

Національна комісія з цінних паперів та фондового ринку (далі – Комісія) на лист від 18.01.2021 № 461/5/99-00-21-02-02-05 (вх. № 1320 від 18.01.2021 р.) повідомляє.

Частиною другою статті 2 Закону України «Про інвестиційну діяльність» встановлено, що інвестиційна діяльність провадиться, серед іншого на основі: спільного інвестування, що здійснюється юридичними особами та громадянами України, юридичними особами та громадянами іноземних держав.

Відповідно до частини третьої статті 4 Закону України «Про інвестиційну діяльність» інвестування та фінансування будівництва об'єктів житлового будівництва з використанням недержавних коштів, залучених від фізичних та юридичних осіб, у тому числі в управлінні, може здійснюватися виключно через фонди фінансування будівництва, фонди операцій з нерухомістю, інститути спільного інвестування (далі – ІСІ), а також шляхом емісії цільових облігацій підприємств, виконання зобов'язань за якими здійснюється шляхом передачі об'єкта (частини об'єкта) житлового будівництва. Інші способи фінансування будівництва таких об'єктів визначаються виключно законами.

Абзацом другим частини першої статті 5 Закону України «Про інвестиційну діяльність» встановлено, що недержавні пенсійні фонди, ІСІ, страховики та фінансові установи - юридичні особи публічного права здійснюють інвестиційну діяльність відповідно до законодавства, що визначає особливості їх діяльності.

Відповідно до преамбули до Закону України «Про інститути спільного інвестування» (далі – Закон), цей Закон спрямований на забезпечення залучення та

ефективного розміщення фінансових ресурсів інвесторів і визначає правові та організаційні основи створення, діяльності, припинення суб'єктів спільного інвестування, особливості управління активами, зазначених суб'єктів, встановлює вимоги до складу, структури та зберігання таких активів, особливості емісії, обігу, обліку та викупу цінних паперів ІСІ, а також порядок розкриття інформації про їх діяльність.

Пунктом 5 частини першої статті 1 Закону визначено, що діяльність із спільного інвестування - діяльність, яка провадиться в інтересах учасників (учасника) ІСІ та за рахунок ІСІ шляхом вкладення коштів спільного інвестування в активи ІСІ.

Відповідно до пункту 1 частини першої статті 1 Закону активи ІСІ - сформована за рахунок коштів спільного інвестування сукупність майна, корпоративних прав, майнових прав і вимог та інших активів, передбачених законами та нормативно-правовими актами Комісії.

Пунктом 1 розділу II Положення про склад та структуру активів інституту спільного інвестування, затвердженого рішенням Комісії від 10.09.2013 року № 1753, зареєстрованого в Міністерстві юстиції України 01.10.2013 за № 1689/24221 (далі - Положення) встановлено, що активи ІСІ складаються з грошових коштів, у тому числі в іноземній валюті, на поточних та депозитних рахунках, відкритих у банківських установах, банківських металів, об'єктів нерухомості, цінних паперів, визначених Законом України «Про цінні папери та фондовий ринок», цінних паперів іноземних держав та інших іноземних емітентів, корпоративних прав, виражених в інших, ніж цінні папери, формах, майнових прав і вимог, а також інших активів, дозволених законодавством України, з урахуванням обмежень, установлених Законом безпосередньо для конкретних типів та видів інвестиційних фондів. Зазначені активи формуються (оплануються) за рахунок коштів спільного інвестування.

Відповідно до пункту 13 частини першої статті 1 Закону кошти спільного інвестування - кошти, внесені засновниками корпоративного фонду, кошти та у випадках, передбачених цим Законом, інші активи, залучені від учасників ІСІ, доходи від здійснення операцій з активами ІСІ, доходи, нараховані за активами ІСІ, та інші доходи від діяльності ІСІ (відсотки за позиками, орендні (лізингові) платежі, роялті тощо). Кошти, внесені засновниками корпоративного фонду, вважаються коштами спільного інвестування після внесення такого фонду до Реєстру.

Частиною першою статті 9 Закону України «Про інвестиційну діяльність» визначено, що основним правовим документом, який регулює взаємовідносини між суб'єктами інвестиційної діяльності, є договір (угода).

Як визначено статтею 3 Цивільного кодексу України (далі - Кодекс), загальними засадами цивільного законодавства, зокрема є свобода договору та свобода підприємницької діяльності, яка не заборонена законом.

Частинами першою - третьою статті 6 Кодексу встановлено, що сторони мають право укласти договір, який не передбачений актами цивільного законодавства, але відповідає загальним засадам цивільного законодавства. Сторони мають право

врегулювати у договорі, який передбачений актами цивільного законодавства, свої відносини, які не врегульовані цими актами. Сторони в договорі можуть відступити від положень актів цивільного законодавства і врегулювати свої відносини на власний розсуд. Сторони в договорі не можуть відступити від положень актів цивільного законодавства, якщо в цих актах прямо вказано про це, а також у разі, якщо обов'язковість для сторін положень актів цивільного законодавства випливає з їх змісту або із суті відносин між сторонами.

Відповідно до статті 6 цього Кодексу сторони є вільними в укладенні договору, виборі контрагента та визначенні умов договору з урахуванням вимог цього Кодексу, інших актів цивільного законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості, як визначено частиною першою статті 627 Кодексу.

Статтею 628 Кодексу встановлено, що зміст договору становлять умови (пункти), визначені на розсуд сторін і погоджені ними, та умови, які є обов'язковими відповідно до актів цивільного законодавства. Сторони мають право укласти договір, в якому містяться елементи різних договорів (змішаний договір). До відносин сторін у змішаному договорі застосовуються у відповідних частинах положення актів цивільного законодавства про договори, елементи яких містяться у змішаному договорі, якщо інше не встановлено договором або не випливає із суті змішаного договору.

Частиною 1 статті 635 Кодексу визначено, що попереднім є договір, сторони якого зобов'язуються протягом певного строку (у певний термін) укласти договір в майбутньому (основний договір) на умовах, встановлених попереднім договором.

Таким чином, за попереднім договором у сторін виникають зобов'язання щодо укладання протягом певного строку (у певний термін) в майбутньому основного договору на умовах, встановлених попереднім договором. При цьому, попереднім договором можуть бути встановлені види забезпечення виконання зобов'язання щодо укладання основного договору.

Згідно зі статтею 655 Кодексу за договором купівлі-продажу одна сторона (продавець) передає або зобов'язується передати майно (товар) у власність другій стороні (покупцеві), а покупець приймає або зобов'язується прийняти майно (товар) і сплатити за нього певну грошову суму.

Частинами першою, другою статті 656 Цивільного кодексу України встановлено, що предметом договору купівлі-продажу може бути товар, який є у продавця на момент укладення договору або буде створений (придбаний, набутий) продавцем у майбутньому. Предметом договору купівлі-продажу можуть бути майнові права. До договору купівлі-продажу майнових прав застосовуються загальні положення про купівлю-продаж, якщо інше не випливає із змісту або характеру цих прав.

Статтею 570 Кодексу визначено, що задатком є грошова сума або рухоме майно, що видається кредитором боржником у рахунок належних з нього за договором платежів, на підтвердження зобов'язання і на забезпечення його виконання.

Якщо не буде встановлено, що сума, сплачена в рахунок належних з боржника платежів, є задатком, вона вважається авансом.

При цьому, зауважуємо, що згідно Кодексу надання боржником у зобов'язанні кредиторів предметів (майна, грошових коштів тощо) для забезпечення виконання зобов'язань, може виникати на будь-яких стадіях правовідносин, зокрема, й у разі укладення попередніх договорів.

Частиною 26 статті 48 Закону передбачено, що вимоги до похідних (деривативів) у структурі активів ІСІ встановлюються Комісією. На даний час такі вимоги Комісією не встановлювались.

Підпунктом 14.1.45 статті 14 Податкового кодексу України визначено, що дериватив - документ, що засвідчує право та/або зобов'язання придбати чи продати у майбутньому цінні папери, матеріальні або нематеріальні активи, а також кошти на визначених ним умовах. Порядок випуску та обігу деривативів устанавлюється законодавством. До деривативів належить, в тому числі форвардний контракт - цивільно-правовий договір, за яким продавець зобов'язується у майбутньому в установленний строк передати базовий актив у власність покупця на визначених умовах, а покупець зобов'язується прийняти в установленний строк базовий актив і сплатити за нього ціну, визначену таким договором. Форвардний контракт виконується шляхом постачання базового активу та його оплати коштами або проведення між сторонами контракту грошових розрахунків без постачання базового активу. Усі умови форварду визначаються сторонами контракту під час його укладення. Укладення форвардів та їх обіг здійснюються поза організатором торгівлі стандартизованими строковими контрактами.

Підсумовуючи, законодавством передбачено віднесення до складу активів ІСІ об'єктів нерухомості, майнових прав на об'єкти нерухомості, з урахуванням обмежень, установлених Законом безпосередньо для конкретних типів та видів інвестиційних фондів, а також здійснення операцій з такими активами, зокрема їх реалізації, шляхом укладання відповідних правочинів (інвестиційних договорів, попередніх договорів тощо) з юридичними/фізичними особами.

Кошти, отримані за такими договорами (інвестиційними, попередніми тощо) від юридичних/фізичних осіб в рахунок оплати вартості об'єктів житлового фонду (квартир, приміщень), які після завершення будівництва будинків стануть власністю відповідного ІСІ на підставі інвестиційного договору, укладеного компанією з управління активами такого ІСІ із забудовником, є доходами від здійснення операцій з активами ІСІ та, відповідно, коштами спільного інвестування. А відтак, об'єкти житлового фонду, які придбані ІСІ за рахунок цих коштів, також є активами ІСІ.

Водночас зауважуємо, що об'єкти нерухомості, майнові права на об'єкти нерухомості, що не оплачені за рахунок коштів спільного інвестування, не є активами ІСІ в розумінні Закону, і відповідно доходи, отримані від продажу таких об'єктів, майнових прав, не є коштами спільного інвестування.

Залучення до складу активів ІСІ, зокрема венчурних, передбачених законодавством деривативів, в тому числі форвардних контрактів, з урахуванням обмежень, установлених Законом безпосередньо для конкретних типів та видів

інвестиційних фондів, а також здійснення операцій з такими активами, не суперечить чинному законодавству України.

При цьому слід зазначити, що форвардні контракти, що оплачені за рахунок коштів спільного інвестування, є активами ІСІ в розумінні Закону, і відповідно доходи, отримані від їх продажу, - коштами спільного інвестування.

Додатково зауважуємо, що Законом України від 19 червня 2020 року № 738-ІХ «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення залучення інвестицій та запровадження нових фінансових інструментів» внесено зміни до Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок», шляхом викладення останнього в новій редакції, який набирає чинності з 1 липня 2021 року, та яким врегульовано, серед іншого, відносини, що виникають під час укладання і виконання деривативних контрактів, заміни сторони деривативних контрактів та вчинення правочинів щодо фінансових інструментів на ринках капіталу.