

**Позиція Аукціонного Дому «Перспектива-Коммодіті» щодо питань,
пов'язаних із набуттям чинності 01.07.2021р. ЗУ «Про ринки капіталу та
організовані товарні ринки»**

1. Чи поширюється дія ЗУ «Про ринки капіталу та організовані товарні ринки» (далі – Закон) що набув чинності з 01.07.2021р. на деривативи базовим активом яких є нерухомість?

Відповідь

Згідно ч. 1 ст. 1 Закону України «Про ринки капіталу та організовані товарні ринки», що набув чинності 01.07.2021р., цей Закон регулює 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.

При цьому відповідно до ч. 3 ст. 1 Закону дія цього Закону не поширюється на:

1) 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:

а) валютних цінностей;

б) продукції;

2) відносини, пов'язані з вчиненням і виконанням правочинів щодо речей, визначених індивідуальними ознаками (крім цінних паперів).

Тобто, виходячи з положень п. 1 ч. 3 ст. 1 Закону, дія цього Закону поширюється на відносини, пов'язані з вчиненням і виконанням деривативних контрактів та правочинів щодо них поза організованими ринками щодо валютних цінностей та продукції.

Стаття 184 ЦК України встановлює, що **річ є визначеною індивідуальними ознаками**, якщо вона наділена тільки її властивими ознаками, що вирізняють її з-поміж інших однорідних речей, індивідуалізуючи її. Речі, визначені індивідуальними ознаками, є незамінними. Річ є визначеною родовими ознаками, якщо вона має ознаки, властиві усім речам того ж роду, та вимірюється числом, вагою, мірою. Річ, що має лише родові ознаки, є заміною.

Згідно ч. 1 ст. 181 ЦК України до **нерухомих речей** (нерухоме майно, нерухомість) належать земельні ділянки, а також об'єкти, розташовані на земельній ділянці, переміщення яких є неможливим без їх знецінення та зміни їх призначення.

Нерухомі речі, як правило, мають багато індивідуальних ознак, які визначають їх юридичну своєрідність.

Наприклад, для квартири, що будується, такими індивідуальними ознаками є її будівельний номер, загальна розрахункова площа, поверх, планування.

Для побудованої квартири індивідуальною ознакою, зокрема, є реєстраційний номер об'єкта нерухомого майна.

Отже на сьогодні, тобто з 01.07.2021р., дія Закону не поширюється на деривативи, базовим активом яких є нерухомість.

Але 30.06.2021 ВР прийняла у другому читанні ПЗУ 4367 від 12.11.2020 «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення питань організації корпоративного управління в банках та інших питань функціонування банківської системи», у тому числі **скориговано п. 3 ст. 1 Закону**.

А саме: «Дія цього Закону не поширюється на: ... відносини, пов'язані з вчиненням і виконанням правочинів щодо речей, визначених індивідуальними ознаками (**крім цінних паперів та деривативних контрактів**)». Такі зміни тільки підтверджує наші попередні міркування.

Отже Закон буде поширений на будь-які деривативи, в т.ч. на деривативи (форвардні контракти) щодо нерухомості, а відповідно при **проведенні таких операцій необхідно звітування до (ще не створеного) торгового репозиторію** тощо.

Зміни до ЗУ «Про ринки капіталу та організовані товарні ринки» вступають в дію після підписання його Президентом та на наступний день після публікації.

2. Чи потрібен з 01.07.2021, після вступу в силу ЗУ «Про ринки капіталу та організовані товарні ринки», посередник (інвестиційна фірма) для укладання та продажу форвардних контрактів?

Відповідь

По-перше. Наразі заплутана та хаотична класифікація деривативних контрактів, наведена у Законі, ускладнює чітку та однозначну кваліфікацію форвардних контрактів на нерухомість.

Зокрема, вони **не відповідають ані ознакам фінансових інструментів** (ч. 1 ст. 7 Закону), **ані ознакам правочинів, що не є фінансовими інструментами** (ч. 2 ст. 7 Закону). Їх не можна віднести до фінансових інструментів, визначених п. 10 ч. 1 ст. 7 (адже вони не мають характеристик іншого деривативного фінансового інструменту, зазначених у ч. 8 ст. 7).

ЗУ «Про ринки капіталу та організовані товарні ринки»

Стаття 31. Деривативні контракти та їх класифікація

1. Деривативний контракт - це договір, умови якого передбачають обов'язок однієї або кожної із сторін такого договору щодо базового активу та/або умови якого встановлюються залежно від значення базового показника, а також можуть передбачати обов'язок проведення грошових розрахунків.

2. Залежно від порядку укладення деривативного контракту його зміст визначається:

1) генеральною угодою та/або специфікацією деривативного контракту - щодо деривативних контрактів, укладення яких відбувається у багатосторонній системі організованого ринку;

2) генеральною угодою та/або описом деривативного контракту - щодо деривативних контрактів, укладення яких відбувається без використання багатосторонніх систем організованого ринку, за умови наявності домовленості сторін про укладення деривативного контракту на основі такої угоди або опису;

3) сторонами деривативного контракту самостійно - щодо деривативних контрактів, укладення яких відбувається без використання багатосторонніх систем організованого ринку, за умови відсутності домовленості сторін про укладення деривативного контракту на основі генеральної угоди або опису деривативного контракту.

3. За наявністю зобов'язання щодо передачі базового активу деривативні контракти є поставними, розрахунковими або змішаними.

Поставний деривативний контракт - деривативний контракт, що передбачає передачу базового активу однією або кожною із сторін.

Розрахунковий деривативний контракт - деривативний контракт, що передбачає здійснення розрахунків між сторонами залежно від значення базового показника.

Змішаний деривативний контракт - деривативний контракт, що передбачає можливість за волевиявленням однієї із сторін такого контракту здійснити заміну розрахунків між сторонами передачею базового активу однією або кожною із сторін або можливість за волевиявленням однієї із сторін такого контракту здійснити заміну зобов'язання з передачі базового активу однією або кожною із сторін зобов'язанням здійснити розрахунки.

Наявність базового активу у сторони, яка бере на себе зобов'язання щодо передачі базового активу за поставним деривативним контрактом, на момент укладення такого деривативного контракту не вимагається, якщо інше не передбачено умовами деривативного контракту.

4. За типом базового активу та/або базового показника деривативні контракти поділяються на такі види:

1) деривативні контракти грошового ринку - це деривативні контракти, базовим активом яких є валюта України, іноземна валюта, банківські метали чи інше майно, що визначається базовим активом у нормативно-правових актах Національного банку України, чи інші деривативні контракти грошового ринку, базовим показником яких є курс валюти, валютний індекс (курси декількох валют), ціна на банківські метали, процентна ставка (процентний індекс) чи інші показники, що визнаються базовими показниками у нормативно-правових актах Національного банку України.

Особливості укладення та виконання деривативних контрактів грошового ринку поза організованими ринками можуть встановлюватися Національною комісією з цінних паперів та фондового ринку за погодженням з Національним банком України;

2) товарні деривативні контракти - це деривативні контракти, базовим активом яких є продукція чи інший товарний деривативний контракт або базовим показником яких є ціна на продукцію, послуги, роботи чи товарний індекс (ціна на декілька видів продукції);

3) фондові деривативні контракти - це деривативні контракти, базовим активом яких є емісійні цінні папери (у тому числі іноземних емітентів) чи інші фондові деривативні контракти або базовим показником яких є ціна на такі емісійні цінні папери чи індекс оператора організованого ринку капіталу;

4) інші деривативні контракти - це деривативні контракти, базовим активом яких є право вимоги, інший деривативний контракт (крім деривативних контрактів грошового ринку, товарних або фондових деривативних контрактів), інше майно, що визначається базовим активом у нормативно-правових актах Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку, або базовим показником яких є показники статистичної інформації (що визначаються незалежно від сторін деривативного контракту), фізичні, біологічні, хімічні показники стану навколишнього природного середовища, інші показники, що визнаються базовими показниками у нормативно-правових актах Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку, а також деривативні контракти, що поєднують ознаки декількох видів деривативних контрактів, визначених цією частиною, та деривативні контракти, що не можуть бути віднесені до інших видів деривативних контрактів, визначених цією частиною.

По-друге. Можуть викликати дискусії і віднесення форвардних контрактів на нерухомість (начебто, цілком природне) до товарних форвардних контрактів з фізичною поставкою, що не є фінансовими інструментами (п. 4 ч. 2 ст. 7 Закону), адже визначення товарних деривативних контрактів взагалі (в т.ч. форвардів), що наведене у п. 2 ч. 4 ст. 31 Закону, ґрунтується на використанні в якості базового активу/показника винятково продукції, інших деривативів/цінових бенчмарків на продукцію, при цьому нерухомість не відповідає визначенню продукції, наведеному в ЗУ «Про товарні біржі».

ЗУ «Про товарні біржі»,

Стаття 2, п.п.11) продукція - сільськогосподарська продукція, деревина, мінерали, паливно-енергетичні ресурси, сировина, метали, дорогоцінне каміння, матеріальна продукція рибальства, паливної, хімічної, легкої, харчової та інших галузей промисловості, а також інші споживані речі, визначені родовими ознаками;

Зрозуміло, що нерухомість повинно відносити до речей визначених наявними індивідуальними ознаками.

Таким чином, деривативи на нерухомість можливо кваліфікувати лише як «інші деривативні контракти».

Навряд чи в НКЦПФР знайдуться аргументи щодо віднесення деривативів на нерухомість до фінансових інструментів.

*Стаття 36. Особливості укладення та виконання деривативних контрактів та правочинів щодо **фінансових інструментів***

12. Правочини щодо фінансових інструментів повинні вчинятися за участю або посередництвом інвестиційної фірми, крім випадків:

1) розміщення емітентом власних цінних паперів;

2) викупу та продажу емітентом власних цінних паперів;

- 3) проведення розрахунків з використанням неемісійних цінних паперів;
- 4) розміщення казначейських зобов'язань України;
- 5) внесення цінних паперів до статутного (складеного) капіталу юридичної особи;
- 6) дарування цінних паперів;
- 7) застави цінних паперів, а також вчинення правочинів, спрямованих на виконання, зміну та припинення такої застави (блокування, заклад, переказ, користування, управління, звернення стягнення на предмет застави тощо);
- 8) спадкування та правонаступництва щодо цінних паперів (у тому числі поділу спадкового майна);
- 9) вчинення правочинів, пов'язаних з виконанням судових рішень;
- 10) вчинення правочинів у процесі приватизації;
- 11) укладення банком зі своїм клієнтом деривативних контрактів грошового ринку поза організованим ринком деривативних контрактів;
- 12) укладення між кваліфікованими інвесторами, зазначеними у пунктах 1-6 частини першої статті 6 цього Закону, правочинів щодо фінансових інструментів поза організованим ринком капіталу;
- 13) укладення поза організованими ринками капіталу товарних деривативних контрактів, передбачених частиною шістнадцятою статті 44 цього Закону;
- 14) вчинення правочинів за межами України.

13. Правочини щодо фінансових інструментів, вчинені без участі (посередництва) інвестиційної фірми, крім випадків, передбачених частиною шостою цієї статті, є нікчемними.

Таким чином, хоча деривативи на нерухомість не потрапляють у виключення п. 12 ст.36, але оскільки такі деривативи не є фінансовим інструментом, дія цього пункту на них взагалі не поширюється.

3. Як ЗУ «Про ринки капіталу та організовані товарні ринки» вплине на обіг ФК, які укладені до 01.07.2021?

Відповідь

Відповідно до тексту ПЗУ 4367 від 12.11.2020:

(2) 18) розділ XIII "Прикінцеві та перехідні положення" доповнити пунктом 15¹ такого змісту:

"15¹. Деривативи (деривативні контракти), укладені до дати набрання чинності цим Законом, зберігають свою дію і знаходяться в цивільному обігу до дати їх виконання (дати їх припинення) відповідно до умов таких контрактів. Всі права та зобов'язання сторін таких деривативних контрактів вважаються чинними до моменту їх виконання (припинення)".

Отже, якщо деривативи укладені до 01.07.2021, то вони залишаються чинними. **Проте залишається відкритим питання, чи необхідно звітувати до торгового репозиторію про заміну сторони за деривативним контрактом, який був укладений до 01.07.2021.**

В той же час виходячи з контексту та логіки Закону щодо питання звітувати до торгового репозиторію, обіг деривативів повинен бути прив'язаний до його первинного укладання тобто виникнення. А якщо хтось (репозиторій або регулятор) буде вимагати реєстрації деривативів, що були укладені до вступу цього Закону, то це буде мати зворотну дію Закону, що є антиконституційно.

4. Чи вплинув ЗУ «Про ринки капіталу та організовані товарні ринки» на облік форвардів на нерухомість в активах ІСІ?

Відповідь

Зміни до законодавства, які внесені ЗУ «Про ринки капіталу та організовані товарні ринки» з 01.07.2021, **не стосуються складу активів ІСІ та їх обліку**. Тобто укладення правочинів та облік форвардних контрактів **буде здійснюватися у звичному режимі**.

1) питання дозволених активів ІСІ регулюється зовсім іншим законодавством, а саме ЗУ «Про інститути спільного інвестування»;

Ст. 48 ЗУ «Про інститути спільного інвестування» передбачає можливість складання активів ІСІ з цінних паперів, коштів, банківських металів та інших активів, передбачених законодавством. Діючі вимоги до активів ІСІ встановлені Положенням про склад та структуру активів ІСІ (затверджене рішенням НКЦПФР від 10.09.2013 № 1753), **яке не передбачає обмежень щодо наявності в активах венчурних ІСІ форвардних контрактів як активів, дозволених законодавством України**. Зміни у Законі про ІСІ з 01.07.2021 не стосуються деривативів, у Положенні про склад та структуру активів ІСІ зміни з 01.07.2021 відсутні

2) питання класифікації активів ІСІ з метою їх бухгалтерського обліку регулюються ЗУ «Про бухгалтерський облік та фінансову звітність в Україні» та, оскільки, ІСІ є фінансовими установами, міжнародними стандартами фінансової звітності;

З метою класифікації та визнання активу у бухгалтерському обліку та у балансі підприємства (ІСІ) принциповими є вимоги та визначення стандартів фінансової звітності, які передбачають можливість обліку деривативних (в т.ч. форвардних) контрактів. Ідентифікація активу ІСІ здійснюється з урахуванням способу набуття такого активу – виключно за кошти ІСІ. Зміни у ЗУ «Про бухгалтерський облік та фінансову звітність в Україні» та МСФЗ з 01.07.2021 щодо обліку деривативних контрактів відсутні.

5. Головне питання: щодо оподаткування операцій з деривативами

Відповідь

Оподаткування операцій з деривативами здійснюється відповідно до норм Податкового кодексу України (ПКУ).

ПКУ містить власну термінологію, власну та цілком достатню для цілей оподаткування класифікацію деривативів, яка з 01.07.2021 також залишається без змін.

6. Загальні перспективи використання форвардів на нерухомість в моделях фінансування будівництва

Неоднозначність та колізійність вже діючого законодавства, практично повна відсутність підзаконних нормативних актів НКЦПФР залишає без відповіді чимало питань.

Ситуацію ускладнює відсутність публічної позиції НКЦПФР. Зрозуміло, що до компетенції НКЦПФР не належить тлумачення цього Закону. Але якщо НКЦПФР буде намагатися формувати нормативну базу або правозастосовувати та таким чином «уточнювати» Закон, то нам дуже цікава логіка та аргументи таких дій. І вже наша справа, чи погодитись з цією позицією, чи обґрунтовано її спростувати.

До цього треба додати, що термін створення так званого «репозиторію» навіть не декларується.

Треба також наголосити, що ЗУ «Про ринки капіталу та організовані товарні ринки» охоплює набагато більшу сферу регулювання порівняно з приписами MiFiD II, хоча декларує саме їх імплементацію.

Отже повинно констатувати, що обговорюваний Закон створив в українській юрисдикції ситуацію правової невизначеності, яка загрожує непередбаченими ризиками.

Оптимальним виходом з ситуації вбачається заміна юрисдикції здійснення операцій з деривативами, в тому числі щодо деривативів, базовим активом яких є нерухомість, на більш адекватну та передбачувану, принаймні до моменту внесення конструктивних змін до Закону.