначення ступеню потенційних ризиків для прийняття рішення про доцільність укладення відповідного договору та визначення його істотних умов. Ризики можуть мати політичний, правовий, бухгалтерський, маркетинговий, податковий, екологічний, інформаційний характер. Відтак і види *due diligence* можуть визначатись відповідно до певного виду ризику за об'єктом перевірки для запобігання якому вона проводиться.

Одним з видів такої перевірки є правовий *due diligence*. Він полягає у юридичній перевірці законності діяльності компанії або правомочності щодо певного активу у протилежної сторони. Варто зазначити, що навіть за умови проведення повної комплексної перевірки базою і початковим етапом є саме правовий *due diligence*.

Напрямами правового дью ділідженс є з'ясування інформації щодо осіб засновників та кінцевих бенефіціарів, керівників підприємства (в тому числі наявність відкритих адміністративних або кримінальних проваджень щодо них, наявність поданих щодо цих фізичних осіб позовів, стягнень); перевірка засновницьких документів (статут, засновницький договір); стан формування статутного капіталу, структури власності та правове становище основних активів, наявність їх арештів та інших обтяжень; стан судових справ щодо підприємства; наявність дозвільних документів (ліцензії, сертифікати); стан виконання договірних зобов'язань; стан активів; стан дотримання вимог трудового, антимонопольного та конкурентного законодавства. Окремим важливим

напрямом є необхідність перевірки чистоти інтелектуальної власності компанії (свідоцтва, патенти, ліцензії).

Проведення правового due diligence відбувається у декілька етапів. На першому етапі необхідно скласти план проведення такої перевірки. Він має поєднувати напрями, питання та строки проведення перевірки, а також необхідні документи для цієї перевірки та шляхи їх отримання.

Другий крок – отримання інформації для аналізу. Її можна отримувати з двох основних джерел: відкриті джерела та безпосередньо підприємство щодо якого відбувається процедура due diligence. Та частина інформації, що має надаватись підприємством, яке буде перевірятись може супроводжуватись передачею відповідних підтверджуючих документів або їх копій. Також важливим методом отримання інформації для проведення аналізу є співбесіда з керівним складом та працівниками підприємства, щодо якого проводиться правовий due diligence з метою отримання пояснень щодо наданих документів.

Цифровізація суспільних відносин, що відбувається внаслідок цілеспрямованої та послідовної державної політики у цій царині створює додаткові можливості для легального отримання інформації щодо суб'єктів господарювання з відкритих електронних баз даних. Наприклад, в нашій країні діють такі електронні загальнодоступні реєстри: єдиний реєстр боржників; автоматизована система виконавчого провадження. В обох вищевказаних реєстрах можна отримати інформацію з приводу наявного стану виконавчих проваджень щодо суб'єкта господарювання та фізичних осіб бенефіціарів, засновників, керівників підприємства. На електронному ресурсі судова влада України міститься інформація про наявні судові справи, сторони в справах, суддів, предмет позову, дату відкриття провадження, дату судового засідання. Оприлюднені рішення по судовим справам можна побачити у Єдиному державному реєстрі судових рішень. В умовах, коли публічний доступ до Єдиного державного реєстру юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань закритий інформацію про юридичних осіб (місце реєстрації, КВЕД, дата реєстрації, розмір статутного капіталу, інформація про учасників та кінцевих бенефіціарів тощо) можна визначати на сайтах Опендатабот та YouControl.

Третій етап – правовий аналіз та перевірка отриманої інформації на основі чого визначаються питання відсутності або наявності ризиковості, відбувається визначення її ступеню, можливі заходи для зниження дії негативних факторів та зміст істотних умов залежно від отриманих результатів.

Завершальним етапом процедури правового due diligence є формалізація отриманих результатів у вигляді письмового звіту, який складається у довільній формі та презентація його замовнику. Після чого має складатися акт про надані консалтингові послуги з проведення правового due diligence .

Проведення правового due diligence може відбуватись з залученням: працівників заінтересованого суб'єкту господарювання; зовнішніх фахівців; з їх поєднанням. У випадку доручення проведення процедури правового due diligence стороннім фахівцям має укладатись господарський договір про надання консалтингових або юридичних послуг. Істотними умовами договору, які сторони мають визначити бачаться такі: предмет, обсяг, строки перевірки, умови надання інформації, необхідної для проведення правового аналізу, формалізація результатів правового due diligence, умови передачі результатів, вартість та порядок оплати наданих послуг, а також умови збереження у таємниці інформації, отриманої у зв'язку із виконанням цього договору.

Також важливим договором при проведенні правового due diligence є господарський договір між підприємством щодо якого відбувається така перевірка та підприємством, яке замовляє таку процедуру.

Висновки. Проведене дослідження свідчить, що due diligence є системною перевіркою суб'єкта господарювання або певних активів, об'єктів нерухомості на основі фахового аналізу та оцінки інформації з метою виявлення та визначення ступеню потенційних ризиків для прийняття рішення про доцільність укладення відповідного договору та визначення його істотних умов.

Одним із видів такої перевірки є правовий due diligence який полягає у юридичній перевірці законності діяльності компанії або правомочності щодо певного активу у протилежній сторони. Особливо важливим є його проведення при створенні віртуального підприємства, оскільки це дозволяє встановлювати особу майбутнього контрагента-учасника віртуального підприємства і в свою чергу уникати ризику встановлення договірних зв'язків з неналежним контрагентом.

Етапами проведення правового due diligence є наступні: а) складання плану проведення перевірки з визначенням необхідної інформації та порядку її отримання; б) отримання інформації, необхідної для проведення правового аналізу; в) правовий аналіз та перевірка отриманої інформації з формулюванням висновків про можливість створення віртуального підприємства; г) формалізація отриманих результатів у вигляді письмового звіту.

Правовою основою для проведення цього виду перевірки можуть бути договір надання консалтингових або юридичних послуг, а також договір між підприємством щодо якого відбувається правовий due diligence та підприємством, яке його замовляє.

Перспективним напрямом подальших досліджень є визначення співвідношення системи комплаєнсу та правового due diligence для віртуального підприємства.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Поєдинок В.В. Корпоративна сталість: новий прядок денний для комплаєнсу й консалтингу. *Вчені записки ТНУ імені В.І. Вернадського. Серія: юридичні науки*. Том 34 (73). № 1. 2023. С. 42–47.
2. Великанова М.М. Ризик у правовій доктрині: підходи до визначення сутності. Проблеми цивільного права та процесу. Харків. 2017. С. 159–162.
3. Семенова С.М. Класифікація ризиків: систематизований підхід з метою управління. *Вісник Хмельницького національного університету*. 2020. № 4. Том 2. С. 42–51.
4. Вишнеvsька О.А. Підприємницький ризик в управлінні конкурентоспроможністю підприємництвом. *Економіка і суспільство*. № 7. 2016. С. 232–237.
5. Олюха В.Г., Осінська О.А. Господарсько-правові аспекти участі віртуальних підприємств у зовнішньоекономічній діяльності. *Юридичний науковий електронний журнал*. № 1. 2024. С. 202–205.
6. Закон України «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України» від 15.04.2014 № 1207-VII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1207-18#Text>.
7. Постанова Кабінету Міністрів України № 187 від 03 березня 2022 року «Про забезпечення захисту національних інтересів за майбутніми позовами держави Україна у зв'язку з військовою агресією Російської Федерації». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/187-2022-%D0%BF#Text>.
8. НАЗК. Міжнародні спонсори війни. URL: <https://sanctions.nazk.gov.ua/boycott/>.