

РОЗДІЛ 4. ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО, ГОСПОДАРСЬКО-ПРОЦЕСУАЛЬНЕ ПРАВО

УДК 346.3

DOI <https://doi.org/10.24144/2307-3322.2022.76.1.32>

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ФОРВАРДНИХ КОНТРАКТІВ В ІНВЕСТУВАННІ БУДІВНИЦТВА

Кулага Е.В.,

*кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри приватного права Київського
національного економічного університету
імені Вадима Гетьмана*

Кулага Е.В. Правове регулювання форвардних контрактів в інвестуванні будівництва.

Викладено стислий огляд правового регулювання форвардних контрактів в інвестуванні будівництва. Обґрунтовано актуальність їх застосування в сучасних умовах з урахуванням міжнародних стандартів та *acquis* ЄС для стимулювання залучення інвестицій в національну економіку, створення конкурентоспроможного середовища та стійкого зростання в умовах фінансової глобалізації та розвитку комунікаційних технологій.

З'ясовано, що на виконання статті 127 Угоди про асоціацію між Україною та ЄС щодо удосконалення моделі регулювання фінансового сектору було прийнято нові редакції Законів України «Про ринки капіталу та організовані товарні ринки» та «Про товарні біржі», за якими поступово впроваджуються міжнародні стандарти функціонування інфраструктури ринків капіталу, проте аналіз нормативно-правового регулювання та практики його застосування свідчить про низку проблем, які негативно впливають на процеси розвитку похідних фінансових інструментів в економіці України.

Розглянуто проблеми оподаткування форвардних контрактів інститутів спільного інвестування, здійснено аналіз судової практики у розрізі тематики дослідження. Зроблено висновок про те, що форвардний контракт за наявності усіх істотних умов та притаманних йому реквізитів, визнається судами деривативом, що є окремим видом товару. Принциповим щодо визначення можливості застосування податкової пільги при використанні форвардних контрактів є питання щодо придбання таких активів коштом спільного інвестування та чи складають вони активи інституту спільного інвестування. Теоретично обґрунтовано вдалість законодавчої новели щодо деталізації активів інституту спільного інвестування щодо об'єктів нерухомості, у тому числі у вигляді неподільного об'єкта та (або) подільного об'єкта незавершеного будівництва, майбутнього об'єкта нерухомості.

Зроблено висновок про те, що розвиток фінансових інструментів в Україні на основі провідних міжнародних практик є запорукою успішного удосконалення інструментарної конфігурації ринків капіталу та організованих товарних ринків для інтеграції національної економіки у світову. Окреслено перспективи розвитку правового регулювання форвардних контрактів в інвестуванні будівництва на українському ринку.

Ключові слова: фінансові інструменти, деривативи, інститути спільного інвестування, базовий актив, майнові права.

Kulaga E.V. Legal regulation of forward contracts in construction investment.

A brief overview of the legal regulation of forward contracts in construction investment is presented. The relevance of their application in modern conditions, taking into account international standards and the EU *acquis*, to stimulate the attraction of investments in the national economy, create a competitive environment and sustainable growth in the conditions of financial globalization and the development of communication technologies is substantiated.

It was found that in order to implement Article 127 of the Association Agreement between Ukraine and the EU regarding the improvement of the financial sector regulation model, new editions of the Laws of Ukraine «On Capital Markets and Organized Commodity Markets» and «On Commodity Exchanges» were adopted, according to which international standards are gradually being implemented functioning of the infrastructure of capital markets, however, the analysis of regulatory and legal regulation and the practice of its application shows a number of problems that negatively affect the development processes of derivative financial instruments in the economy of Ukraine.

The problems of taxation of forward contracts of joint investment institutes were considered, the analysis of judicial practice was carried out in the context of the research topic. It was concluded that the forward contract, if all the essential conditions and requisites inherent to it are present, is recognized by the courts as a derivative, which is a separate type of product. Fundamental to the determination of the possibility of applying a tax benefit when using forward contracts is the question of the acquisition of such assets at the expense of joint investment and whether they constitute assets of the institution of joint investment. The success of the legislative amendment on detailing the assets of the joint investment institute in relation to real estate objects, including in the form of an indivisible object and (or) divisible object of unfinished construction, future real estate object, is theoretically substantiated.

It was concluded that the development of financial instruments in Ukraine based on leading international practices is the key to successful improvement of the instrumental configuration of capital markets and organized commodity markets for the integration of the national economy into the world economy. The prospects for the development of legal regulation of forward contracts in construction investment on the Ukrainian market are outlined.

Keywords: financial instruments, derivatives, joint investment institutions, basic asset, property rights.

Постановка проблеми. З метою досягнення європейських стандартів на фінансовому ринку та виконання Угоди про асоціацію між Україною та ЄС одним із стратегічних напрямів Стратегією розвитку фінансового сектору України до 2025 року [1] визначено створення ліквідних ринків фінансових інструментів та механізмів зниження ризиків здійснення фінансових операцій, індикатором реалізації якого є забезпечення функціонування ринків деривативних фінансових інструментів.

З набуттям чинності з 01.07.2021 р. нових редакцій Законів України «Про ринки капіталу та організовані товарні ринки» та «Про товарні біржі» вирішилося питання комплексного правового врегулювання фінансових інструментів на ринках капіталу, що дало поштовх активізації провадження професійної діяльності на ринках капіталу та організованих товарних ринках на новій законодавчій основі. Однак аналіз нормативно-правового регулювання та практики його застосування свідчить про низку проблем, які негативно впливають на процеси розвитку похідних фінансових інструментів в економіці України та як наслідок, на її інвестиційну привабливість.

Стан опрацювання тематики дослідження. Проблема правового регулювання деривативів присвячено праці вітчизняних та зарубіжних вчених та практиків, серед яких слід виокремити О. Вінник, І. Товкун, А. Згама, Ю. Мица, В. Яворської, М. Шоулс В. Щербини та інших. Проте у зв'язку з оновленням законодавства дослідження окремих проблем правового регулювання деривативних фінансових інструментів, зокрема використання форвардних контрактів в інвестуванні будівництва вбачається актуальним та перспективним.

Метою даного дослідження є аналіз сучасного стану правового регулювання та судової практики щодо використання форвардних контрактів в інвестуванні будівництва.

Вклад основного матеріалу. Ринок будівництва нерухомого майна у довоєнні роки в Україні був одним з найбільш динамічних і досить привабливих для інвесторів. Відповідно до чинного законодавства суб'єкти господарювання мають можливість обирати різні схеми інвестування будівництва та різні способи продажу майна. Одним із способів інвестування у будівництво є купівля-продаж форвардних контрактів, базовим активом яких є майнові права на об'єкт будівництва.

З прийняттям нової редакції Закону України «Про ринки капіталу та організовані товарні ринки» актуалізувалося питання щодо поширення дії його норм на деривативи, базовим активом яких є майнові права на нерухоме майно.

Відповідно до ч. 1 ст. 1 Закону України «Про ринки капіталу та організовані товарні ринки» ним регулюються відносини, що виникають під час емісії, обігу, викупу цінних паперів та виконання зобов'язань за ними, укладання і виконання деривативних контрактів, заміни сторони деривативних контрактів та вчинення правочинів щодо фінансових інструментів на ринках капіталу, а також

відносини, що виникають під час провадження професійної діяльності на ринках капіталу та організованих товарних ринках [2].

При цьому дія Закону не поширюється, по-перше, на відносини, пов'язані з вчиненням і виконанням правочинів (крім деривативних контрактів та правочинів щодо них) поза організованими ринками (крім провадження клірингової діяльності, здійснення ліквідаційного неттінгу) щодо валютних цінностей, продукції. По-друге, на відносини, пов'язані з вчиненням і виконанням правочинів щодо речей, визначених індивідуальними ознаками. 30.06.2021 р. до п. 3 ст. 1 Закону «Про ринки капіталу та організовані товарні ринки» були внесені зміни, за якими його дія не поширюється на: «... відносини, пов'язані з вчиненням і виконанням правочинів щодо речей, визначених індивідуальними ознаками (крім цінних паперів та деривативних контрактів)» [3].

Остаточо вирішила питання щодо правового регулювання зазначеним Законом деривативів, базовим активом яких є майнові права на нерухоме майно Національна комісія з цінних паперів та фондового ринку Рішенням від 29.07.2021 № 585 «Про визначення іншого майна, що визначається базовим активом та визнання інших показників, що визнаються базовими показниками деривативного контракту» Таким майном є інше майно, що є базовим активом деривативного контракту та яке не вилучено з цивільного обороту, а саме майно (рухоме та нерухоме майно, об'єкти незавершеного будівництва); нематеріальні активи; майнові права на майно та нематеріальні активи; право вимоги за договорами стосовно майна та нематеріальних активів; право на укладання/зміну/розірвання договору щодо майна, нематеріальних активів та майнових прав; право вимоги на укладання/зміну/розірвання договору щодо майна, нематеріальних активів та майнових прав [4].

Тож Закон України «Про ринки капіталу та організовані товарні ринки» поширюється на деривативи, у тому числі й на форвардні контракти щодо майнових прав на нерухоме майно і при проведенні таких операцій необхідне звітування до торгового репозиторію та дотримання інших законодавчих вимог.

Форвардні контракти щодо майнових прав на нерухоме майно набувають популярності як на світовому ринку, так і на ринку будівництва України, проте залишаються недостатньо врегульованими та складними для реалізації. На сьогоднішній день законодавство, що регулює інвестування у капітальне будівництво не може забезпечити прозорість та надійність механізмів залучення коштів та захист прав інвесторів [5]. До того ж у даній схемі інвестування спостерігаються елементи оптимізації податків забудовником, через що останнім часом вона знаходиться під особливим контролем податкових органів.

Інвестування у будівництво з використанням форвардного контракту як деривативу передбачає укладення декількох договорів. По-перше, між забудовником та компанією з управління активами (далі – КУА) укладається форвардний контракт. З інвестором одночасно укладається два договори: договір купівлі-продажу форвардного контракту, який укладається з КУА і договір купівлі-продажу майнових прав із забудовником.

Податковий кодекс України оперує поняттям форвардного контракту як стандартизованого цивільно-правового договору, за яким продавець зобов'язується у майбутньому передати базовий актив покупцеві на визначених умовах в певний термін, а покупець бере на себе обов'язки прийняти базовий актив у встановлений термін і сплатити суму, обумовлену в угоді (пп. 14.1.45.3 ПКУ) [6].

Відповідно до Положення про вимоги до стандартної (типової) форми деривативів [7] форвардний контракт - двостороння угода за стандартною (типовою) формою, яка засвідчує зобов'язання особи придбати (продати) базовий актив у визначений час та на визначених умовах у майбутньому, з фіксацією цін такого продажу під час укладення форвардного контракту. Згідно з зазначеним Положенням встановлена вимога щодо необхідності укладення деривативних контрактів у письмовій формі, а також закріплено перелік обов'язкових реквізитів, що мають відображатися в стандартизованих документах, за відсутності яких він не визнається деривативом.

Базовим активом форвардних контрактів у сфері будівництва є майнові права на житлове приміщення, яке стане об'єктом нерухомості тільки після завершення будівництва. Тобто інвестор набуває у власність майнові права, на підставі яких в подальшому має право отримати у власність житлове приміщення.

Використовуючи форвардні контракти суб'єкт господарювання (збудовник) передусім має на меті оптимізувати податки, оскільки такі операції не є об'єктом оподаткування за Податковим кодексом України. Відповідно до пп. 141.6.1 ПКУ доходи інститутів спільного інвестування (далі – ІСІ) звільнені від оподаткування. А згідно пп. 196.1.1 п. 196.1 ст. 196 ПКУ операції з продажу

деривативів за грошові кошти не є об'єктом оподаткування з ПДВ [6]. Проте не завжди форвардний контракт на продаж майнових прав на об'єкти інвестування може бути включений до активів ІСІ.

Так, Національна комісія з цінних паперів та фондового ринку зауважує, що покупці нерухомості через форвардні контракти несуть певні ризики. По-перше, покупець, який купує форвардний контракт, не може повною мірою розраховувати повернути свої гроші після його розірвання. По-друге, у НКЦПФР відсутні важелі для захисту прав інвесторів, які придбали форвардні контракти щодо майнових прав на нерухомість. До того ж покупець укладає контракт без участі професійних учасників фондового ринку, що також зменшує захист його прав. По-третє, він несе ризики донарахування податків, а відтак, збільшення своїх витрат, оскільки форвардний контракт, в певних випадках, може не включатися в активи спільного інвестування в розумінні Закону України «Про інститути спільного інвестування» [8].

Державна податкова служба України також зазначає, що форвардний контракт на продаж майнових прав на об'єкти інвестування, який ще не був оплачений за рахунок коштів спільного інвестування, не може бути включений до активів ІСІ в розумінні Закону України від 05.07.2012 №5080-VI «Про інститути спільного інвестування» [9].

Визначення поняття активу інституту спільного інвестування Податковий кодекс України нещодавно не містив, натомість таке визначення та перелік активів, що можуть входити до складу активів інституту спільного інвестування, були закріплені у спеціальному законодавстві – Законі України «Про інститути спільного інвестування» ще з 2012 року. Проте 15 серпня 2022 року Законом України № 2518-IX «Про гарантування речових прав на об'єкти нерухомого майна, які будуть споруджені в майбутньому» були внесені зміни до п. 1 ч. 1 ст. 1 Закону України Про «Інститути спільного інвестування» шляхом доповнення до переліку активів об'єктів незавершеного будівництва, майбутніх об'єктів нерухомості та спеціальних майнових прав на них [10]. 20.09.2022 Законом України № 2600-IX «Про внесення змін до Податкового кодексу України щодо оподаткування операцій з об'єктами нерухомого майна, які будуть споруджені в майбутньому» пп. 141.6.1 п. 141.6 ст. 141 доповнено абзацом другим за яким під активами інституту спільного інвестування розуміється сформована (оплачена) за рахунок коштів спільного інвестування сукупність майна, корпоративних прав, нерухомості (в тому числі у вигляді неподільного об'єкта незавершеного будівництва/майбутнього об'єкта нерухомості та/або подільного об'єкта незавершеного будівництва), майнових прав, вимог та інших активів, передбачених законами та нормативно-правовими актами Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку [11]. Вважаємо вдалою таку законодавчу новачку, яка була прийнята саме для цілей застосування податкової пільги з податку на прибуток підприємств для ІСІ, в якій зроблено по-перше акцент на тому, що майнові права та інші активи мають бути оплачені за рахунок коштів спільного інвестування, а по-друге деталізовано інші активи, до яких серед традиційних «сукупності майна», «корпоративних прав» та «майнових прав» додано об'єкти нерухомості, у тому числі у вигляді неподільного об'єкта та (або) подільного об'єкта незавершеного будівництва, майбутніх об'єктів нерухомості.

Тобто, для застосування звільнення від оподаткування, визначеного п. 141.6 ст. 141 ПКУ у випадку продажу нерухомого майна, необхідним є придбання форвардного контракту саме за рахунок коштів спільного інвестування. У разі невизнання форвардного контракту активом ІСІ по таких операціях здійснюється донарахування податків [9].

На сьогодні вже сформована певна судова практика у податкових спорах щодо використання форвардних контрактів у будівництві. У розрізі проблеми, що досліджується розглянемо Постанову Восьмого апеляційного адміністративного суду від 07.05.2020 р. у справі № 300/1717/19, у якій суд вирішував питання щодо використання форвардних контрактів у будівельній сфері.

Корпоративний венчурний фонд звернувся до суду з адміністративним позовом до ГУ ДФС в Івано-Франківській обл., у якому просив визнати протиправним і скасувати податкове повідомлення-рішення, винесене за результатами проведеної документальної позапланової виїзної перевірки фонду, яким позивачу донараховано податкове зобов'язання з податку на прибуток понад 13 млн грн. При цьому позивач зазначив, що він є ІСІ, активи якого сформовано коштом спільного інвестування, форвардні контракти можуть перебувати в складі активів ІСІ. Суд першої інстанції у задоволенні позову відмовив, визнавши позовні вимоги необґрунтованими та безпідставними, оскільки за форвардними контрактами покупець безоплатно прийняв базовий актив — майнове право на квартиру. Доходи, що отримані Позивачем від продажу майнових прав «Базових активів», не звільняються від оподаткування відповідно до підпункту 141.6.1 пункту 141.6 статті 141

ПК України, та не є коштами спільного інвестування. Позивач не погодився з рішенням та подав апеляційну скаргу.

Восьмий апеляційний адміністративний суд постановою від 7 травня 2020 року рішення суду першої інстанції скасував, а позов задовольнив, зазначивши, що доходи, отримані Позивачем, є доходом від продажу деривативів, а не базових активів, право на які Позивач не набував. Після оплати вартості форвардного контракту, саме дериватив (форвардний контракт), а не базовий актив (майнові права на нерухоме майно), відчужується третій особі. Відтак дохід, отриманий від продажу деривативів, є доходом Позивача, внаслідок здійснення операцій з активами, до якого з дотриманням положень законодавства застосовано положення підпункту 141.6.1 пункту 141.6 статті 141 ПК України щодо звільнення від оподаткування [12].

Суд касаційної інстанції Постанову Восьмого апеляційного адміністративного суду від 7 травня 2020 року залишив без змін, підкресливши, що «обов'язковою умовою, яка нівелює право інституту спільного інвестування на звільнення від оподаткування податком на прибуток доходів від здійснення операцій з активами є формування відповідного активу не за рахунок коштів спільного інвестування» [12]

Доречно звернути увагу на ще одну досить поширену категорію справ, які розглядаються у судах. Це справи щодо неподання звіту інститутом спільного інвестування про застосування податкової пільги ІСІ. У рішенні від 16.07.18 р. у справі № 826/7066/18 Окружний адміністративний суд м. Києва зазначив, що відповідно до пп. 141.6.1 п. 141.6 ст. 141 Податкового кодексу України позивач як юридична особа не звільнений від сплати податку на прибуток підприємств, а лише кошти спільного інвестування звільнюються від оподаткування незалежно від того, отриманий прибуток чи збиток. Крім того, інвестиційні кошти не є податковою пільгою у розумінні п. 30.1 ст. 30 Податкового кодексу України. Таким чином, застосування пільги, передбаченої пп. 141.6.1 ПКУ, залежить від виконання вимог спеціального законодавства — вона стосується не ІСІ як суб'єкта, а саме активів ІСІ [13].

Висновки. Підсумовуючи викладене, слід зазначити, що форвардний контракт за наявності усіх істотних умов та притаманних йому реквізитів, визнається судами деривативом, що є окремим видом товару. Принциповим щодо визначення можливості застосування податкової пільги компаніями з управління активами при використанні форвардних контрактів є питання чи оплачено такі активи коштом спільного інвестування та чи складають вони активи інституту спільного інвестування. Інститути спільного інвестування не є суб'єктами, звільненими від сплати податку на прибуток. А отже компанії з управління активами та корпоративні інвестиційні фонди повинні подавати до контролюючого органу податкову декларацію з податку на прибуток підприємств.

На сьогодні в умовах розвитку комунікаційних технологій та фінансової глобалізації з прийняттям нових редакцій Законів України «Про товарні біржі» та «Про ринки капіталу та організовані товарні ринки» маємо достатньо розвинуте законодавство, що регулює випуск і обіг цінних паперів і деривативів для ефективного міжнародного інвестиційного співробітництва завдяки чому з'явилися нові можливості для розвитку деривативів, базовим активом яких є майнові права на нерухоме майно. Розвиток фінансових інструментів в Україні на основі провідних міжнародних практик є запорукою успішного удосконалення інструментарної конфігурації ринків капіталу та організованих товарних ринків для інтеграції національної економіки у світову та стійкого зростання.

Список використаних джерел:

1. Стратегія розвитку фінансового сектору України до 2025 року. URL: https://mof.gov.ua/storage/files/Strategija_financovogo_sectoru_ua.pdf. (дата звернення: 27.03.2023)/
2. Про ринки капіталу та організовані товарні ринки : Закон України від 23.02.2006 р. № 3480-IV. Дата оновлення: 05.08.2021. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3480-15> (дата звернення: 27.03.2023).
3. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення питань організації корпоративного управління в банках та інших питань функціонування банківської системи: Закон України від 30.06.2021 р. № 1587-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1587-20#Text> (дата звернення: 27.03.2023).
4. Про визначення іншого майна, що визначається базовим активом та визнання інших показників, що визнаються базовими показниками деривативного контракту: Рішення НКЦПФР

- від 29.07.2021 № 585 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1223-21#Text> (дата звернення: 27.03.2023).
5. Кулага Е.В. Правові механізми стимулювання інвестування у сфері капітального будівництва. Сучасні інструменти управління корпоративними фінансами: Матер. IV всеукр. наук.-практ. інтернет-конфер. студ., аспір. та мол. вч. К.: КНЕУ, 2020. С. 613–618.
 6. Податковий кодекс України: Закон України від 02.12.2010 р. № 2755-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2755-17> (дата звернення: 31.07.2022).23.
 7. Положення про вимоги до стандартної (типової) форми деривативів : постанова Кабінету Міністрів України від 19.04.1999 р. № 632. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/632-99-%D0%BF#Text>(дата звернення: 31.07.2022).
 8. НКЦПФР: попередження інвесторам в об'єкти нерухомості. Офіційний сайт Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку. URL: <https://www.nssmc.gov.ua/nktspfrrpoperedzhennya-nvestoram-v-obkti-neruhomost/>.
 9. Інвестування в будівництво через форвардні контракти. Офіційний портал Державної податкової служби. URL: <https://kyiv.tax.gov.ua/media-ark/news-ark/print-404520.html#:~:text=https%3A//kyiv.tax.gov.ua/media%2Dark/news%2Dark/404520.html>.
 10. Про інститути спільного інвестування: Закон України від 05.07.2012 р. № 5080-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5080-17#Text> (дата звернення: 27.03.2023).
 11. Про внесення змін до Податкового кодексу України щодо оподаткування операцій з об'єктами нерухомого майна, які будуть споруджені в майбутньому Закон України від 20.09.2022 № 2600-IX URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2600-20#n16> (дата звернення: 27.03.2023).
 12. Liga 360 Verdictum. Постанова від 21.10.2020 № 300/1717/19 Верховний Суд. Касаційний адміністративний суд URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/92601644>.
 13. Форвардні контракти в будівництві через призму судової практики. Все про бухгалтерський облік. URL: <http://gazeta.vobu.ua/archives/1753>.