УДК 346.3

А. В. Гордієнко
аспірант кафедри господарського права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ДОГОВІР ПІДРЯДУ НА КАПІТАЛЬНЕ БУДІВНИЦТВО ЯК ІНВЕСТИЦІЙНИЙ ДОГОВІР

Одним з найбільш економічно і соціально значущих видів інвестицій є інвестиції у будівництво. Чільне місце серед договорів, що опосередковують здійснення інвестицій в об'єкти будівництва, посідає договір підряду на капітальне будівництво. Попри те, що загалом цей договір належить до добре досліджених в юридичній науці, недостатньо розробленими залишаються характеристика цього договору саме як інвестиційного, класифікація таких договорів за способом організації договірних зв'язків. Це негативно впливає на спроможність суб'єктів відповідних відносин обирати оптимальні форми взаємодії.

Правові питання інвестування в об'єкти будівництва розглядалися у роботах О. М. Антипової, О. М. Вінник, О. В. Гарагонича, А. Б. Гриняка, Г. М. Гриценка, М. С. Біленко, І. М. Миронець, В. Г. Олюхи, О. О. Квасніцької, Н. С. Кузнєцової, І. М. Кучеренко, Р. А. Майданика В. В. Поєдинок, К. О. Рябової, О. Е. Сімсон, А. В. Смітюха, О. В. Стукаленко та інших авторів. Однак особливості договору підряду на капітальне будівництво як інвестиційного договору досі не виступали предметом самостійного наукового дослідження.

Метою статті є дослідження правових аспектів договору підряду на капітальне будівництво з точки зору його інвестиційного характеру, якот: сторони договору як суб'єкту інвестиційних правовідносин, предмета інвестиції, об'єкту інвестування, особливостей організації договірних зв'язків.

Відповідно до ч. 1 ст. 317 ГК України будівництво об'єктів виробничого та іншого призначення, підготовка будівельних ділянок, роботи з обладнання будівель, роботи із завершення будівництва тощо, які виконуються суб'єктами господарювання для інших суб'єктів або на їхнє замовлення, здійснюються на умовах підряду. Як вид договору підряду ГК виділяє договір підряду на капітальне будівництво.

За часів СРСР договір підряду на капітальне будівництво розумівся як «плановий договір, укладений між соціалістичними організаціями, у силу якого одна сторона, підрядник, зобов'язується побудувати і в установлений строк віддати передбачений планом об'єкт, а інша сторона, замовник, зобов'язується здійснювати покладене на неї сприяння будівництву, прийняти та оплатити виконані будівельні роботи» [1, с. 435]. Н. Г. Семилютіна справедливо вказує, що акцент у цьому випадку ставиться на результаті (побудова об'єкта), а питання руху капіталу (власне інвестування) залишаються поза правовим регулюванням [2, с. 35].

Сучасне законодавче визначення договору підряду на капітальне будівництво так само не вказує на його інвестиційний характер, по суті, відрізняючись від радянського визначення тільки відсутністю вказівок на плановий характер договору та укладання його між соціалістичними організаціями. У вітчизняній юридичній літературі наявність інвестиційного характеру зазначеного договору є предметом дискусії. Так, Д. В. Задихайло заперечує інвестиційний характер таких договорів на підставі того, що вони передбачають не вкладення, капіталізацію цінностей у процес виробництва, а придбання певних благ [3, с. 6]. Не вважає такий договір інвестиційним і О. Е. Сімсон, оскільки, на її думку, відносини по ньому не мають двостороннього інвестиційного зобов'язального характеру. Одна сторона (інвестор) дійсно бажає вкласти кошти у реальний об'єкт інвестування, тобто проінвестувати основні фонди шляхом здійснення нового будівництва чи реновації. Інша сторона – підрядник зовсім не має на меті реалізацію інвестиції й одержання прибутку від її використання, її інтерес обмежується лише своєчасним здійсненням будівництва об'єкта і введення його в експлуатацію, а також одержання заздалегідь установленої плати за надані послуги, яка не залежить від використання будівельного об'єкта [4, с. 15].

На нашу думку, інвестиційний характер договору підряду на капітальне будівництво може бути виявлений виходячи з економічних особливостей взаємин між сторонами договору. З цієї точки зору зазначений договір є таким, що опосередковує операції, пов'язані з рухом капіталів, які, у свою чергу, відмежовуються від поточних операцій. А тим часом поточні операції здійснюються з метою отримання зустрічного відшкодування від контрагента, операції, пов'язані з рухом капіталів, передбачають отримання господарського ефекту внаслідок набуття контролю над активами або передачі активів іншій особі та наступного використання зазначених активів у господарській діяльності [5, с. 11]. Так, створення об'єктів будівництва за договорами будівельного підряду здійснюється з метою: використання у власній господарській діяльності інвестора,

© А. В. Гордієнко, 2017

передачі у платне користування третім особам, продажу, здійснення інших операцій, не заборонених законодавством.

Уявляється доцільним характеризувати згаданий договір за такою схемою: 1) сторони договору як суб'єкти інвестиційних правовідносин; 2) предмет інвестиції; 3) об'єкт інвестування; 4) особливості організації договірних зв'язків.

Сторони договору як суб'єкти інвестиційних відносин. Сторонами договору будівельного підряду є замовник і підрядник. Інвестор як суб'єкт інвестиційних правовідносин у цьому договорі виступає замовником.

Загальні умови укладення та виконання договорів у капітальному будівництві, затверджені постановою Кабінету Міністрів України від 1 серпня 2005 р. № 668, указують на можливість незбігу замовника й інвестора в одній особі. Так, абз. 8 п. 3 Загальних умов визначає замовника як сторону договору підряду, яка за власним рішенням або дорученням інвестора розміщує замовлення на виконання робіт (будівництво об'єкта), приймає закінчені роботи (об'єкт будівництва) та оплачує їх.

Незбіг замовника й інвестора в одній особі не впливає на визнання інвестиційного характеру договору. Так, п. 83 Загальних умов встановлює, що фінансування робіт (будівництва об'єкта) проводиться за планом, який складається замовником, узгоджується з інвестором та підрядником і є невіддільною частиною договору підряду.

Підрядник є стороною договору підряду, яка виконує та передає замовнику закінчені роботи (об'єкт будівництва), передбачені договором підряду (абз. 13 п. 3 Загальних умов). У розумінні ч. 2 ст. 5 Закону України «Про інвестиційну діяльність» підрядник належить до групи «учасників інвестиційної діяльності». При цьому підрядника не можна вважати отримувачем (реципієнтом) інвестицій, оскільки він не використовує капітал інвестора у власній господарській діяльності, натомість тільки виконує роботи за кошти інвестора.

Предмет інвестиції. Для характеристики договору підряду на капітальне будівництво як інвестиційного договору необхідно з'ясувати, які саме цінності становлять інвестицію за таким договором. На перший погляд очевидно, що предметом інвестиції є кошти, які сплачуються замовником підряднику за виконані роботи. Поза тим, в юридичній літературі це положення ставиться під сумнів. Так, О. А. Антипова вважає, що інвестиційним вкладом у виробничий процес можуть виступати лише ті об'єкти, які безпосередньо можуть бути використані при створенні нового об'єкта, що позбавляє можливості використовувати гроші безпосередньо як внесок інвестора у будівництво [6, с. 147]. Авторка зазначає також, що при будівництві коштом підрядника інвестор не купує у підрядника матеріали, а компенсує підряднику вартість матеріалів, витрачених ним на виконання прийнятого перед інвестором обов'язку – забезпечити будівництво своїми матеріалами. Інвестиційний внесок в інтересах інвестора у даному випадку так само, як і щодо самих робіт з будівництва, вносить підрядник на підставі відповідного зобов'язання, включеного до договору підряду [6, с. 177].

Категорично не погоджуємося з такими висновками. Вбачати суть будівництва лише у перетворенні будівельних матеріалів на завершений будівництвом об'єкт якраз означає ігнорувати інвестиційний аспект будівництва. Будь-яка інвестиція передбачає рух капіталу, основною формою існування якого є грошова форма. Таким чином, основу предмету інвестиції за договором підряду на будівництво становлять грошові кошти, за рахунок яких споруджується об'єкт будівництва. Це визначає першочергову важливість умови про ціну для характеристики договору будівельного підряду саме як інвестиційного договору. Разом з тим, уявляється, що законодавче регулювання умови про ціну у таких договорах в Україні не є достатнім.

У зарубіжній літературі виділяють 2 критерії, відповідно до яких визначаються види ціни у договорах будівельного підряду:

1) залежність від економічних впливів (тверда або приблизна ціна);

2) спосіб формування загальної ціни, тобто, що входить до загальної ціни і як вона вираховується (єдина сума, витрати плюс або нефіксована ціна) [7, с. 109].

ГК, ЦК та Загальним умовам укладення та виконання договорів у капітальному будівництві відомі тільки види ціни, що визначаються за залежністю від економічних впливів. Так, відповідно до п. 21 Загальних умов укладення та виконання договорів у капітальному будівництві, договірна ціна у договорі підряду визначається на основі кошторису як приблизна або тверда. Договірна ціна вважається твердою, якщо інше не встановлено договором (п. 22 Загальних умов).

Натомість, спроба класифікації договірних цін за способом їх визначення наявна у Положенні (стандарт) бухгалтерського обліку 18 «Будівельні контракти», затвердженому наказом Міністерства фінансів України від 28.04.2001 р. № 205, відповідно до якого існує два види будівельних контрактів: а) контракт з фіксованою ціною – договір про будівництво, який передбачає фіксовану (тверду) ціну всього обсягу робіт за будівельним контрактом або фіксовану ставку за одиницю кінцевої продукції будівництва (кв. м, кількість місць тощо); б) контракт за ціною «витрати плюс» – договір про будівництво, який передбачає ціну як суму фактичних витрат підрядника на виконання

будівельного контракту та погодженого прибутку (процента від витрат або фіксованої величини).

Детальніше розглянемо види договірної ціни, що виділяються за способом їх формування, виходячи з зарубіжного досвіду.

1) єдина ціна (lump sum) – підрядник зобов'язується виконати визначений обсяг робіт в обмін на узгоджену суму. Це може бути фіксована сума, яка не підлягає перерахунку; тоді замовник не матиме можливості вносити зміни до проектної документації. Зазвичай ця сума може піддаватися обмеженим коливанням, як правило, для покриття податкових та інших змін, які не передбачаються під час залучення підрядника. Сума також може коливатися у зв'язку зі змінами вартості праці, устаткування і матеріалів – так зване флуктуаційне застереження [8, с. 8]. У Положенні (стандарті) бухгалтерського обліку 18 «Будівельні контракти» контракт з єдиною ціною некоректно поіменований «контрактом з фіксованою ціною». Суть терміну "lump sum" полягає у тому, що це ціна всього обсягу робіт за будівельним контрактом (на противагу ціні окремих частин робіт), яка погоджується сторонами заздалегідь; втім, така ціна може бути як твердою (фіксованою), так і приблизною;

2) витрати плюс (cost plus) – підрядник зобов'язується здійснювати невизначений обсяг робіт в обмін на відшкодування витрат по собівартості або фактичних витрат на робочу силу, устаткування та матеріали. Крім того, підрядник отримує узгоджену плату, яка покриває витрати управління, інші невиробничі витрати та забезпечує прибуток;

3) нефіксована ціна (measurement contract) – роботи, які підрядник зобов'язується виконати, не можуть бути точно виміряні до укладення договору через якісь вагомі причини. Презюмується, що роботи були спроектовані загалом, і що достатньо чітка картина про кількість та якість того, що потрібно, надається підряднику. Найефективнішими договорами з нефіксованою ціною, які передбачають найменший ризик для замовника, є ті, які базуються на кресленнях «з приблизними кількостями». Цей тип контракту доречний, якщо не вистачає часу на підготовку навіть приблизних обсягів, або коли обсяг робіт є дуже невизначеним. Очевидно, що замовник приймає ризик, пов'язаний з початком робіт без чіткого уявлення про їхню загальну вартість, і відтак цей тип договору слід застосовувати лише щодо невеликих підрядів [8, с. 8-9].

Таким чином, різні види ціни за договорами будівельного підряду є прийнятними для різних господарських ситуацій, а правильний вибір виду ціни є важливим чинником забезпечення ефективності договірного зв'язку.

Об'єкт інвестування. Як випливає зі змісту ч. 1 ст. 318 ГК, об'єктом інвестування у рамках розглядуваного договору є закінчений будівництвом об'єкт. Закінчені будівництвом об'єкти підлягають прийняттю в експлуатацію відповідно до ст. 39 Закону України «Про регулювання містобудівної діяльності». У свою чергу, прийняття закінченого будівництвом об'єкта в експлуатацію є необхідною умовою для державної реєстрації права власності на нерухоме майно. Саме з моментом державної реєстрації абз. 3 ч. 2 ст. 331 ЦК України пов'язує виникнення права власності на нерухоме майно.

Виходячи зі змісту абз. 2 ч. 2 ст. 331 ЦК України, право власності на об'єкти будівництва, права на які не підлягають державній реєстрації відповідно до ч. 4 ст. 5 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень» (магістральні та промислові трубопроводи (у тому числі газорозподільні мережі), автомобільні дороги, електричні мережі, магістральні теплові мережі, мережі зв'язку, залізничні колії), виникає з моменту прийняття цих об'єктів в експлуатацію.

Принагідно зауважимо, що не є очевидною причина, з якої такі права не підлягають державній реєстрації, тим більше, що реєстрацію цих прав було передбачено попередньою редакцією ст. 5 Закону «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень». Вважаємо, що невизнання доріг та інших інженерних споруд об'єктами нерухомості та відсутність формалізації прав на них створює невизначеність правового режиму таких споруд та недостатню захищеність прав інвесторів.

Особливості організації договірних зв'язків. Як зазначає Н. С. Кузнєцова, питання про перспективи нового законодавства про підрядні договори в Україні тісно пов'язане з необхідністю нормування системи договорів (контрактів) у будівництві і організації адекватних договірних зв'язків. Аналіз контрактних систем у зарубіжній практиці будівництва показує, що сторони мають у своєму розпорядженні значний арсенал універсальних типізованих договірних форм, їх застосування у різних поєднаннях дозволяє створити гнучку систему, яка чутливо реагує на потреби і динаміку ринку. Тим часом, в Україні відсутня різноманітність будівельної договірної практики. У галузі організації договірних зв'язків можливості учасників будівництва обмежуються системою генерального підряду. Застосовувані за кордоном типізовані контрактні форми у цілому вписуються у наші традиційні уявлення про договори і тому їх впровадження у діючу будівельну практику не вимагатиме якихось суттєвих додаткових витрат і в основному буде пов'язано з необхідністю перебудови «договірної ідеології та психології»

у будівництві [9, с. 64]. Ці міркування, висловлені на початку 1990-х років, зберігають актуальність і нині, оскільки класифікація договорів у будівництві за способом організації договірних зв'язків і досі невідома законодавству України.

Уніфікована номенклатура можливих типів будівельних контрактів у зарубіжній практиці відсутня. Певне узагальнення дозволяє виділити такі основні типи будівельних контрактів: 1) тільки будівництво (construct only); 2) проектування й будівництво (design & construct); 3) керуючий підрядник (managing contractor); 4) управління будівництвом (construction management); 5) пряме управління (direct management); 6) раннє залучення підрядника (early contractor involvement); 7) альянс (alliance); 8) публічно-приватне партнерство (public-private partnership) [10, с. 21]. Перші чотири типи фактично являють собою модифікації договору будівельного підряду, які відрізняються обсягом зобов'язань генерального підрядника. Пряме управління передбачає організацію проектування і будівництва безпосередньо замовником. Раннє залучення підрядника і альянс фактично являють собою спільну діяльність у будівництві, а публічно-приватне партнерство є спеціальним режимом співпраці публічного партнера – замовника та приватного партнера – інвестора.

У практиці зарубіжних країн широко поширена практика видання Керівництв з кращої практики укладення та виконання будівельних контрактів різних типів. Метою таких Керівництв є забезпечення замовників переліком доступних варіантів організації будівельних робіт (delivery models), а також детальними покроковими інструкціями щодо визначення найбільш ефективної системи організації конкретних проектів з урахуванням усіх значущих обставин. Особливе значення зазначені Керівництва мають у випадках укладення будівельних контрактів органами державної влади та органами місцевого самоврядування.

Крім того, характерним для будівельної галузі у світі є поширення стандартних форм будівельних договорів (контрактів). Такі стандартні форми можуть розроблятися на національному або міжнародному рівнях. До країн, які мають високорозвинену традицію вітчизняних стандартних договірних форм, належать, зокрема, США, Великобританія, Австралія, Малайзія та Німеччина. У таких країнах менш витребувані міжнародні стандартні форми, хоч вони й застосовуються при здійсненні міжнародних проектів за участю підрядників й консультантів з цих країн [11, п. 1.64].

Найпоширенішими стандартними формами будівельних договорів (контрактів) є форми, які, починаючи з 1950-х років, розробляються Міжнародною федерацією інженерів-консультантів (ФІДІК). Членами цієї міжнародної організації є 102 країни світу, включаючи Україну. Принципи цих договорів сфокусовані на справедливому розподілі ризиків та найбільш ефективних механізмах адміністрування проекту [7, с. xvii]. Іншою поширеною у світі системою стандартних форм будівельних контрактів є Новий інженерний контракт (NEC), розроблений Інститутом цивільних інженерів [12]. У свою чергу, Міжнародною торговельною палатою розроблений Модельний контракт «під ключ» для великих проектів [13].

Попри те, що різні системи стандартних договірних форм мають концептуальні відмінності, можна виділити найбільш загальні спільні риси стандартного будівельного контракту: це великий за обсягом документ, має місце значний ступінь деталізації його положень; він присвячений конкретному типу будівельного контракту (не будівельним контрактам «загалом»); він спрямований на справедливий і збалансований розподіл ризиків між сторонами; велику увагу приділено питанням інтенсивної комунікації між сторонами, координації їхніх спільних зусиль; вагоме місце посідають положення щодо урегулювання спорів з договору, передусім самими сторонами у позасудовому порядку.

Однак використання міжнародних стандартних договірних форм у будівельній галузі відносно невідоме у країнах колишнього СРСР. На цих теренах вітчизняні підприємства працюють на основі традиційної робочої документації та договірних форм, що походять з соціалістичної ери. Це може створювати суттєві проблеми, коли виникає потреба у реалізації міжнародних будівельних проектів. Вітчизняні суб'єкти господарювання також можуть поставати перед труднощами у структуруванні та формалізації їхніх договірних зв'язків, особливо у разі реалізації великих проектів.

Висновки. На основі вищевикладеного пропонується розробка:

- Керівництва з укладання та виконання будівельних контрактів різних типів з метою забезпечення замовників (у тому числі органів державної влади та органів місцевого самоврядування) детальними інструкціями щодо визначення найбільш ефективної системи організації конкретних будівельних проектів;

- національної системи стандартних форм договорів підряду на капітальне будівництво як приблизних договорів, а також забезпечення здійснення перекладів і коментарів міжнародних стандартних договірних форм;

- типових форм цінових умов у договорах підряду на капітальне будівництво.

Реалізація зазначених пропозицій сприятиме підвищенню ефективності інвестицій, що здійснюються за договорами підряду на капітальне будівництво.

Література

1. Иоффе О. С. Обязательственное право / О. С. Иоффе. – М. : Юридическая литература, 1975. – 880 с.
2. Семилютина Н. Г. Инвестиции и рынок финансовых услуг: проблемы законодательного регулирования / Н. Г. Семилютина // Журнал российского права. – 2003. – №2. – С. 30-42.
3. Задыхайло Д. В. Инвестиционное право Украины. Сборник нормативно-правовых актов с комментариями / Д. В. Задыхайло. – Х., 2002. – 752 с.
4. Сімсон О. Е. Правові особливості договорів інвестиційного характеру : автореф. дис. на здобуття наукового ступеня канд. юрид. наук : 12.00.03 / О. Е. Сімсон. – Харків, 2001. – 20 с.
5. Поєдинок В. В. Теоретичні проблеми правового регулювання інвестиційної діяльності в Україні: автореф. дис. на здобуття наукового ступеня докт. юрид. наук : 12.00.04 / В. В. Поєдинок. – Київ, 2013. – 36 с.
6. Антипова О. М. Правовое регулирование инвестиционной деятельности (анализ теоретических и практических проблем) / О. М. Антипова. – М. : Волтерс Клувер, 2007. – 248 с.
7. Klee L. International Construction Contract Law / L. Klee. – John Wiley & Sons, 2014. – 560 с.
8. Davis P. Building Procurement Methods: Report / P. Davis. – CRC Construction Innovation, 2008. – 18 p. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.construction-innovation.info/images/pdfs/Research_library/ResearchLibraryC/2006-034-C/reports/Report_-_Building_Procurement_Methods.pdf.
9. Кузнецова Н. С. Подрядные договоры в инвестиционной деятельности в строительстве / Н. С. Кузнецова. – К. : Наукова думка, 1993. – 160 с.
10. Building and Construction Procurement Guide: Principles and Options. Austroads LTD, 2014. 65 p. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.apcc.gov.au/ALLAPCC/Building%20and%20Construction%20Procurement%20Guide.pdf.
11. Baker E. FIDIC Contracts: Law and Practice / E. Baker, B. Mellors, S. Chalmers, A. Lavers. – CRC Press, 2013. – 624 с.
12. NEC Engineering and Construction Contract. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://en.wikipedia.org/wiki/NEC_Engineering_and_Construction_Contract.
13. ICC Model Turnkey Contract for Major Projects // ICC Product № 659E, 2007 Edition. – 110 с.

Анотація

Гордієнко А. В. **Договір підряду на капітальне будівництво як інвестиційний договір.** – Стаття.

У статті досліджено правові аспекти договору підряду на капітальне будівництво з точки зору його інвестиційного характеру: сторони договору як суб'єкти інвестиційних відносин, предмет інвестиції, об'єкт інвестування, особливості організації договірних зв'язків.

Ключові слова: інвестиції, будівництво, договір підряду, інвестор, замовник, підрядник.

Аннотация

Гордиенко А. В. **Договор подряда на капитальное строительство как инвестиционный договор.** – Статья.

В статье исследованы правовые аспекты договора подряда на капитальное строительство с точки зрения его инвестиционного характера: стороны договора как субъекты инвестиционных отношений, предмет инвестиции, объект инвестирования, особенности организации договорных связей.

Ключевые слова: инвестиции, строительство, договор подряда, инвестор, заказчик, подрядчик.

Summary

Gordiienko A. V. **Contract for capital construction as an investment contract.** – Article.

The article examines the legal aspects of the contract for capital construction in terms of its investment nature: the parties to the contract as participants of investment relations, the subject of investment, the object of investment, the features of the contractual relations organization.

Key words: investment, construction, construction contract, investor, employer, contractor.