

Written by ОСТРИНСЬКИЙ ВЛАДИСЛАВ ОЛЕГОВИЧ, аспірант кафедри господарського права та процесу ННІ права Університету Державної фіскальної служби України (м.Ірпінь)
Thursday, 03 October 2019 09:05

Актуальність проблеми пов'язана з тим, що одним із нововведень, яке набуває поширення в сфері будівництва об'єктів, які виробляють електроенергію з відновлювальних джерел (далі – ВДЕ) за концепцією ЕРС (від англ. Engineering, Procurement and Construction) є розділення контракту на «офшорну» (offshore) та «оншорну» (onshore) частину, що призводить до укладення двох взаємопов'язаних договорів на виробництво, поставку та установку/будівництво об'єкту ВДЕ. Як наслідок, взаємозв'язки між положеннями стандартного ЕРС-контракту можуть бути викривлені, що спричинить негативні наслідки під час його виконання. Метою дослідження є аналіз правових наслідків «розділення» ЕРС-контракту. На жаль, станом на сьогодні, жоден з вітчизняних дослідників не приділяв уваги дослідженню правової природи ЕРС-контрактів або проблематиці їх укладення та виконання.

Першочерговою причиною «розділення» ЕРС-контракту є можливість уникнення сплати податків або отримання відповідних дозвільних документів, пов'язаних з виготовленням та поставкою обладнання в країну, де проект має бути реалізовано, включаючи податок на додану вартість, податок на прибуток чи податок на трансферт технологій, отримання місцевих ліцензій на виготовлення обладнання тощо.

У зв'язку із відсутністю необхідних технологій в Україні, більшість ЕРС-контрактів, які укладаються в сфері ВДЕ є зовнішньоекономічними з наявним іноземним елементом. У контексті цього, слід звернути увагу на положення Закону України «Про міжнародне приватне право» [1], стаття 5 якого, передбачає наявність автономії волі у сторін правочину, що надає їм змогу здійснювати вибір права, яке буде застосовуватись до правочину або окремих його частин. Також, частина 4 статті 5 вищеназваного Закону України містить вказівку на те, що вибір права щодо окремих частин правочину повинен бути явно вираженим.

Таким чином, сторони, укладаючи ЕРС-контракт, можуть не лише розділити його на «офшорну» (offshore) та «оншорну» (onshore) частину, але й вибрати яке право застосовувати до правочину в цілому, або ж до окремих його частин, що без сумніву може призвести до виникнення колізій.

До найбільш поширених проблем, які виникають при розділенні ЕРС-контракту на «офшорну» (offshore) та «оншорну» (onshore) частину слід віднести [2]:

1. Невизначеність специфікації. Кінцевою метою ЕРС-контракту є будівництво певного об'єкту «під ключ» одним єдиним генеральним підрядником (ЕРС-підрядник), який відповідає за строки та якість будівництва лише перед замовником. Відповідно, досить часто при укладенні подібних правочинів, ЕРС-підрядник не до кінця розуміє повний об'єм робіт та кількість обладнання, яке буде необхідне для реалізації проекту. Наприклад, після укладення контракту, а найчастіше це відбувається під час його виконання, виявляється, що поблизу будівельного майданчика відсутні бетонні заводи, які б змогли забезпечити потреби будівництва відповідною маркою бетону (М500 або М600, який використовують для спорудження фундаментів під вітроелектроустановки), що призводить до збільшення ціни договору або ж зміщення строків. Досвідчені ЕРС-підрядники завжди враховують подібні речі ще на етапі переговорів і відразу ж закладають витрати в ціну контракту, але це не позбавляє необхідності змінювати специфікацію до договору, а якщо ЕРС-контракт розділений, то і щодо двох договорів. На практиці, подібні особливості реалізації проектів в сфері ВДЕ неодмінно призводять до потреби в підписанні низки додаткових угод до «офшорних» та «оншорних» договорів або лише до «оншорних», якщо виготовлення та поставка обладнання за «офшорним»

Written by ОСТРИНСЬКИЙ ВЛАДИСЛАВ ОЛЕГОВИЧ, аспірант кафедри господарського права та процесу ННІ права Університету Державної фіскальної служби України (м.Ірпінь)
Thursday, 03 October 2019 09:05

договором вже була здійснена. Також, розмитнення обладнання при відсутності специфікації з вказаними цінами, кількістю найменувань та країною походження в договорі буде неможливою. Подібні проблеми в розділених ЕРС-контрактах також можна вирішити уклавши так звану «рамкову угоду» (від англ. umbrella agreement), про яку ми розповімо згодом.

2. Проблеми з термінами виконання. Затримка у виконанні «офшорного» (offshore) договору неодмінно призведе до затримки у виконанні «оншорного» (onshore), врахування подібного «ефекту доміно» є важливим при виконанні ЕРС-контракту, адже нарахування договірних санкцій замовником буде мати місце саме після початку невиконання ЕРС-підрядником календарного плану реалізації проекту. Такі порушення строків можуть призвести до того, що договірні санкції будуть нараховуватись замовником за двома (offshore- та onshore-) контрактами одночасно. Для уникнення подібних наслідків розділення ЕРС-контракту, необхідно передбачити положення, які б встановлювали механізм нарахування санкцій лише за одним з договорів.

3. Колізії при застосуванні правових норм різних юрисдикцій. Як ми вже зазначали, сторони при укладенні ЕРС-контракту з іноземним елементом уповноважені самостійно здійснювати вибір права, який буде застосовуватись до правочину або окремих його частин. Відповідно, необізнаність в праві держави, на території якої здійснюється будівництво об'єкта, в нашому випадку – законодавства України, може призвести до виникнення низки позадоговірних та попередньо неузгоджених зобов'язань. Наприклад, відповідно до Порядку виконання підготовчих та будівельних робіт [3], влаштування огороження будівельного майданчика є необхідною складовою підготовчих будівельних робіт, але подібного зобов'язання в ЕРС-контракті може і не передбачатись. У такому разі, відсутність огороження може призвести до відмови у видачі чи анулюванні (скасуванні) документів, що дають право на виконання підготовчих та будівельних робіт. На практиці подібні питання є проблемними при будівництві великих сонячних електростанцій, які можуть займати десятки гектарів, а встановлення огороження навколо будівельного майданчика призведе до збільшення кошторису проекту на мільйони гривень і, як наслідок, ЕРС-підрядник апелюватиме до відсутності подібних зобов'язань в тексті договору, а замовник не зможе зареєструвати Повідомлення про початок виконання підготовчих робіт/ про зміну даних у повідомленні про початок виконання підготовчих робіт.

4. Інше. Недзеркальність положень «офшорного» та «оншорного» договору щодо: обмеження відповідальності сторін, форс-мажору, припинення/ призупинення дії договору тощо.

Усі перелічені вище проблеми при розділенні ЕРС-контракту на «офшорну» (offshore) та «оншорну» (onshore) частину можуть бути нівельовані за допомогою рамкової угоди (від англ. umbrella agreement), яка буде передбачати загальні для всіх частин ЕРС-контракту умови, зокрема, але не виключно, положення щодо:

- гарантій сторін та відшкодування збитків;
- штрафних санкцій та порядку їх нарахування;
- гарантійних зобов'язань материнських компаній;
-

Written by ОСТРИНСЬКИЙ ВЛАДИСЛАВ ОЛЕГОВИЧ, аспірант кафедри господарського права та процесу ННІ права Університету Державної фіскальної служби України (м.Ірпінь)
Thursday, 03 October 2019 09:05

порядку вирішення спорів та арбітраж.

Аналізуючи все вищесказане, слід зауважити, що розділенні ЕРС-контракту на «офшорну» (offshore) та «оншорну» (onshore) частину, як правило, зумовлюється комерційними міркуваннями і не має жодного правового підґрунтя, що, як наслідок, зумовлює виникнення низки правових питань, які потребують врегулювання в договірному порядку. Також, слід пам'ятати, що досвідчені юристи-практики можуть перетворити недоліки, які виникають при розділенні ЕРС-контрактів, на переваги для тієї чи іншої сторони договору.

Список використаних джерел: 1. Про міжнародне приватне право: Закон від 23.06.2005 № 2709-IV // База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2709-15> (дата звернення: 30.09.2019).
2. Splitting an EPC Contract: International Best Legal Practice in Project and Construction Agreements // Investing in Infrastructure. 2016. URL: <https://www.pwc.com.au/legal/assets/investing-in-infrastructure/iif-9-splitting-epc-contract-feb16-3.pdf> (дата звернення: 30.09.2019).
3. Порядок виконання підготовчих та будівельних робіт: Постанова КМ України від 13.04.2011 № 466 (в редакції Постанови КМ України від 26.08.2015 № 747) // База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/466-2011-п> (дата звернення: 30.09.2019). {jcomments on}