МІНІСТЕРСТВО ФІНАНСІВ УКРАЇНИ
ДЕРЖАВНИЙ ПОДАТКОВИЙ УНІВЕРСИТЕТ

Кваліфікаційна наукова праця
на правах рукопису

ОСТРИНСЬКИЙ ВЛАДИСЛАВ ОЛЕГОВИЧ

УДК 347.4:001.89

ДИСЕРТАЦІЯ

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ УКЛАДЕННЯ ТА ВИКОНАННЯ EPC-КОНТРАКТІВ ДЛЯ ПОТРЕБ ВІДНОВЛЮВАЛЬНОЇ ЕНЕРГЕТИКИ

081 – Право

08 – Право

Подається на здобуття наукового ступеня доктора філософії

Дисертація містить результати власних досліджень. Використання ідей, результатів і текстів інших авторів мають посилання на відповідне джерело _____/В. О. Остринський/

Науковий керівник: Никитченко Наталія Валеріївна, доктор юридичних наук, професор, доцент кафедри

Ірпінь 2023

АНОТАЦІЯ

Остринський В. О. Правове регулювання укладення та виконання EPC-контрактів для потреб відновлювальної енергетики. – Кваліфікаційна наукова праця на правах рукопису.

Дисертація на здобуття наукового ступеня доктора філософії в галузі знань 08 «Право» за спеціальністю 081 «Право». Державний податковий університет, Ірпінь, 2023.

Дисертацію присвячено дослідженню правового регулювання укладання та виконання EPC-контрактів для потреб відновлювальної енергетики, а також розробці на цій основі рекомендацій з удосконалення відповідних законодавчих положень і практики їх застосування.

На основі здійсненого дослідження було надано рекомендації в частині практичного застосування EPC-контрактів для реалізації проектів будівництва об'єктів відновлювальної енергетики, розроблено можливі шляхи для вдосконалення чинної нормативно-правової бази, що полегшить їх належну правову адаптацію, досліджено найбільш поширені ризики, які виникають під час їх укладення та виконання тощо.

У першому розділі, що присвячений дослідженню теоретико-правових основ застосування EPC-контракту для потреб відновлювальної енергетики, визначено поняття EPC-контракту**,** під яким розуміємо особливий вид змішаного договору на здійснення капітального будівництва «під ключ», що укладається відповідно до типових форм, затверджених міжнародними профільними організаціями, згідно з яким підрядник відповідає за проектування, поставку, будівництво, пусконалагоджувальні роботи та введення об'єкта в експлуатацію у визначені строки, а замовник зобов'язаний передати в належному стані будівельний майданчик підряднику та оплатити роботи за «твердою ціною» згідно з затвердженим графіком платежів.

У дослідженні було надано характеристику EPC-контракту, яка стала основою для визначення та систематизації основних його ознак, а саме: укладення договору виключно в письмовій формі, наявність «твердої ціни», вичерпний перелік прав та обов'язків підрядника, тісний зв'язок із

термінологією, що застосовується у англійському праві, можливість доповнення додатковими договірними конструкціями, обмеження відповідальності сторін в межах визначеного розміру Contract Price, обмеження прав замовника щодо здійснення впливу на субпідрядників, наявність ознак зовнішньоекономічного договору (контракту).

Встановлено, що EPC-контракт як явище, що існує в межах сучасних договірних відносин, має глибоке коріння, яке сягає часів Стародавнього Риму, адже йому притаманна консенсуальність, оплатність, синалагматичність, а найголовніше − він має ознаки вільного контракту (bonae fudei negotia). Сторони, що його укладають, безумовно діють із розрахунком на взаємну довіру та добросовісність.

Констатовано, що укладення EPC-контрактів в Україні можливе завдяки наявності двох загальноправових принципів: свободи договору та автономії волі. При цьому основним принципом, що лежить в основі укладення та виконання EPC-контракту в Україні, є принцип свободи договору, адже він дозволяє укладати змішані договори, що є комбінацією різних цивільно-правових та господарських угод у рамках однієї договірної конструкції. Іншим фундаментальним принципом, який застосовується під час укладення зовнішньоекономічних договорів і дозволяє сторонам EPC-контракту (за наявності іноземного елементу) самостійно здійснювати вибір юрисдикції для різних елементів угоди, є принцип автономії волі. З аналізу нормативних приписів встановлено, що вітчизняний законодавчий підхід до обмеження згаданого принципу полягає в недопущенні зловживань із боку учасників договірних відносин, якщо застосування права іноземної держави призведе до наслідків, які будуть явно суперечити основам правопорядку в України. Отже, належне застосування принципу автономії волі є важливою складовою правової адаптації EPC-контракту до вимог імперативних норм, що містяться в національному законодавстві.

У *другому розділі* роботи автором досліджуються особливості укладення та виконання EPC-контрактів згідно з формами FIDIC. Встановлено наявність розбіжностей у розумінні явища правового аналізу між юристами-практиками

та вченими-правниками, які полягають у тому, що перші здійснюють юридичний аналіз контрактів задля отримання комерційної вигоди та з метою захисту інтересів клієнта, а отже сприймають цей процес як надання послуги, а другі – керуються потребами наукового пізнання і діють неупереджено.

Визначено поняття правовий аналіз, під яким слід розуміти основоположний метод дослідження угод чи договірних конструкцій, що полягає у виокремленні складових, які становлять їх структуру, знаходження логічних зв'язків між ними, зіставленні цих елементів із нормами чинного законодавства та теорії права, з метою подальшого синтезу отриманих результатів в якісну оцінку умов договору (контракту). Дане положення належним чином розкриває зміст цього явища, дозволяє уніфікувати підхід до його розуміння в межах юридичної науки та підвищити якість здійснення подальших правових досліджень.

У даному розділі дисертаційного дослідження розглянуто питання співвідношення таких понять, як «правовий аналіз», «юридичний аудит» та «дью-диліджанс». Констатовано, що найбільш широким та всеохоплюючим поняттям у цьому разі буде саме правовий аналіз, який може бути виражений як у формі юридичного аудиту, так і в формі правового дью-диліджансу, які, в свою чергу, є тотожними поняттями.

З'ясовано, що розділення EPC-контракту на офшорну та оншорну частину призводить до виникнення низки правових питань, які потребують врегулювання в договірному порядку, зокрема: невизначеність специфікації, проблеми з термінами виконання, колізії у разі застосування правових норм різних юрисдикцій, обмеження відповідальності сторін, форс-мажору, припинення або призупинення дії договору тощо. Встановлено, що неякісне розділення EPC-контракту може значно збільшити кількість договірних ризиків, наявність яких необхідно буде врегульовувати або контролювати згодом.

Встановлено, що серед найбільш поширених ризиків, які можуть виникнути під час укладення та виконання EPC-контрактів, можна виділити такі: 1) непередбачуваність особливостей будівельного майданчику; 2)

перевищення повноважень представником сторони в рамках укладення чи виконання договору; 3) задубльованість положень щодо застосування штрафних санкцій (затримка виконання офшорних зобов'язань призводить до відтермінування робіт в рамках оншорної частини договору); 4) неузгодженість положень EPC-контракту з імперативними нормами чинного українського законодавства; 5) невизначеність специфікації; відсутність перехресних посилань між оншорною та офшорною частинами EPC-контракту тощо.

У межах даного розділу окрему увагу приділено дослідженню правової природи інженера-консультанта, під яким розуміємо спеціалізовану організацію (суб'єкт господарювання), що залучена до реалізації проектів будівництва на боці замовника, яка забезпечує неупереджене організаційне та консультаційне супроводження проекту будівництва на всіх стадіях та несе відповідальність за дотримання норм законодавства у частині делегованих замовником повноважень.

Аргументовано необхідність удосконалення національного законодавства, зокрема шляхом доповнення статті 318 ГК України частиною 6 у такій редакції: «6. Вимоги частини 1-5 цієї статті не застосовуються в разі, якщо сторони договору підряду на капітальне будівництво використовують типові проформи договорів, що розроблені міжнародними профільними організаціями».

У *третьому розділі* проаналізовано сучасний стан та перспективи розвитку укладання та виконання EPC-контрактів. Узагальнюючи аналіз практичних кейсів провідних юристів та вчених, що спеціалізуються на юридичному супроводі EPC-контрактів, сформульовано низку пропозицій і рекомендацій, що спрямовані на вдосконалення теоретико-правових та нормативних засад правового регулювання укладання та виконання EPC-контрактів для потреб відновлювальної енергетики, а також наближення українського законодавства до найкращих загальновизнаних міжнародних практик.

Обґрунтовано необхідність включення сторонами EPC-контракту положень щодо страхування політичних ризиків (війна, зміна політичного режиму, збройна агресія, масові заворушення) та обов'язкову наявність

санкційного застереження, що дозволить учасникам угоди зменшити збитки, які можуть виникнути у зв'язку з настанням неконтрольованих ризиків.

Із метою наближення положень національного законодавства до договірної практики з укладення EPC-контрактів запропоновано викласти абзац третій частини 3 статті 216 Господарського кодексу України у такій редакції: «у господарському договорі допускаються застереження щодо виключення або обмеження відповідальності виробника (продавця) продукції». Вказана новела дозволить упорядкувати вимоги до EPC-контрактів, які прямо передбачають необхідність узгодження договірними сторонами максимального розміру завданих збитків (liquidated damages).

Обґрунтовано необхідність уведення такого процесуального інституту як тлумачення судом договірних положень, зокрема й тих, що розроблені міжнародними профільними організаціями, без подання відповідного позову до суду, в рамках окремого (непозовного) провадження. При цьому, звернення до суду з приводу тлумачення норм договору не позбавлятиме сторони права на вирішення спору у рамках позовного провадження, але рішення про тлумачення договірних положень стане обов'язковим для врахування судом, який буде розглядати справу по суті.

Ключові слова: будівництво, верховенство права, відновлювальна енергетика, господарський договір, договір поставки, договірний ризик, зовнішньоекономічний контракт, інженер-консультант, інжиніринг, капітальне будівництво, принцип автономії волі, принцип свободи договору, принципи Абрахамсона, страхування ризиків, EPC-контракт, FIDIC.

SUMMARY

Ostrynsky V.O. Legal Regulation of the Conclusion and Execution of EPC Contracts for Renewable Energy Needs. – Qualifying scientific work on manuscript rights.

Thesis for obtaining the scientific degree of Candidate of Juridical Science, specialty 08 "Law" in the field of knowledge 081 "Law". – State tax university, Ministry of Finance of Ukraine. Irpin, 2023.

The dissertation is devoted to the study of the legal regulation of the conclusion and execution of EPC contracts for the needs of renewable energy, as well as to the development of recommendations on this basis for improving the relevant legislative provisions and the practice of its application.

On the basis of the conducted research, recommendations were given regarding the practical application of EPC contracts for the implementation of renewable energy projects, possible ways to improve the current regulatory and legal framework were developed, which will facilitate their proper legal adaptation, the most common risks that arise under the time of their conclusion and execution, etc.

In the first chapter, which is devoted to the study of the theoretical and legal foundations of the application of the EPC contract for the needs of renewable energy, the concept of EPC contract was defined, which is understood as a special type of mixed contract for the implementation of turnkey capital construction, which is concluded in accordance with the standard forms approved by international specialized organizations, according to which the contractor is responsible for design, supply, construction, commissioning and putting the object into operation within the specified time, and the customer is obliged to hand over the construction site in good condition to the contractor and pay for the work at a "fixed price" according to with an approved payment schedule.

The study provided a description of the EMS contract, which became the basis for defining and systematizing its main features, which should include: conclusion of the contract exclusively in writing, the presence of a "fixed price", an exhaustive list of rights and obligations of the contractor, a close relationship connection with the

terminology used in English law, the possibility of supplementing with additional contractual constructions, limiting the liability of the parties within the defined amount of the Contract Price, limiting the rights of the customer in exerting influence on subcontractors, the presence of signs of a foreign economic agreement (contract).

It has been established that the EPC contract as a phenomenon that exists within modern contractual relations has deep roots that go back to the times of Ancient Rome, because it is characterized by consensuality, payment, synalagmaticity, and most importantly, it has signs of a free contract (bonae fudei negotia). The parties concluding it certainly act based on mutual trust and good faith.

It was established that the conclusion of EPC contracts in Ukraine is possible due to the presence of two general legal principles: freedom of contract and autonomy of will. At the same time, the main principle underlying the conclusion and execution of an EPC contract in Ukraine is the principle of freedom of contract, because it allows the conclusion of mixed contracts, which represent a combination of various civil and economic agreements within the framework of one contractual structure. Another fundamental principle that is applied when concluding foreign economic contracts and allows the parties to an EPC contract (in the presence of a foreign element) to independently choose jurisdiction for various elements of the agreement is the principle of autonomy of will. From the analysis of normative prescriptions, it was established that the domestic legislative approach to limiting the mentioned principle is to prevent abuses by the participants of contractual relations, if the application of the law of a foreign state will lead to consequences that will clearly contradict the foundations of the legal order of Ukraine. Thus, the proper application of the principle of autonomy of will is an important component of the legal adaptation of the EPC contract to the requirements of the mandatory norms contained in the national legislation.

In the second chapter of the work, the author examines the peculiarities of concluding and executing EPC contracts according to FIDIC forms. It has been established that there are differences in the understanding of the phenomenon of legal analysis between practicing lawyers and legal scientists, which consists in the fact that the former carry out legal analysis of contracts for the purpose of obtaining

commercial benefits and for the purpose of protecting the interests of the client and perceive this process as providing a service, while the latter are guided needs of scientific knowledge and act impartially.

The concept of legal analysis is defined, which should be understood as the fundamental method of researching agreements or contractual structures, which consists in isolating the components that make up their structure, finding logical connections between them, comparing these elements with the norms of current legislation and legal theory, with the aim of further synthesis of the obtained results in the qualitative assessment of the terms of the contract. This provision properly reveals the meaning of this phenomenon, allows unifying the approach to its understanding within legal science and will increase the quality of further legal research.

In this section of the dissertation research, the question of the relationship between such concepts as "legal analysis", "legal audit" and "due diligence" is investigated. It has been established that the most broad and comprehensive concept in this case will be precisely legal analysis, which can be expressed both in the form of legal audit and in the form of legal due diligence, which, in turn, are identical concepts.

It has been found that the division of the EPC contract into offshore and onshore parts leads to the emergence of a number of legal issues that need to be settled in a contractual manner, in particular: uncertainty of the specification, problems with the terms of execution, conflicts in the application of legal norms of different jurisdictions, limitation of the parties' liability, force majeure, termination or suspension of the contract, etc. It has been established that poor separation of an EPC contract can significantly increase the number of contractual risks, the presence of which will need to be regulated or controlled later.

It has been established that among the most common risks that may arise during the conclusion and execution of EPC contracts, the following can be distinguished: 1) unpredictability of the features of the construction site; 2) exceeding the authority of the representative of the party in the framework of the conclusion or performance of the contract; 3) duplication of provisions regarding the application of fines (delay in

the fulfillment of offshore obligations leads to postponement of works within the framework of the onshore part of the contract); 4) inconsistency of the provisions of the EPC contract with the mandatory norms of Ukrainian legislation; 5) specification uncertainty; lack of cross-references between the onshore and offshore part of the EPC contract, etc.

Within this section, special attention is paid to the study of the legal nature of the consulting engineer, by which we understand a specialized organization (business entity) involved in the implementation of construction projects on the customer's side, which provides impartial organizational and consulting support of the construction project at all stages and is responsible for compliance with the legislation in terms of the powers delegated by the customer.

The need to improve national legislation is argued, in particular by adding part 6 of Article 318 of the Civil Code of Ukraine in the following version: "6. The requirements of parts 1-5 of this article do not apply if the parties to the contract for capital construction use standard proforma contracts developed by international specialized organizations."

The third chapter analyzes the current state and prospects for the development of the conclusion and execution of EPC contracts. Summarizing the analysis of practical cases of leading lawyers and scientists specializing in the legal support of EPC contracts, a number of proposals and recommendations have been formulated aimed at improving the theoretical and legal and normative foundations of the legal regulation of the conclusion and execution of EPC contracts for the needs of renewable energy, as well as the approximation of Ukrainian legislation to the best, generally recognized international practices.

The need for the parties to the EPC contract to include provisions on political risk insurance (war, change of political regime, armed aggression, mass riots) and the mandatory existence of a sanctions clause, which will allow the participants of the agreement to reduce losses that may arise in connection with the onset of uncontrolled risks.

In order to approximate the provisions of national legislation to the contractual practice of concluding EPC contracts, it is proposed to set out the third paragraph of

part 3 of Article 216 of the Economic Code of Ukraine in the following wording: "in an economic contract, clauses regarding the exclusion or limitation of the liability of the manufacturer (seller) of products are allowed." The specified amendment will streamline the requirements for EMS contracts, which directly provide for the need for agreement by the contracting parties on the maximum amount of liquidated damages.

The need to introduce such a procedural institution as the court's interpretation of contractual provisions, including those developed by international specialized organizations, without filing a corresponding lawsuit in court, as part of a separate (non-suitable) proceeding, is substantiated. At the same time, an appeal to the court regarding the interpretation of the terms of the contract will not deprive the party of the right to resolve the dispute within the framework of the legal proceedings, but the decision on the interpretation of the contractual provisions will become mandatory for consideration by the court, which will consider the case on its merits.

Keywords: Abrahamson principles, business contract, capital construction, contractual risk, construction, consulting engineer, engineering, EPC contract, FIDIC, foreign economic contract, political violence risk, renewable energy, risk insurance, Rule of Law, supply agreement, the autonomy of the will principle, the freedom of contract principle.

СПИСОК ОПУБЛІКОВАНИХ ПРАЦЬ ЗА ТЕМОЮ ДИСЕРТАЦІЇ

Наукові праці, в яких опубліковані основні результати дисертації:

1. Остринський В.О., Никитченко Н.В. Правова генеза поняття EPC-контракт, як особливого виду змішаного договору. *Підприємництво, господарство і право,* 2019. Випуск 12. С. 113 – 118.

2. Остринський В.О., Никитченко Н.В. Проблеми вибору права та його обмеження при укладенні EPC-контрактів. *Часопис Київського університету права»* #2-2020. С. 218 – 223.

3. Ostrynskyi, V., Nykytchenko, N., Sopilko, I., Krykun, V., & Mykulets, V. (2022). EPC-contracts using in renewable energy: Legal and practical aspect. *Amazonia Investiga,* 11 (52), 309-317. URL: https://www.webofscience.com/wos/woscc/full-record/WOS:000806131700032 (Web of Science).

Наукові праці, які засвідчують апробацію матеріалів дисертації:

1. Остринський В.О. Проблеми правового регулювання розділення EPC-контрактів в сфері відновлювальних джерел енергії. Правотворчість та правозастосування у демократичній державі: теорія і практика. Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Київ, 10 жовт. 2019 р.). Київ, 2019. URL https://legalactivity.com.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=2094%3A030919-11&catid=249%3A4-102019&Itemid=307&lang=ru

2. Остринський В.О. Проблеми правового регулювання капітального будівництва у сфері відновлювальних джерел енергії. Економічні перспективи підприємництва в Україні. III Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Київ, 10-11 жовтня 2019 року) Київ, 2019. С. 224 – 227.

3. Остринський В.О. Особливості оподаткування обладнання для вітрових та сонячних електростанцій. Управління публічними фінансами та проблеми забезпечення національної економіки / Остринський В.О. // Збірник тез Податкового конгресу "Управління публічними фінансами та проблеми забезпечення національної економічної безпеки" / [редкол.: Пашко П. В., Шевчук О. А., Весельська Л. А. та ін.] ; Державна фіскальна служба України,

Університет державної фіскальної служби України. - Ірпінь : Університет ДФС України, 2019. С. 288 – 290.

4. Остринський В.О. Перспективи розвитку ринкової саморегуляції будівельної галузі: господарсько-правовий аспект. Треті наукові читання пам’яті академіка В. К. Мамутова / НАНУ, Ін-т енциклопедичних досліджень ім. В. К. Мамутова, Київський нац. ун-т ім. Т. Шевченка. Ін-т права, Нац. акад. правових наук України. Донецький регіон. наук. центр ; упоряд. Р. А. Джабрілов. - Київ, 2021. С. 202 – 207.

ЗМІСТ

ВСТУП 3

РОЗДІЛ 1. ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВІ ОСНОВИ ЗАСТОСУВАННЯ EPC-КОНТРАКТУ ДЛЯ ПОТРЕБ ВІДНОВЛЮВАЛЬНОЇ ЕНЕРГЕТИКИ 12

1.1. Поняття EPC-контракту 12

1.2. Правова природа EPC-контракту 23

1.3 Принципи укладання EPC-контракту 31

ВИСНОВКИ ДО РОЗДІЛУ 1 46

РОЗДІЛ 2. ОСОБЛИВОСТІ УКЛАДЕННЯ ТА ВИКОНАННЯ EPC-КОНТРАКТІВ ЗА ФОРМАМИ FIDIC 49

2.1. Правовий аналіз контрактів за типовими формами FIDIC 49

2.2. Структурування, укладання та виконання EPC-контрактів 78

2.3. Основні ризики при підписанні та реалізації EPC-контрактів в Україні 99

ВИСНОВКИ ДО РОЗДІЛУ 2 126

РОЗДІЛ 3. СУЧАСНИЙ СТАН ТА ПЕРСПЕКТИВИ РОЗВИТКУ УКЛАДАННЯ ТА ВИКОНАННЯ EPC-КОНТРАКТІВ 130

3.1 Зарубіжний досвід укладання та виконання EPC контрактів 130

3.2 Шляхи вдосконалення правового регулювання укладання та виконання EPC-контрактів для потреб відновлювальної енергетики 153

ВИСНОВКИ ДО РОЗДІЛУ 3 174

ВИСНОВКИ 176

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ 183

ДОДАТКИ 204

ВСТУП

Обґрунтування вибору теми дослідження. Міжнародні інвестиційно-будівельні проекти характеризуються тривалим життєвим циклом. Учасники проекту зацікавлені, з одного боку, у стабільності та передбачуваності правового режиму під час їх реалізації, а з іншого – у наявності гнучких юридичних інструментів адаптації проекту до змін, що відбуваються. Типова форма договору під назвою «Умови контракту для проектів, які виконуються «під ключ» (Срібна книга), розроблена Міжнародною федерацією інженерів-консультантів, була створена якраз для того, аби задовольнити інтереси сторін, що реалізують інвестиційно-будівельні проекти, пов’язані зі створенням складних промислових, енергетичних, інфраструктурних об’єктів, тобто таких, що мають тривалий життєвий цикл.

Довгі роки в сфері реалізації великих будівельних проектів, найпоширенішим був контракт на комплексне виконання робіт однією організацією із зазначенням фіксованої ціни за весь обсяг робіт та будівництвом об'єкта «під ключ». Це так званий «контракт на проектування, поставку і будівництво», який отримав назву EPC-контракту. Подібний тип контракту дозволяв інвесторам і замовникам заздалегідь передбачити часові та фінансові витрати, і даний підхід був настільки популярним, що FIDIC підготувала типові шаблони такого контракту з урахуванням реальних ринкових умов. Опублікована в 1999 році Срібна книга, орієнтована на реалізацію проектів «під ключ», передбачає покладання на підрядника низки ризиків не лише щодо всеохоплюючого процесу будівництва об’єкта, але й щодо проектування та пуско-налагоджувальних робіт, також вона дала поштовх до активного використання і впровадження передбаченої нею концепції EPC.

Глобалізація світової економіки та розвиток транснаціонального ринкового обороту, а також високий рівень «зеленого» тарифу стали передумовами стрімкого розвитку господарсько-правових відносин у сфері капітального будівництва об’єктів відновлювальної енергетики в Україні. Однак невідповідність національного законодавства вимогам сучасності, неналежне

регулювання суспільних відносин у сфері капітального будівництва примушує суб'єктів господарювання все частіше використовувати норми закордонних юрисдикцій чи проформи міжнародних профільних організацій для здійснення договірних транзакцій. В Україні такою формою стала Срібна книга FIDIC або її інша, більш популярна назва – EPC-контракт.

Збройна агресія російської федерації, яка розпочалась 24 лютого 2022 року, суттєво знизила інвестиційний потенціал України, що вплинуло не лише на галузь відновлювальної енергетики, але й на всю економіку країни в цілому. Однак, віра в перемогу та стійкість українського народу дають змогу сподіватися на повернення інвестиційного потенціалу нашою країною та відновленням капітальних інвестицій у проекти будівництва електростанцій, що використовують відновлювальні джерела енергії.

З огляду на це важливим є доопрацювання національного законодавства, задля удосконалення його норм відповідно до потреб сьогодення, усунення нормативних перепон, правової невизначеності, прогалин та колізій, зокрема й щодо укладання та виконання EPC-контрактів.

Вивченню проблематики договірних відносин, що виникають у ході капітального будівництва як у загальній теорії права, так і в господарському праві, приділяли увагу такі науковці: Р. В. Мельниченко, Д. Ю. Сурай, Р. А. Лідовець, Л. К. Веретельник, Є. О. Тупицька, Ю. В. Романець, Л. В. Мигалюк, М. Л. Бондаренко, В. І. Кисіль, С. К. Теуш, І. В. Сухоставець, П. О. Бітюк, Т. Я. Рим, В. А. Устименко, В. І. Теремецький, Н. В. Никитченко, О. Є. Костюченко, Н. Б. Новицька, С. О. Оберкович та інші.

Проведене дисертаційне дослідження опирається на здобутки науковців, які вивчали окремі аспекти, що є дотичними до проблематики укладення та виконання EPC-контрактів для потреб відновлювальної енергетики, зокрема: О. А. Беляневич (Теоретичні проблеми господарського договірного права), в частині визначення сутності договору як універсального засобу саморегуляції суспільних відносин та його функції в механізмі правового регулювання господарських відносин, Е. Ю. Рибнікової («Господарсько-правове стимулювання використання відновлюваних джерел енергії в Україні»), в

частині розуміння сутності відновлювальних джерел енергії, В .Г. Олюха («Господарсько-правові засоби оптимізації капітального будівництва у сучасній Україні»), в частині теоретичних і практичних проблем використання господарсько-правових засобів для оптимізації капітального будівництва з метою стимулювання сталого розвитку будівельної галузі, І. С. Лукасевич-Крутник («Договір підряду на проведення проектних та пошукових робіт»), у частині вивчення проблематики правового регулювання зобов'язань за договором підряду на здійснення проектування (проектних робіт).

Разом із цим убачається недостатність вивчення проблематики укладення договорів, що розроблені міжнародними профільними організаціями, які набули широкого поширення в світі і застосовуються для реалізації будівельних проектів в цілому та проектів будівництва електростанцій, що використовують відновлювальні джерела енергії. Спеціальне законодавство також оминає це питання, зокрема Закон України «Про альтернативні джерела енергії» визначає правові, економічні, екологічні та організаційні засади використання відновлюваних джерел енергії, встановлює засади державної підтримки виробників електроенергії вже на етапі, коли об’єкт відновлювальної генерації збудований та належним чином функціонує.

Вищезазначене вказує на нагальну потребу в переосмисленні на науковому рівні підходів до врегулювання договірних відносин суб’єктів господарювання, що здійснюють реалізацію проектів будівництва об’єктів відновлювальної енергетики в Україні з виробленням відповідних пропозицій щодо вдосконалення наявної нормативно-правової бази. В процесі дослідження також переосмислюється роль та майбутні особливості EPC-контрактів, як міжнародно визнаного інструменту для залучення інвестицій у сектор будівництва «зеленої» генерації, в рамках післявоєнної відбудови України.

Зв’язок роботи з науковими програмами, планами, темами, грантами. Дисертаційна робота виконана згідно з планом науково-дослідних робіт Державного податкового університету на кафедрі приватного права Навчально-наукового інституту права, в рамках тематики наукових досліджень під назвою: «Господарсько-торговельна діяльність в Україні: теорія і практика правового

регулювання» (державний реєстраційний номер 0117U001508). У межах вказаної теми дисертантом проведено дослідження стану та запропоновано напрями вдосконалення правового регулювання укладання та виконання EPC-контрактів для потреб відновлювальної енергетики.

Мета і завдання дослідження. *Метою дисертаційного дослідження є* аналіз правового регулювання укладання та виконання EPC-контрактів для реалізації проектів будівництва об'єктів, які здійснюють виробництво електроенергії з відновлювальних джерел в Україні.

Для досягнення поставленої мети передбачається виконання таких *завдань*:

- визначити та дослідити поняття EPC-контракту, опираючись на чинне законодавство України та міжнародну практику;

- проаналізувати типову форму EPC-контракту розроблену Міжнародною федерацією інженерів-консультантів (FIDIC);

- з'ясувати основні ризики, що виникають при підписанні та під час реалізації EPC-контрактів в Україні;

- дослідити правову природу EPC-контракту, опираючись на положення чинного законодавства та теорії права;

- проаналізувати сучасний стан та перспективи розвитку практики укладення та виконання EPC-контрактів в Україні;

- розробити шляхи вдосконалення правового регулювання укладання та виконання EPC-контрактів для потреб відновлювальної енергетики.

Об'єктом дослідження є суспільні відносини, що виникають у процесі укладення та виконання EPC-контрактів для потреб відновлювальної енергетики.

Предметом дослідження є правове регулювання укладання та виконання EPC-контрактів для потреб відновлювальної енергетики.

Методологічну основу дослідження складають загальнонаукові та спеціальні методи наукового пізнання, що застосовуються в юридичній науці, зокрема такі як: системний аналіз і синтез, порівняльно-правовий метод, системний метод тощо. Здійснюючи дослідження в розрізі вивчення укладення EPC-контрактів в Україні, також було застосовано метод правового

моделювання, який дозволив оцінити необхідний обсяг змін до законодавства, що необхідні для належного виконання таких угод, без застосування допоміжної адаптації, та допоміг виявити ті договірні положення, що не можуть бути застосовані в межах чинного правового поля і потребують відповідних змін. Порівняльно-правовий метод, який полягає в зіставленні норм права різних юрисдикцій або ж правових норм національного законодавства з положеннями конкретних форм договорів, відіграв у дослідженні головну роль. Це пояснюється тим, що правове поле, в межах якого здійснюється укладення EPC-контрактів, вже існує, однак воно не задовольняє сучасні потреби суб'єктів господарських відносин, що як наслідок зумовлює необхідність їх зіставлення з прогресивними положеннями типових проформ FIDIC. Системний аналіз та синтез також відіграли важливу роль в дослідженні, адже допомогли виявити необхідні положення EPC-контрактів, що потребують співставлення з нормами національного законодавства з метою подальшої адаптації.

Науково-теоретичною основою дослідження, окрім робіт вищезазначених авторів, становлять наукові праці таких провідних вітчизняних та зарубіжних фахівців, як: Джозеф Хьюз, Джонатан Хозі, Ардак Ідаятова, Камал Сабіров, А. П. Гаврилішин, В. С. Щербина, О. А. Теличко, В. С. Мілаш, І. В. Давидова, С. А., Подоляк, А. В. Ключник, В. Б. Саксонов та багато інших.

Нормативно-правову основу дослідження становить Конституція України, законодавчі та підзаконні нормативно-правові акти, рішення судових інстанцій закордонних юрисдикцій, нормативно-правові акти пострадянських країн, що врегульовують суспільні відносини, які виникають у процесі укладення та виконання EPC-контрактів для потреб відновлювальної енергетики.

Емпіричною основою дослідження є практичні дані стосовно укладення та виконання проформи FIDIC під назвою «Умови контракту для проектів, які виконуються «під ключ» (Срібна книга), матеріали правової статистики, аналітичні записки тощо.

Наукова новизна полягає у розробці комплексного підходу спрямованого на розв'язання проблем укладення та виконання EPC-контрактів для потреб відновлювальної енергетики. На основі проведеного дослідження сформовано низку положень, що мають важливе значення для господарського права як дієвого інструменту залучення інвестицій в економіку, а саме:

уперше:

- запропоновано авторське визначення поняття EPC-контракту**,** під яким розуміємо особливий вид змішаного договору на здійснення капітального будівництва «під ключ», що укладається відповідно до типових форм, затверджених міжнародними профільними організаціями, згідно з яким підрядник відповідає за проектування, поставку, будівництво, пусконалагоджувальні роботи та введення об'єкта в експлуатацію у визначені терміни, а замовник зобов'язаний передати в належному стані будівельний майданчик підряднику та оплатити роботи за «твердою ціною» згідно з затвердженим графіком платежів;

- визначено та систематизовано основні ознаки EPC-контракту, а саме: укладення договору виключно в письмовій формі, наявність «твердої ціни», вичерпний перелік прав та обов'язків підрядника, тісний зв'язок з термінологією, що застосовується в англійському праві, можливість доповнення додатковими договірними конструкціями, обмеження відповідальності сторін у межах визначеного розміру Contract Price, обмеження прав замовника щодо здійснення впливу на субпідрядників, наявність ознак зовнішньоекономічного договору (контракту);

- запропоновано авторське визначення поняття інженер-консультант**,** під яким слід розуміти спеціалізовану організацію (суб'єкта господарювання), що залучена до реалізації проектів будівництва на боці замовника, яка забезпечує неупереджене організаційне та консультаційне супроводження проекту будівництва на всіх стадіях та несе відповідальність за дотримання норм законодавства у частині делегованих замовником повноважень;

- обґрунтовано інвестиційну привабливість EPC-контрактів для міжнародних фінансових інституцій, що пов'язана з прозорістю договірних

умов, наявністю широкого кола можливостей для врегулювання спорів у позасудовому порядку, використання провідних міжнародних практик, що дозволить широко їх застосовувати для майбутньої післявоєнної відбудови України;

- обґрунтовано необхідність законодавчого закріплення обмеження відповідальності сторін за договором будівельного підряду, що відповідає сучасним звичаям ділового обороту, сприяє розумінню меж фінансової відповідальності сторін, збільшує інвестиційну привабливість будівельного проекту через надання фінансовим інституціям чіткого розуміння розміру можливих фінансових збитків, яких може зазнати позичальник;

удосконалено:

- загальнотеоретичні підходи до розуміння та співвідношення таких понять, як «договір», «угода», «контракт» та «змішаний договір», із метою уніфікації наукового підходу до вивчення EPC-контракту, як домовленості сторін, яка слугує підставою для виникнення правовідносин у сфері будівництва;

- загальнонаукові підходи до визначення понять «типовий договір» і «примірний договір» із метою впровадження єдиної моделі тлумачення форм типових контрактів, розроблених FIDIC.

набули подальшого розвитку:

- положення щодо розділення EPC-контракту на офшорну та оншорну частини задля уникнення податкових ризиків, необхідності отримання відповідних дозвільних документів, пов’язаних із виготовленням та поставкою обладнання в країну, де має бути реалізовано проект будівництва, здійснення валютного контролю тощо;

- структурування договірних транзакцій у сфері відновлювальної енергетики, яке полягає в діяльності, що пов’язана з розробкою структури договору, налагодженням системи його внутрішніх взаємозв’язків, задля мінімізації фінансового, податкового, юридичного, операційного навантаження та задоволення інтересів договірних сторін;

- наукові підходи щодо застосування ризик-орієнтованого підходу до розподілу відповідальності за EPC-контрактами, що сформований на основі «Золотих принципів» FIDIC, принципів Абрахамсона та вдосконалених принципів Наеля Банні;

- застосування презумпції правомірності договору в рамках переважаючої ролі доктрини ex post із наявністю окремих елементів моделі ex ante (обмеження договірної свободи), які знайшли своє відображення в національному законодавстві, згідно з яким угода є правомірною, якщо її недійсність прямо не встановлена законом або якщо вона не визнана судом недійсною, що дозволяє сторонам на власний розсуд прописувати у договорі будь-які необхідні положення та добросовісно їх виконувати, за умови, що останні не суперечать вимогам чинного законодавства.

Практичне значення одержаних результатів полягає в тому, що сформульовані в дисертації теоретичні положення, висновки і рекомендації можуть бути використані у:

науково-дослідній роботі – результати та висновки, отримані в дисертаційній роботі, що мають дискусійний характер, можуть сформувати підґрунтя для подальшої наукової розробки проблем правового регулювання укладення та виконання EPC-контрактів для потреб відновлювальної енергетики;

освітньому процесі – результати дослідження можуть бути використані під час викладання у вищих навчальних закладах таких навчальних дисциплін, як «Господарське право» та «Актуальні проблеми господарського законодавства», для розробки методичних рекомендацій, коментарів, навчальних посібників;

нормотворчій та правозастосовній діяльності – для вдосконалення чинного законодавства у будівельній галузі та галузі відновлювальної енергетики, зокрема шляхом внесення змін до ГК України та підзаконних нормативно-правових актів тощо.

Апробація результатів дослідження. Основні здобутки та висновки дисертації оприлюднювалися на: Міжнародній юридичній науково-практичній конференції на тему: «Правотворчість та правозастосування у демократичній

державі: теорія і практика» (м. Київ, 2019), Міжнародній науково-практичній конференції «Економічні перспективи підприємництва в Україні» (м. Ірпінь, 2019), Податковому конгресі «Управління публічними фінансами та проблеми забезпечення національної економіки» (м. Ірпінь, 2019), Третіх наукових читаннях пам'яті академіка В. К. Мамутова (м. Київ, 2021).

Публікації. Основні наукові положення і висновки дисертаційного дослідження викладено у 7 працях, із яких 2 статті у наукових фахових виданнях України, перелік яких затверджено МОН України, 1 стаття у міжнародному науковому виданні, а також 4 тези доповідей на міжнародних та всеукраїнських наукових конференціях.

Структура та обсяг дисертації. Дисертація складається зі вступу, трьох розділів, що містять вісім підрозділів, висновків, списку використаних джерел (175 найменувань), додатків. Загальний обсяг роботи становить 211 сторінки, із яких 182 сторінок – основний текст.

РОЗДІЛ 1.
ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВІ ОСНОВИ ЗАСТОСУВАННЯ ЕРС-КОНТРАКТУ ДЛЯ ПОТРЕБ ВІДНОВЛЮВАЛЬНОЇ ЕНЕРГЕТИКИ

1.1Поняття ЕРС-контракту

Глобалізація економічних процесів та зростання рівня транснаціонального ринкового обороту призвели до стрімкого розвитку господарсько-правових відносин у сфері капітального будівництва. Подібні явища неминуче призводять до збільшення кількості угод. Відповідно виникає необхідність створення уніфікованого підходу до регулювання однорідних суспільних відносин із метою прискорення процесу укладання договорів та зниження ризиків під час їх виконання.

В Україні відносини в сфері капітального будівництва об’єктів відновлювальної енергетики розвиваються стрімкими темпами, національне законодавство не встигає забезпечувати їх належне правове регулювання, що примушує суб’єктів господарювання все частіше використовувати засоби, поширені в закордонних юрисдикціях, чи проформи міжнародних профільних організацій для здійснення договірних транзакцій. Цьому сприяє й те, що міжнародні інвестори, розуміючи недосконаліть системи правового регулювання суспільних відносин в Україні, намагаються якомога більше захистити власний капітал та інтереси, здійснюючи інвестиції в національну економіку.

Подібне явище не є поодиноким, притаманним лише нашій державі, з ним також зіткнувся Казахстан, Узбекистан та низка інших країн пострадянського простору. І звичайно ж це викликало неабиякий інтерес зі сторони науковців та юристів-практиків, що супроводжують реалізацію проектів капітального будівництва в сфері енергетики. Так, на думку фахівців, у більшості країн Східної Європи нормативне регулювання великих будівельних проектів можна вважати недостатнім зважаючи на впорядкування взаємовідносин сторін під час

виконання робіт, визначення ціни контракту, строків виконання робіт, розмежування ризиків тощо [1].

Найбільшого поширення набула реалізація проектів будівництва електростанцій, що використовують відновлювальні джерела енергії шляхом укладення так званих EPC-контрактів – абревіатура від англійського словосполучення «engineering, procurement, construction» (у перекладі з англійської – інжиніринг (проектування), поставка, будівництво). Наразі EPC-контракти, розроблені Міжнародною федерацією інженерів-консультантів (фр. Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils - FIDIC) [2], Трибуналом щодо спільних контрактів, (англ. the Joint Contracts Tribunal – JCT) [3], Інститутом цивільних інженерів (англ. Institution of Civil Engineers – ICE) [4] та іншими визнаними експертними організаціями, користуються популярністю серед замовників.

Господарська діяльність у сфері капітального будівництва пов’язана з низкою відносин, які потребують обговорення та узгодження між зацікавленими сторонами. Історично узгодження умов, норм, правил тощо на горизонтальному рівні здійснювалося за допомогою договору, контракту. Попри схожість за своєю суттю, ці поняття також мають ряд відмінностей, дослідження яких допоможе належним чином реалізувати принцип правової визначеності під час подальшого дослідження EPC-контрактів. Тому, перш за все, слід розпочати дослідження з висвітлення історичної ретроспективи виникнення договору та контракту.

Згідно з В. В. Петлеванною, норми стародавніх джерел містять вказівку на те, що вони регулювали багато різновидів договорів, починаючи від купівлі-продажу і закінчуючи позикою та міною [5].

Як зазначає С. А. Подоляк, існуючий у римському праві погляд на договори, які мали назву «contractos», дозволяв розглядати їх з трьох сторін: як основу виникнення правовідносин, як власне правовідносини, які виникають із цієї основи та навпаки, як форму, якої відповідні відносини набувають [6].

Тобто, поняття «контракт» сформувалося ще за часів Стародавнього Риму і було тотожним поняттю «договір». Відомий британський історик Едвард

Гіббон слушно зауважив, що законам Римської імперії донині підкоряються народи, які ніколи не залежали від неї [7], Україна в цьому разі не є винятком. У римському праві контрактом вважалась двостороння угода (домовленість), у якій сторони висловлювали свою волю, спрямовану на виникнення, зміну або припинення прав й обов'язків [8, с. 367].

Як зазначають В. І. Борисова та Л. М. Баранова, контракти (contractus) у римському праві — це формальні договори, які визнавалися цивільним правом (ius civil) і забезпечувалися позовним захистом. До контрактів належало тільки певне, визначене вичерпне коло договорів. Деякий відступ від цього принципу становили так звані безіменні контракти (contractus innominati) [9, с. 146].

Система договорів Стародавнього Риму була досить нерозгалуженою, оскільки римське право визнавало тільки два види договорів: контракти та пакти. Контрактами (contractus) уважались угоди, які захищалися цивільними позовами, а пактами (pacta) прийнято було називати неформальні угоди, які не мали позовного захисту. Пізніше деякі пакти, у зв'язку з розвитком торговельних та інших господарських відносин, стали захищатися позовами на підставі преторського едикту (письмове або усне розпорядження (владна заява) магістрату) та імператорських постанов.

Для глибшого розуміння природи контрактів за часів Стародавнього Риму слід дослідити систему їх поділу. Так, система контрактів спочатку складалася з чотирьох груп: 1) консенсуальні — ті, що вважаються укладеними з моменту досягнення домовленості між сторонами; 2) реальні — ті, що вважаються укладеними з моменту передачі речі; 3) вербальні — ті, що укладалися в усній формі; 4) літеральні — ті, що укладалися в письмовій формі.

Після того як охарактеризована вище класифікація договорів міцно ввійшла в юридичну традицію, почали з'являтися нові договори, які не підпадали під існуючу класифікацію (виходили за її межі). Тривалий час вони не були юридично визнаними. У зв'язку з цим сторона, яка виконала свої обов'язки за одним із таких договорів, але не отримала зустрічного задоволення, могла лише вимагати повернення виконаного. Цю групу договорів називали безіменними контрактами (contractus in-nominati). Така назва

зазначеної групи виникла не тому, що договори, які складали цю групу, не мали своїх назв, а для того, щоб показати, що ця група виходить за межі існуючої чотириелементної класифікації.

Також, як слушно зазначає О. С. Олійник, чотиричленна класифікація контрактних зобов'язань у римському приватному праві була логічно обґрунтованою й адекватно відображала правову реальність епохи і суспільства, в межах якої вона існувала і застосовувалася. Однак сучасні тенденції розвитку наукових підходів до класифікації договорів дають підстави для проведення досліджень, спрямованих на обґрунтування недоцільності збереження їх поділу на реальні та консенсуальні, з огляду на те, що конструкція реального договору уже не відповідає повною мірою дійсним потребам цивільного обороту [10].

Також до найбільш поширеної системи класифікації контрактів у Давньому Римі належать:

- синалагматичні договори – передбачали рівномірний розподіл прав та обов'язків між сторонами, тобто права й обов'язки однієї сторони відповідали обов'язкам і правам іншої (наприклад, договір купівлі-продажу);

- ризиковані або алеаторні договори – це договори, за яких наперед невідомо, яка зі сторін одержить винагороду, а яка – збитки. Кожна сторона несе певний ризик, все залежить від випадку. До цього виду договорів належать emptio spei або emptio rei speratae (купівля надії або купівля майбутньої речі). Наприклад, особа купує за певну встановлену плату врожай фруктового саду наступного року. Врожаю може й не бути, тому покупець ризикує втратити гроші, які заплатив, тоді вигоду одержить продавець. Урожай перевершив Усі очікування, особа одержала великий прибуток, а її контрагент за проданий урожай одержав дуже малий еквівалент; він продав збиткове. У цьому прикладі все залежало від випадку: кожна сторона однаково ризикувала;

- суворі контракти (stricti iuris negotio) – це контракти, які зобов'язували боржника до точного й буквального виконання обіцяного. Що не обіцяно, не підлягає виконанню; зміст такого зобов'язання точний, визначений і завжди піддається обліку (certa obligatio): наприклад, одна особа зобов'язується

сплатити іншій 1 березня сто ассів. Суворі зобов'язання, як правило, мають односторонній характер;

- вільні контракти (bonae fudei negotia) – це контракти, які не зобов'язують до виконання не тільки обіцяного, але й усього, що в даному випадку може вимагатися внаслідок довіри і добросовісності. Вимога може бути і меншою, і більшою, obligatio завжди incerta, тобто зобов'язання невідоме, хоча б обіцянка й була висловлена чітко; ці зобов'язання переважно мають двосторонній характер. У договорах bonne fidei обидві сторони зобов'язуються виконати все добросовісно, незалежно від того, виражено це чітко чи ні. Такі договори завжди зобов'язують сторони до завбачливості передбачливої людини (diligentia, Deligentis patris familias) і до повного відшкодування збитків у разі неповного, сповільненого або нездійсненого зобов'язання;

- оплатні договори передбачали, що майнову вигоду мають обидві сторони (наприклад, під час купівлі-продажу), і безоплатні договори, коли вигоду має тільки одна сторона (наприклад, безпроцентна позика, позичка); римське право передбачало також ряд інших договорів: абстрактні й казуальні, формальні й неформальні тощо [10, с. 186-188].

Отже, можна дійти проміжного висновку з приводу того, що контракти та договори мають єдину генезу та спочатку розглядалися як тотожні явища, що врегульовували суспільні відносини у найрізноманітніших сферах. Однак встановити точку відліку, після якої поняття «договір» та «контракт» почали чітко розрізнятися, досить важко, адже й у наш час серед наукової спільноти виникають дискусії з приводу неоднозначності співвідношення згаданих понять, а законодавець продовжує їх непряме ототожнення.

Як наслідок, виникає питання з приводу того, як співвідносяться поняття «контракт» та «договір» у межах правої доктрини і наявної законодавчої бази.

Так, В. І. Прокопенко зазначає, що контракт не несе в собі відмінного від договору змісту, оскільки, виходячи з його етимологічного значення, контракт – це договір [11, с. 214]. Таке ж тлумачення випливає і з Багатомовного юридичного словника-довідника, згідно з яким контракт – це письмова угода, договір [12, с. 96]. Цю ж думку підтверджує О. А. Яковенко, яка, аналізуючи

нормативно-правові акти зарубіжних країн, що регулюють укладення трудових договорів, зокрема, Великої Британії, Франції, Німеччини, дійшла висновку, що в них уживається поняття contract, яке українською мовою перекладається саме як договір [13].

Як слушно зауважує А. В Ключник, між договором і контрактом практично немає юридичної різниці. Але низка нюансів усе ж існує, і пов'язано це передусім із формулюваннями, використовуваними в окремих нормативно-правових актах, їхнім походженням та статусом сторін домовленості. Тобто слово «контракт» застосовується переважно у зовнішній сфері, зокрема у зовнішньоекономічній діяльності. Однак за сучасним законодавством термін «договір» справедливий для угод будь-якої форми, як письмових, так і усних, незалежно від кількості сторін [14].

Якщо розглядати поняття «контракт» в межах господарського права, то здебільшого дослідники приділяють йому увагу в розрізі вивчення зовнішньоекономічного договору (контракту). Так, В. Б. Саксонов розглядає зовнішньоекономічний договір (контракт) як різновид господарського договору, що, в свою чергу, є різновидом цивільно-правового договору, якому притаманні особливості як господарських договорів, так і цивільно-правових [15].

Подібний підхід можна вважати вдалим, адже він дозволяє вийти за рамки тлумачення законодавчих норм і дозволяє на універсальному рівні використовувати поняття «контракт» відносно складних, комплексних, змішаних договорів, якими є EPC-контракти. При цьому, посилаючись на загальну теорію права, можна зрозуміти, що він укладається виключно в письмовій формі.

Більш вужчий підхід має А. І. Кредісов, який стверджує, що контракт – це комерційний документ, у якому міститься домовленість сторін про поставку товару: зобов’язання продавця передати відповідне майно у власність покупця і зобов’язання покупця прийняти це майно і сплатити за нього відповідну суму або зобов’язання сторін виконати умови товарообмінної угоди [16, с. 236].

Ґрунтовний та досить комплексний аналіз наявних підходів до розуміння зовнішньоекономічних контрактів здійснила О. М. Зборовська. У своєму дослідженні вчена навела та порівняла різні підходи до цього визначення, що дає змогу стверджувати, що серед науковців зовнішньоекономічний контракт частіше розглядається як угода або договір, рідше як зобов’язання. На думку самої дослідниці зовнішньоекономічний договір слід розуміти як домовленість між двома і більше суб’єктами зовнішньоекономічної діяльності та їх іноземними контрагентами, що укладається у формі комерційного документа, який регламентує організаційні, економічні та управлінські відносини під час здійснення зовнішньоекономічних операцій [17].

У національному законодавстві України поняття «контракт» ототожнюють із «зовнішньоекономічним договором», про це свідчать положення статей 382-383 ГК України [18] та статті 1 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність», яка визначає: «зовнішньоекономічний договір (контракт) – це матеріально оформлена угода двох або більше суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності та їх іноземних контрагентів, спрямована на встановлення, зміну або припинення їх взаємних прав та обов'язків у зовнішньоекономічній діяльності» [19].

Натомість, частина 2 статті 13 ГК України містить поняття «державний контракт», під яким слід розуміти договір, укладений державним замовником від імені держави з суб'єктом господарювання - виконавцем державного замовлення, в якому визначаються економічні та правові зобов'язання сторін і регулюються їх господарські відносини [18].

На нашу думку, правильний підхід до визначення співвідношення понять «контракт» та «договір» такий: будь-який контракт є договором, але не будь-який договір є контрактом. Така позиція пов’язана лише тим, що обов’язковим атрибутом контракту є його письмова форма, в свою чергу для договору письмова форма не завжди є обов’язковою.

Стосовно EPC-контракту, то він є досить уніфікованою формою документа, в основу якого покладено використання договірних конструкцій із реалізації проектів будівництва за типовими проформами, розробленими FIDIC.

У зв’язку з цим виникає необхідність в з’ясуванні підходу, який би допоміг встановити належність ознаки типовості щодо EPC-контрактів.

Досить поширеним підходом науковців є сприйняття та тлумачення типових договорів через призму національного законодавства [20, 21], який полягає в тому, що типовий договір – це уніфікована і нормативно затверджена форма угоди, яка врегульовує суспільні відносини та містить чіткий перелік прав та обов’язків сторін. При цьому сам законодавець чіткого визначення поняття «типовий договір» не надає. Подібний підхід унеможливлює застосування поняття «типовий» до EPC-контрактів.

Дещо м’якшої позиції дотримується О. С. Комаров, який у своїй роботі «Типовий контракт: як уникнути невизначеності» визначив типовий контракт як розроблений відповідно до встановлених правил документ, що містить орієнтовні зразки формулювань умов певного виду договору [22].

Найбільш вичерпне визначення поняття «типовий контракт» надала І. В. Гиренко, яка зазначила, що це викладений у письмовій формі текст договору із зведеними до єдиної системи умовами, сформований з урахуванням звичаїв ділового обороту та міжнародних міждержавних договорів, який є стандартом регулювання відносин сторін договору (контракту) в певній господарській сфері [23].

Отже, більш широкий підхід до розуміння типового контракту/договору, що існує в межах національної правової доктрини, дозволяє стверджувати, що форма EPC-контракту є типовою, адже вона уніфікує в собі сучасні підходи до будівництва об’єктів «під ключ», однак її форма розроблена і затверджена не органом виконавчої влади, а Міжнародною федерацією інженерів-консультантів.

Наразі дослідженню поняття «EPC-контракт» у вітчизняній правовій науці приділено недостатньо уваги, натомість юристи-практики, що мають справу з укладенням саме EPC-контрактів, часто висвітлюють цю проблематику у своїх публікаціях. Наприклад, С. О. Оберкович зауважує, що в українському законодавстві немає окремого аналога EPC-контракту. З позиції права України, EPC-контракт являє собою змішаний договір, що містить умови кількох

договорів: надання послуг з інжинірингу, договору будівельного підряду, виконання проектних робіт та поставки. Отже, у разі підпорядкування EPC-контракту праву України істотні умови вказаних договорів мають знайти відображення в його тексті. Важливо, що стандартні умови міжнародного EPC-контракту містять поняття, які не кореспондують із законодавством України [24].

І. А. Годдард тлумачить поняття «EPC-контракт» через розкриття його суб'єктного складу. Зокрема, вчена зауважує, що EPC-підрядник – це генеральний підрядник, який виконує за «тверду ціну» основний обсяг робіт зі створення об'єкта будівництва і приймає на себе всі ризики його здійснення з моменту проектування і до моменту передачі готового об'єкта замовникові (включно з виконанням гарантійних зобов'язань, за якими він несе фінансову відповідальність перед замовником). EPC-підрядник керує виконанням окремих видів «своїх» робіт, але безпосередньо не здійснює будівництво всього проекту в цілому (для цього залучаються субпідрядники). Також І. А. Годдард зауважує, що за загальним правилом під EPC-контрактом слід розуміти договір із будівництва об'єкта «під ключ» із фіксованою (паушальною) ціною (Lump sum) [25].

Подібної думки притримуються також й інші дослідники, які розглядають EPC-контракт як міжнародну форму договору, що використовується в будівництві та інжинірингу і передбачає залучення підрядника до виконання всього циклу робіт за «твердою ціною», при цьому наголошується, що спеціальну (окрему) винагороду за керівництво та організацію робіт підрядник не отримує [26].

У свою чергу, зауважимо, що незважаючи на відсутність практики безпосередньо вказувати в ціні EPC-контракту винагороду підряднику за керівництво та організацію робіт, сторони, які його укладають, чудово розуміють, що всі відповідні ризики, пов'язані з керівництвом проектом, підрядник вже заклав у запропоновану ним «тверду ціну».

Юристи-практики частіше схиляються до того, що EPC-контракт представляє собою договір «повного циклу», де підрядник відповідає за

проектування, поставку, будівництво, пусконалагоджувальні роботи і введення об'єкта в експлуатацію. EPC-контракт часто використовується в тих випадках, коли замовник не має власного людського ресурсу, здатного керувати будівельним проектом, не бажає втручатися в таке управління і приймати на себе відповідні ризики[26]. Слід зазначити, що EPC є однією з основних договірних форм у проектах, які фінансуються за допомогою банків чи інших фінансових інститутів (особливо це стосується проектного фінансування), оскільки банки, надаючи кредит, прагнуть до того, щоб девелоперська компанія брала на себе якомога меншу кількість ризиків.

Дещо прагматичний підхід до визначення поняття «EPC-контракт» можна зустріти серед науковців, які зводять концепцію договору до поєднання ролі генерального підрядника та генерального проектувальника в одній особі, але при цьому зауважують на доцільності такого поєднання лише в разі реалізації масштабних інфраструктурних проектів, у яких існує необхідність дотримання чітких календарних термінів виконання робіт. В інших випадках радять розділяти розробку проектної документації та її виконання між різними суб’єктами для забезпечення більш неупередженого контролю за здійсненням будівельних робіт зі сторони генерального підрядника [26].

Убачається, що дослідники, вивчаючи EPC-контракти як різновид договору будівельного підряду, який на рівні з будівництвом відповідних конструкцій поєднує в собі встановлення, налаштування та введення в експлуатацію додаткового обладнання, робота якого повинна забезпечувати необхідні виробничі показники. Подібна особливість суттєво відрізняє EPC-контракти від класичних договорів будівельного підряду «під ключ».

На ще одну важливу особливість EPC-контрактів звертають увагу у своєму дослідженні Н. Б. Новицька. В. А. Устименко та В. І. Теремецький. Учені зазначають, що здебільшого, всі види діяльності за EPC-контрактом доручаються єдиному виконавцю, який, як правило, є об’єднанням компаній, що діють на підставі угоди про спільну діяльність. При цьому, виконуючи роботу в «стандартних» сферах відповідальності, підрядник не несе

відповідальності за фінансування проекту на стадії будівництва та фінансовий успіх проекту після його завершення [27].

Слід зазначити, що правова природа проформ FIDIC є досить дискусійною, про що у своїх дослідженнях наголошує І. В. Сухоставець. Так, окремі дослідники вважають, що подібні контракти належать до так званого «soft law» («м'якого права», або «неправового м'якого права»), інші відносять указані проформи до «lex constructionis» – системи недержавного регулювання міжнародного будівельного підряду, що відображає звичаї і кілька типових умов міжнародних будівельних контрактів. На основі lex constructionis FIDIC розробляє рекомендації у вигляді проформ, типових контрактів, типових регламентів, правових настанов, які використовують замовники і підрядники, укладаючи договори з реалізації проектів капітального будівництва [28].

Разом із тим EPC-контракт поєднує в собі, за класичною схемою, проектування (інжиніринг), поставку та виконання будівельних робіт. Аналізуючи положення Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) та Господарського кодексу України (далі – ГК України), можна стверджувати, що за своєю природою EPC-контракт є змішаним договором, адже ЦК України передбачає велику кількість договірних конструкцій, раніше не відомих цивільному законодавству. Це значно полегшує та оптимізує діяльність суб’єктів господарювання, оскільки відсутність законодавчого набору договорів призвела б до зволікання (затягування) оформлення договірних відносин. Але водночас закріплення правового регулювання тих чи інших договорів у законодавстві зовсім не означає, що сторони повинні конструювати свої зобов’язальні взаємозв’язки таким чином, щоб вони відповідали одній із відомих законодавству договірних моделей.

З огляду на викладене, під поняттям EPC-контракт слід розуміти особливий вид змішаного договору, за яким підрядник здійснює капітальне будівництво «під ключ» (проектування, поставку, будівництво, пусконалагоджувальні роботи та введення об’єкта в експлуатацію у визначені терміни), відповідно до умов типових форм, затверджених міжнародними профільними організаціями, а замовник передає в належному стані будівельний

майданчик підряднику та оплачує роботи за «твердою ціною» згідно із затвердженим графіком платежів.

1.2Правова природа EPC-контракту

Питання правової природи договору загалом та господарського договору зокрема в науковій літературі залишається досить складним, дискусійним та багатоаспектним. Відповідно є необхідність у формуванні єдиного уніфікованого підходу до розуміння правової природи господарського договору, а згодом і правової природи EPC-контракту.

У своєму дослідженні правової природи господарських договорів А. М. Апаров надає характеристику та виділяє ознаки господарського договору [29]. Вивчаючи правову природу та зміст договору про участь у фонді фінансування будівництва, аналогічного підходу дотримується і Т. Я. Рим [30]. Ю. В. Паскевич, вивчаючи правову природу договору найму (оренди), також надає характеристику цьому договору, що дає йому змогу виокремити відповідні ознаки [31].

Дещо ширший підхід у своєму дослідженні договору про проведення медіації використовує Мазакарі Н. А. [32]. Вчений, на рівні з елементами та формою договору про медіацію, також з’ясовує правовий статус медіації як такої, її зміст, наслідки проведення та порядок відшкодування збитків, що завдані сторонам унаслідок неякісного надання послуг.

А. О. Згама, досліджуючи правову природу договору умовного депонування (ескроу), дотримується аналогічного підходу [33]. Вчена не лише виділяє характерні ознаки відповідної угоди, але й з’ясовує схожість її елементів з агентським договором та договором зберігання, а також з’ясовує сутність поняття «ескроу».

Вищенаведене дає змогу виділити два підходи до з’ясування правової природи договору: вузький (надання характеристики та здійснення аналізу ознак), який, як правило застосовують для пойменованих договорів та широкий (дослідження характерних ознак та змісту договору), що є більш поширеним для вивчення непойменованих.

У вітчизняній правовій науці дослідження питання правової природи EPC-контракту практично не здійснювалось. Окремі роботи науковців висвітлюють елементи EPC-контрактів, однак не дають змоги повною мірою осягнути юридичну природу цього господарського договору та з'ясувати його зміст. Вищевикладене свідчить про необхідність з'ясування правової природи поняття «EPC-контракт», авторське визначення якого було надане в першому підрозділі цього дисертаційного дослідження, з урахуванням загальноприйнятої наукової характеристики [34], яка полягає в наступному:

1. За рівнем урегульованості виділяють пойменовані та непойменовані договори. До першої категорії належать угоди, які містяться в нормативно-правових актах, а до другої (contractus innominati) – договори, вказівка на які в нормативно-правових актах відсутня.

Як слушно зауважує Л. В. Мигалюк, непойменований договір є досить гнучкою конструкцією, але його оформлення та стабільність, як свідчить судова практика, нерідко носять непередбачений характер, оскільки непойменований договір є договором, регулювання якого закону невідоме, тобто умови, які він містить, є досить новими, а отже тлумачення цих умов може викликати велику кількість запитань [35].

Г. О. Гаро звертає увагу на те, що непойменований договір має відповідати загальним засадам законодавства, якими є: неприпустимість свавільного втручання у сферу особистого життя; неприпустимість позбавлення права власності, крім випадків, установлених Конституцією та законом; свобода договору; свобода підприємницької діяльності; судовий захист прав та інтересів; справедливість, добросовісність та розумність; зміст непойменованого договору не може суперечити законодавчим актам, інтересам держави та суспільства, його моральним засадам [36].

Вбачається, що EPC-контракти є непойменованими, адже в чинному законодавстві згадки про них немає, але разом із цим вони не суперечать його вимогам.

2. За кількістю договірних конструкцій розрізняють змішані та комплексні договори. До змішаних належать угоди, які містять елементи різних договорів і

до них застосовуються відповідні законодавчі вимоги про договори, які є їх елементами.

У господарському праві України питання укладення змішаних договорів належить до найменш розроблених. Натомість достатньо багато уваги зазначеній проблематиці присвячують учені-цивілісти, адже саме стаття 628 ЦК України передбачає, що сторони мають право укласти договір, у 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.

На думку Д. Ю. Сурай, ЦК України не пропонує чіткого визначення змішаного договору, а лише передбачає можливість укладення сторонами договору, в якому містяться елементи різних договорів. Дослідник класифікує погляди вчених стосовно розуміння поняття «елементи різних договорів» на такі групи: 1) елементи різних договорів – це не окремі ізольовані обов'язки у змісті договору, а певна їх сукупність, характерна для відповідного договору; 2) системні ознаки, які обумовлюють виокремлення того чи іншого договору; 3) всі імперативні правила, які стосуються договору (істотні умови та умови, які відображають специфіку договору); 4) поєднання змісту різних договорів [37].

Як слушно зазначає Р. А. Лідовець, для змішаного договору характерне поєднання елементів (умов), притаманних іншим типам або видам договорів. Для повного розкриття поняття змішаного договору необхідно, перш за все, з'ясувати зміст таких понять як «тип» та «вид» («різновид») договору. На думку вченого, критерії розмежування цих понять полягають у тому, що договірний тип виділяється або за специфікою матеріального відношення, що ним опосередковується, або за колом юридичних умов, об'єктивно необхідних для утворення даного договірного зобов'язання. Достатньо будь-якої з двох названих передумов для того, щоб відповідні зобов'язання утворили самостійний тип договору. У разі якщо укладений договір опосередковує два чи

декілька різнорідних відносин та об’єднує об’єктивно необхідні умови для формування зобов’язань різних типів, він стає змішаним договором [38].

Щодо співвідношення понять «тип» та «вид» договору, існує безліч розгалужених позицій науковців, однак найбільш удалим уважаємо нижченаведений підхід. За спрямованістю отриманого результату, автори розподіляють договори на чотири типи: договори на передачу майна, виконання робіт, надання послуг та створення різних об’єктів. Згодом, типи договорів слід розподіляти на роди і вже потім на види. Наприклад, тип договору – послуги, рід – позикові та кредитні зобов’язання, вид – договір позики [37].

Комплексними договорами прийнято вважати домовленості, які є сполученням різногалузевих елементів. Співвідношення комплексних та змішаних договорів є досить дискусійним. Деякі вчені зазначають, що, на відміну від змішаних, комплексні договори є підставою виникнення двох і більше зобов’язань, об’єднаних єдиною господарською метою [35]. Натомість, причини, чому такий підхід неможливий у змішаних договорах, – не наводяться. Більш того, дискусійність підходу до визначення галузевості того чи іншого елементу договору додає зайвої заплутаності, якщо справа стосується договорів, що мають подвійну галузеву належність (цивільна та господарська): договір купівлі-продажу, договір оренди (найму), договір підряду тощо.

Л. К. Веретельник стверджує, що комплексний договір – домовленість сторін, яка регулюється кількома галузями права, наприклад: цивільним та морським [39].

Більш широкий підхід має Є. О. Тупицька, яка зазначає, що комплексні договори – сукупність декількох досить самостійних зобов’язань, зафіксованих у єдиному документі [40, с.622].

Вважаємо підхід, пов’язаний із розмежуванням змішаних та комплексних договорів, який полягає в тому, що перший поєднує елементи різних договорів, а другий містить декілька досить самостійних зобов’язань в одному документі, є невдалим, адже навести приклад самостійного зобов’язання, яке б, у свою

чергу, не було елементом жодного з відомих різновидів договорів, наразі неможливо.

Розглядаючи підхід вітчизняного законодавця, вбачається, що розрізнення змішаних та комплексних договорів за галузевою ознакою відповідає його волі, адже частина 2 статті 628 ЦК України містить пряму вказівку на необхідність застосування «…у відповідних частинах положення актів цивільного законодавства про договори..», натомість, незрозуміло, чому оминається питання застосування положень інших галузей, адже принцип свободи договору не обмежує сторони в застосуванні положень виключно однієї галузі права.

Змішані та комплексні договори слід ототожнювати, адже на практиці, укладаючи контракт, який містить елементи договорів, що мають відношення до різних галузей права, сторони в першу чергу виходять із розуміння того, що такий договір є змішаним, інакше, положення статей 6 та 628 ЦК України потрібно було б застосовувати виключно щодо цивільно-правових угод.

Підсумовуючи питання співвідношення змішаного та непойменованого договорів, дотримуємося позиції, яка полягає в наступному. Можливість укладення непойменованих та змішаних договорів з’явилась завдяки одному й тому ж принципу свободи договору, який знайшов своє закріплення в статтях 6 та 628 ЦК України. Отже, сторони, керуючись згаданим принципом, мають можливість укласти угоду, яка за своєю природою одночасно належить як до змішаних, так і до непойменованих. Ніхто не може заборонити сторонам укласти договір, який буде повністю відповідати волі сторін, поєднуватиме в собі елементи інших, як відомих, так невідомих законодавцю договорів і при цьому відповідатиме загальним засадам цивільного законодавства, хоча й безпосередньо ними не передбачений.

Також, убачається, що питання наявності в договорі акцесорних зобов’язань і, як наслідок, можливість віднесення його до змішаних договорів у вітчизняній літературі потребує більш глибшого дослідження.

Узагальнюючи вищесказане, зазначимо, що позиція науковців про неможливість кваліфікації договору, що включає угоду про встановлення

акцесорного зобов'язання, і те, що акцесорне (додаткове) зобов'язання залежить від головного, вбачається неправильним. Та обставина, що характер акцесорного зобов'язання як додаткового по відношенню до основного, сама по собі не означає, що договір, який включає елементи основного й акцесорного договорів, не є змішаним.

Отже, найбільш обґрунтованою та виправданою позицією є віднесення EPC-контракту до змішаних договорів, адже він поєднує в собі елементи таких договорів, як: договір поставки, договір генерального підряду, договір інжинірингу (проектування), договір із надання послуг (пуско-налагоджувальні роботи) тощо.

3. За співвідношенням прав та обов’язків сторін виокремлюють: односторонні та взаємні договори.

На думку деяких учених, зміст одностороннього договору зводиться до того, що на підставі обопільної волі сторін договору одна сторона наділяється виключно суб’єктивними правами, а інша – виключно суб’єктивними обов’язками. В разі укладення такого договору зустрічних вимог у сторін не виникає [41].

С. Я. Вавженчук уважає взаємний договір угодою, за якою його сторони наділені взаємними правами та обов’язками. Тобто у кожної сторони договору одночасно наявні як суб’єктивні права, так і суб’єктивні обов’язки [42].

Вагомих доктринальних розбіжностей у розумінні односторонніх та взаємних договорів не існує, у зв’язку з чим EPC-контракт можна сміливо віднести до другої категорії.

4. За економічним критерієм розрізняють: оплатні договори, за якими одна зі сторін отримує грошову чи матеріальну вигоду, та безоплатні, за якими лише одна зі сторін надає матеріальну вигоду іншій стороні, не отримуючи нічого натомість. Безумовно, EPC-контракт є оплатним договором, адже матеріальну вигоду отримують всі його сторони.

5. За моментом виникнення суб’єктивних прав та юридичних обов’язків у сторін виокремлюють договори: консенсуальні, для укладення яких достатньо лише домовленості сторін (суб’єктивні права й юридичні обов’язки за таким

договором виникають з факту та моменту досягнення домовленості), та реальні, за якими суб'єктивні права й юридичні обов'язки виникають тільки з виконанням юридичного обов'язку. EPC-контракт належить до консенсуального договору, адже з моменту домовленості сторін, а саме – з моменту укладення контракту, у сторін виникають взаємні права та обов'язки.

6. За моментом виникнення зобов'язання угоди бувають: основні, які породжують суб'єктивні права та юридичні обов'язки сторін і вони випливають із попередніх договорів, або попередні чи форвардні (породжують обов'язок укласти угоду в майбутньому). EPC-контракт є основним договором.

7. Залежно від того, на чию користь укладено договір, розрізняють угоди, укладені на користь сторін, що його уклали, або на користь третіх осіб. Відповідно, EPC-контракт є договором першої категорії.

8. Залежно від мотивування сторін виділяють: вільні (волютарні) договори, тобто ті, які укладені за взаємною волею сторін, та зобов'язальні, тобто ті, які сторони зобов'язані укласти відповідно до інших договорів або вимог закону (наприклад державне замовлення). EPC-контракт, як правило, є вільним (волюнтарним) договором.

9. За ступенем ризиковості розрізняють алеаторні (ризикові) договори (неможливо заздалегідь розрахувати розмір отриманих благ) та мінові (сторони самостійно визначають вигоду, яку договір принесе для кожної зі сторін). EPC-контракт є міновим договором.

10. За суб'єктним складом договори бувають: односторонні, двосторонні та багатосторонні. EPC-контракт є, як правило, двостороннім або багатостороннім договором.

11. За формою розрізняють такі договори: усні, письмові (зокрема укладені в електронній формі) та з обов'язковим нотаріальним посвідченням, відповідно до вимог законодавства (наприклад іпотека або купівлі-продажу (приватизації) державного майна). Відповідно, EPC-контракт належить до тих, що укладаються в письмовій формі.

Надана характеристика дозволяє нам виокремити такі ознаки, які найчастіше характеризують EPC-контракт:

- укладається виключно в письмовій формі;
- передбачає будівництво об’єкта «під ключ», у зв’язку з чим не містить вичерпного переліку прав та обов’язків підрядника, що призводить до покладення на нього додаткових ризиків;
- завжди має «тверду ціну», яка може бути зміненою виключно за ініціативою всіх сторін договору;
- затримка виконання однієї з частин EPC-контракту, як правило, призводить до відтермінування строків його виконання в цілому (затримка в проектуванні, відтермінування початку поставки чи будівництва);
- розроблений на базі норм англійського права;
- може бути розширений чи доповнений додатковими договірними конструкціями, такими як: представництво, позика, кредит тощо;
- містить положення щодо обмеження відповідальності сторін;
- замовник має обмежений перелік повноважень, що пов’язані з впливом на EPC-підрядника або субпідрядників;
- порушення зі сторони субпідрядників не дають EPC-підряднику права на відтермінування строків реалізації проекту чи звільнення від відповідальності;
- як правило, є зовнішньоекономічним договором (контрактом), але також може бути укладений між двома резидентами;
- проектування, поставка та будівництво відбуваються паралельно, що значно скорочує строки реалізації проекту у порівнянні з будівництвом за допомогою господарського способу.

Вищенаведене дозволяє дійти висновку, що EPC-контракт за своєю природою є взаємним, непойменованим, оплатним, двостороннім або багатостороннім, консенсуальним, основним, міновим, змішаним договором, який поєднує в собі елементи таких договорів, як: договір поставки, договір генерального підряду, договір інжинірингу (проектування), договір із надання послуг (пусконалагоджувальні роботи), що укладається в письмовій формі, відповідно до проформ, розроблених FIDIC.

Особливим EPC-контракт робить необхідність адаптації окремих складових угоди до імперативних вимог українського законодавства. Реалізація зазначеного підходу можлива завдяки реалізації окремих загальноправових принципів, які дозволяють укладати EPC-контракти в межах правового поля, що існує в Україні, про що піде мова у наступному підрозділі дисертаційного дослідження.

1.3Принципи укладання EPC-контракту

Одним з основних принципів, який дозволяє реалізувати укладення та виконання EPC-контракту, є принцип свободи договору, який передбачає право вибору виду договору, зокрема й шляхом укладення змішаного договору. Так, згідно з частиною 2 статті 628 ЦК України, сторони мають право укласти договір, у 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 [43].

Розвиток України у напрямку розбудови правової, соціальної та демократичної держави нерозривно пов’язаний із застосуванням ринкових відносин в економіці та має базуватися на фундаментальних принципах, що закріплюються у законодавстві. До таких принципів належать: свобода підприємницької діяльності, забезпечення економічної багатоманітності, свобода договору, захист національного товаровиробника тощо.

Відносини, що виникають у процесі здійснення господарської діяльності, як предмет господарського права, виникають, змінюються або припиняються у результаті здійснення вольових дій із боку суб’єктів господарювання. При цьому саме принцип свободи договору надає цим відносинам приватного характеру, диспозитивності. Поширеним є твердження, що принцип свободи договору є класичним принципом цивільного права і відомим він був ще за часів Стародавнього Риму. Сьогодні згаданий принцип дозволяє використовувати суб’єктам господарювання як договори регламентовані

законодавством, так і ті, що в законодавстві не закріплені, але породжують взаємні права та обов'язки. При цьому такі договори можуть також містити елементи інших передбачених і непередбачених (непойменованих) законодавством угод, що об'єднуються спільною метою. Саме таким видом угоди є EPC-контракт.

Як уже зазначалось, одним зі складових компонентів принципу свободи договору є можливість укладати змішані договори, що представляють собою комбінацію різних цивільно-правових та господарських угод у рамках однієї договірної конструкції. Змішаний договір, на відміну від усіх інших, дозволяє врегулювати різні відносини сторін у їх сукупності, а не звертатись окремо до різних договірних моделей, що значно спрощує переговорний процес. Використання названої конструкції відрізняється практичною зручністю, значною економією часу, витрат і зусиль сторін. Головна перевага змішаного договору полягає в можливості учасників цивільного обороту під час оформлення своїх відносин не обмежуватися рамками передбачених законодавством моделей, а на свій розсуд конструювати договір, адекватний їхнім потребам, з усіма необхідними елементами.

Отже, перш ніж розглянути генезу законодавства щодо EPC-контракту, як особливого виду змішаного договору, слід ретельно проаналізувати питання, пов'язані з принципом свободи договору та його обмеженнями, адже згаданий принцип є фундаментом для реалізації суб'єктами господарювання свого права на укладення змішаних договорів.

В українському законодавстві принцип свободи договору закріплено в статті 627 ЦК України, яка передбачає, що, відповідно до статті 6 ЦК України, сторони є вільними в укладенні договору, виборі контрагента та визначенні умов договору з урахуванням вимог ЦК України, інших актів цивільного законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості [43]. Аналізуючи дану правову норму, відразу ж вбачається, що за способом викладення змісту вона є відсильно-бланкетною, адже містить посилання як на конкретну норму права, так і законодавство в цілому. Принцип свободи договору прописаний у ній опосередковано й може бути виявлений лише

шляхом тлумачення норми. Отже, стаття 627 ЦК України може слугувати класичним прикладом того, коли «буква закону» вужча за «дух закону».

Як слушно зауважила Л. Г. Паращук, розкриття змісту принципу свободи договору за ЦК України не дозволяє цілком зрозуміти його багатогранність, певною мірою тому, що і сама «свобода » є поняттям до кінця не осяжним. До того ж, якщо тлумачити її як надання уповноваженим особам найбільшої волі, це обов'язково призведе до її обмеження. Шарль Монтеск'є вважав, що «бути вільним – значить не так робити те, що хочеш, як можливість не бути примушеним робити те, чого не хочеш робити» [44].

Продовжуючи тему законодавчого підходу до визначення принципу свободи договору, слід відзначити, що ГК України взагалі не містить принципів, які б могли лягти в основу регулювання відносин між суб'єктами господарювання, адже стаття 6 зазначеного кодексу містить норми, що пов'язані із загальними принципами господарювання, під якими законодавець розуміє: забезпечення економічної багатоманітності та рівний захист державою всіх суб'єктів господарювання; свободу підприємницької діяльності у межах, визначених законом; вільний рух капіталів, товарів та послуг на території України; обмеження державного регулювання економічних процесів у зв'язку з необхідністю забезпечення соціальної спрямованості економіки, добросовісної конкуренції у підприємництві, екологічного захисту населення, захисту прав споживачів та безпеки суспільства і держави; захист національного товаровиробника; заборону незаконного втручання органів державної влади та органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб у господарські відносини [18].

Як слушно зауважила П. О. Бітюк, попри відсутність чіткої фіксації в ГК України принципів добросовісності та свободи договору, їх наявність та регулятивний потенціал (враховуючи певну галузеву специфіку) можна вивести навіть із того нормативного масиву, яким юристи мають змогу оперувати [45].

Схожої думки дотримується й О. А. Беляневич, яка вважає, що зміст принципу свободи договору розчиняється в окремих нормах ГК України. На думку вченої, дійти такого висновку можна із системного тлумачення змісту

окремих положень ГК України, зокрема: статті 44, щодо самостійного формування підприємцем програми діяльності, вибору постачальників і споживачів продукції, що виробляється, залучення матеріально-технічних, фінансових та інших видів ресурсів, використання яких не обмежено законом; та статті 67 ГК України, щодо можливості підприємств вільно вибирати предмет договору, визначати зобов'язання, інші умови господарських взаємовідносин, що не суперечать законодавству України. Отже, принцип свободи договору може бути визначений не як норма-принцип, а як такий принцип, що виводиться з норм [46].

Також досить вдалою є ще одна позиція О. А. Беляневич, яка зазначає, що принцип свободи договору, сформульований у ЦК України, «працює» й у сфері господарських договірних відносин у випадку, коли для окремих видів договорів законодавцем не встановлений спеціальний правовий режим. Це дає змогу викремити два окремих правових режими: загальний (із переважаючим приватноправовим регулюванням) і спеціальний (із наявним публічно-правовим компонентом), що дає можливість визначати основні підходи до практики застосування принципу свободи договору до відносин у сфері господарювання [46].

Широкого визнання серед науковців здобуло фундаментальне дисертаційне дослідження принципу свободи договору А. В. Луця, який надає таке тлумачення його змісту: «… свобода договору, окрім можливості вибору контрагента та визначення змісту договору, включає також: а) свободу волевиявлення особи при вступі у договірні відносини; б) свободу вибору контрагента за договором; в) свободу вибору сторонами форми договору; г) право сторін укладати як договори, передбачені законом, так і договори, які законом не передбачені, але йому не суперечать ґ) свободу визначення умов договору; д) право сторін за своєю згодою змінювати, розривати або продовжувати дію укладеного ними договору; е) право визначати способи забезпечення договірних зобов'язань; є) право встановлювати форми (міри) відповідальності за порушення договірних зобов'язань. Зазначені аспекти договірної свободи закріплені іншими положеннями цивільного законодавства,

але в узагальненому вигляді мають розкривати зміст поняття свободи договору» [47].

Продовжуючи тему договірних відносин, не можна не погодитись із думкою О.С. Яворської, яка зазначає, що «категорія «свобода» в договірних відносинах є визначальною. Для задоволення особистих інтересів за допомогою договорів сторони мають активно взаємодіяти, домовлятися, досягати компромісів, у чому проявлятиметься максимум їхньої свободи, оскільки взаємодія – це завжди свідомо вольові відносини між особами» [48].

На думку З. В. Ромовської, договір – це мірило свободи, щоправда, лише для двох. Друга обставина не може заперечити правотворчого боку угоди, а, отже, і його нормативно-правового характеру, хоч і з обмеженою сферою дії [44].

Слід підкреслити, що останнім часом, низка науковців почали вивчати в своїх дослідженнях питання заміни принципу «свободи» принципом «справедливості» договору при його укладенні та виконанні. Це пов’язано з незбалансованим розподілом ризиків та можливостей сторін. Загальновизнаним є факт того, що вільна гра економічних сил у даний час призводить до автоматичного дисбалансу та породжує економічну перевагу одних суб’єктів господарювання над іншими. Отже, сформований доктриною і практикою, принцип справедливості покликаний нівелювати наявну сьогодні відсутність балансу в договірних відносинах.

Натомість, слід наголосити, що принцип свободи договору не є абсолютним. Учені-правники вже тривалий час вивчають явище обмеження договірної свободи сторін та аналізують законодавство, яке регламентує дане питання.

Наприклад, О. В. Басай наголошує на тому, що встановлення меж договірної свободи в законодавстві необхідне для забезпечення балансу інтересів усіх учасників цивільного обігу, захисту інтересів держави та суспільства [49, с.268].

У своєму дослідженні свободи договору та її меж вчені виокремлюють дві основні моделі обмеження свободи договору [45].

Перша з них полягає у встановленні державою прямих обмежень свободи договору шляхом вказівки на те, які конкретно умови сторонам погоджувати в договорі заборонено. Ці вказівки втілюються в імперативні норми, що вводять прямі заборони або позитивні приписи, з яких такі заборони недвозначно випливають. У рамках такої моделі держава мінімізує роль конкретного суду в розгляді суперечки між сторонами договору та якісній оцінці договірних умов. Політико-правова оцінка прийнятності відповідного змісту договору здійснюється законодавцем ex ante (з лат. − попередньо, заздалегідь), а суду, що розглядає конкретний спір, залишається шляхом механічної дедукції застосувати відповідну заборону і визнати весь договір чи окремі його умови недійсними або іншим чином не приводити волю сторін до виконання. Логічно, що цій моделі науковці дали назву «ex ante модель обмеження договірної свободи».

Друга модель обмеження принципу свободи договору (ex post контроль договірної свободи) вимагає від законодавця або вищих судів закріплення на рівні закону або прецедентної практики загальних оціночних стандартів, яким угода та її умови повинні відповідати. Це фактично покладає тягар політико-правової оцінки відповідності конкретних договірних умов на плечі судів, що розглядають конкретний спір. Особливість цієї моделі регулювання полягає в ретроспективності судової оцінки. При укладанні договору неможливо абсолютно точно передбачити, чи визнає суд його юридичну силу або окремі його умови, чи ні. Це питання з'ясовується тільки при передачі відповідної справи на розгляд до суду. Останній, як правило, за клопотанням (або зустрічним позовом) сторони, яка вважає, що її права порушені (наприклад, критерії сумлінності або кабальності), або за власною ініціативою (наприклад, критерій громадського порядку) піддає спірні умови (або договір у цілому) перевірці на відповідність певним критеріям належного змісту договорів, які визначені в законодавстві. Якщо суб'єктивна думка судді така, що воля сторін суперечить цим законодавчим критеріям і він досить впевнений у тому, що його колеги у вищій інстанції поділяють таку думку, суддя реалізує свої повноваження і може не визнавати юридичної сили договірних умов. Ця модель

має місце практично у всіх країнах, де суди формують практику щодо визнання договірних умов недійсними і відмовляють сторонам у їх реалізації, адже вони суперечать визначеним у законодавстві критеріям.

Аналізуючи згадані вище моделі обмеження принципу свободи договору, дослідники справедливо наголошують, що оптимальною моделлю є поєднання ex ante та ex post контролю за договірною свободою.

У свою чергу, слід підкреслити, що надавати пріоритет моделі ex ante необхідно в тих випадках, коли те чи інакше обмеження буде відповідати вимогам адекватності (справедливості) та може бути задіяно тією мірою, яка б відповідала інтересам всіх договірних сторін. Також, комбінація двох підходів дозволяє мінімізувати негативні наслідки застосування кожної моделі окремо та допомагає справедливо розподілити компетенцію з обмеження договірної свободи між законодавцем та судами.

В українському законодавстві прослідковується надання переваги моделі ex post, аніж ex ante. Такого висновку можна дійти проаналізувавши положення статті 204 ЦК України, згідно з якою договір є правомірним, якщо його недійсність прямо не встановлена законом або якщо він не визнаний судом недійсним. В свою чергу недійсність договору згідно положень закону на практиці доводиться в судовому порядку, тому нерідко існують випадки, коли сторони укладають контракт, добросовісно дотримуються взятих на себе зобов’язань, навіть не здогадуючись, що умови узгоджені ними можуть суперечити закону, однак поки це не доведено в суді – такий договір вважається правомірним.

Також підтвердженням цієї позиції можуть слугувати положення частини 4 статті 179 ГК України, згідно з якою при укладаючи господарські договори, сторони можуть визначати зміст договору на основі: вільного волевиявлення, коли сторони мають право погоджувати на свій розсуд будь-які умови договору, що не суперечать законодавству; примірного договору, рекомендованого органом управління суб'єктам господарювання для використання при укладенні ними договорів, коли сторони мають право за взаємною згодою змінювати окремі умови, передбачені примірним договором,

або доповнювати його зміст; типового договору, затвердженого Кабінетом Міністрів України, чи у випадках, передбачених законом, іншим органом державної влади, коли сторони не можуть відступати від змісту типового договору, але мають право конкретизувати його умови; договору приєднання, запропонованого однією стороною для інших можливих суб'єктів, коли ці суб'єкти у разі вступу в договір не мають права наполягати на зміні його змісту [18].

Отже, законодавець максимально розширив коло можливостей сторін для визначення змісту господарського договору, вказавши на свободу волевиявлення в узгодженні, зокрема, будь-яких умов, що прямо не суперечать положенням законодавства.

Р. В. Мельниченко у своєму дослідженні обмежень договірної свободи дійшов висновку, що в національному законодавстві такі обмеження можна класифікувати на дві групи:

1) обмеження свободи щодо укладення цивільно-правового договору;

2) обмеження свободи щодо виду, форми та змісту договору.

Під першою групою автор передбачає наявність покладеного законом обов’язку щодо укладення договору у прямо визначених випадках. Такими «обов’язковими договорами» є: 1) публічний договір, 2) договір приєднання, 3) договір за державним замовленням, 4) типовий договір, 5) договір з особою, що виграла прилюдні (електронні) торги, 6) попередній договір [50].

Однак тут необхідно надати уточнення, адже укладення договору за державним замовленням регулюється господарським законодавством, зокрема статтями 13 та 183 ГК України та Законом України «Про публічні закупівлі» та характеризується відсутністю таких принципів інституту договірного права, як диспозитивність та договірна свобода сторін правовідносин, що дає можливість стверджувати про необхідність розширення назви першої групи обмежень на «обмеження свободи щодо укладення цивільно-правового та господарського договору».

Для наведення прикладу обмеження свободи щодо виду, форми та змісту договору Р. В. Мельниченко звертається до позиції О. В. Басая, який

підкреслює, що обмеження свободи сторін обирати вид договору, як правило, випливають із природи відносин, що регламентуються відповідними договорами та їхнім суб'єктним складом. Зокрема, гарантом, як учасником договору банківської гарантії, може бути банк або інша фінансова організація (стаття 560 ЦК України), кредитором за кредитним договором може бути лише банк або інша фінансова установа (стаття 1054 ЦК України), фінансовим агентом за договором факторингу може бути лише спеціалізована організація (стаття 1079 ЦК України), укладати договір банківського вкладу можуть лише банки (стаття 1066 ЦК України), страхувальниками за договорами страхування можуть бути лише спеціалізовані страхові організації (стаття 984 ЦК України) [50].

Договірна свобода сторін обмежена також способом укладення (формою) договору: обов'язковістю письмової форми договору, а також його нотаріального посвідчення та державної реєстрації у прямо передбачених законом випадках та допустимістю його укладення шляхом мовчазної згоди лише у випадках, прямо передбачених законом або домовленістю сторін (ст. ст. 205, 208, 209, 210 ЦК України).

Як приклад обмеження змісту договору наводиться позиція О. А. Беляневича, який стверджує, що суттєвими обмежувачами договірної свободи слід також уважати: 1) відповідно до статті 627 ЦК України – вимоги розумності та справедливості, яких мають дотримуватися учасники договірних правовідносин; 2) відповідно до частини 1 статті 203 ЦК України – моральні засади суспільства. Крім того, в окремих актах чинного законодавства такими обмежувачами називаються «суспільний порядок», «публічний порядок», «публічні інтереси», «принципи гуманності та моралі». Застосування в судовій практиці саме таких обмежувачів свободи є найбільш складним через абстрактність формулювання та оціночний характер [46].

Важко погодитись із подібним підходом, адже необхідність дотримуватися загальноправових принципів, які сформовані в українському законодавстві (розумність, справедливість, гуманність та мораль тощо), не може тлумачитись як обмеження змісту договору, адже принцип свободи договору апріорі є

частиною системи всіх правових принципів, що складають собою узгоджену систему, складові якої не повинні суперечити одне одному.

Ще однією важливою складовою, що дозволяє повною мірою реалізувати положення типового EPC-контракту за проформою FIDIC в Україні, є наявність іноземного елементу, який надає сторонам контракту можливість застосовувати принцип автономії волі та здійснити вибір права, яким буде регулюватися договір у цілому або окремі його частини.

Автономія волі є фундаментальним принципом при укладенні зовнішньоекономічних договорів. Вказане правило відображене у статті 6 Закону України «Про міжнародне приватне право», відповідно до якої учасники наділені правомочністю самостійно здійснювати вибір права, що підлягає застосуванню до змісту правових відносин, у випадках, передбачених законом.

Як слушно зауважує В. І. Кисіль, автономія волі отримала закріплення майже в усіх міжнародних договорах, що стосуються вибору права, компетентного регулювати договірні зобов’язання. Достатньо вказати на найбільш відомі з них: Гаазька конвенція про право, застосовуване до міжнародної купівлі-продажу товарів, 1955 р., Гаазька конвенція про право, застосовуване до агентських угод, 1978 р., Римська конвенція про право, застосовуване до договірних зобов’язань, 1980 р., Гаазька конвенція про право, застосовуване до договорів міжнародної купівлі-продажу товарів, 1986 р., Міжамериканська конвенція про право, застосовуване до міжнародних контрактів, 1994 р. та інші. Так, у всіх них прослідковується вказівка на те, що права й обов’язки сторін в угоді визначаються за законодавством місця укладання угоди, якщо інше не встановлено погодженням сторін [51].

Натомість, частина 1 статті 382 ГК України передбачає, що суб'єкти зовнішньоекономічної діяльності мають право укладати будь-які зовнішньоекономічні договори (контракти), крім тих, укладення яких заборонено законодавством України, тобто законодавець таким чином підкреслює, що принцип свободи договору в Україні не є абсолютним.

Аналогічного висновку можна дійти, проаналізувавши положення Закону України «Про міжнародне приватне право». Якщо частина 1 статті 5 Закону

передбачає, що у випадках, передбачених законом, учасники (учасник) правовідносин можуть самостійно здійснювати вибір права, що підлягає застосуванню до змісту правових відносин, то частина 1 статті 43 згаданого Закону вже уточнює, що сторони договору можуть обрати право, що застосовується до договору, крім випадків, коли вибір права прямо заборонений законами України.

Якщо проаналізувати положення статті 12 Закону України «Про міжнародне приватне право», то можна з'ясувати, що законодавець передбачив можливість не лише обмежити вибір права, але й надав вказівку на те, як повинні регулюватися відносини сторін у разі, якщо застосування права іноземної держави призведе до наслідків, явно несумісних з основами правопорядку (публічним порядком) України. Пленум Верховного Суду України у пункті 12 постанови «Про практику розгляду судами клопотань про визнання й виконання рішень іноземних судів і про скасування рішень, постановлених у порядку міжнародного комерційного арбітражу на території України» від 24 грудня 1999 року визначив публічний порядок як правопорядок держави, визначальні принципи і засади, які становлять основу існуючого в ній ладу (стосуються її незалежності, цілісності, самостійності й недоторканності, основних конституційних прав, свобод, гарантій тощо) [52].

Норма Закону, зокрема частини 1 статті 12, передбачає що застосуванню підлягає право, яке має найбільш тісний зв'язок із правовідносинами, а якщо таке право визначити або застосувати неможливо, застосовується право України. Так, відповідно до положень частини 2 статті 44 Закону, правом, з яким договір найбільш тісно пов'язаний, уважається:

1) щодо договору про нерухоме майно – право держави, у якій це майно знаходиться, а якщо таке майно підлягає реєстрації – право держави, де здійснена реєстрація;

2) щодо договорів про спільну діяльність або виконання робіт – право держави, у якій провадиться така діяльність або створюються передбачені договором результати;

3) щодо договору, укладеного на аукціоні, за конкурсом або на біржі, – право держави, у якій проводяться аукціон, конкурс або знаходиться біржа.

Обмежує дію принципу автономії волі також положення законодавства про обхід закону як застереження щодо недобросовісного вибору права. Так, відповідно до статті 10 Закону України «Про міжнародне приватне право», договір та інші дії учасників приватноправових відносин, спрямовані на підпорядкування цих відносин праву іншому, ніж те, що визначається згідно із Законом України «Про міжнародне приватне право», в обхід його положень, є нікчемними. У цьому разі застосовується право, яке підлягає застосуванню відповідно до вищезазначеного Закону.

У деяких правових системах мають місце обмеження права вибору, наприклад, колом держав, з якими договір має фактичний зв'язок (наприклад, відповідно до статті 25 Закону про міжнародне приватне право Польщі сторони можуть обрати право, з яким зобов'язання «взаємно пов'язане»; згідно зі статтями 1-105 Уніфікованого торговельного кодексу США, можна обрати право тієї держави, з якою «угода має розумний зв'язок») [51].

Невід'ємною складовою принципу автономії волі є можливість сторін здійснювати вибір юрисдикції для різних елементів угоди. Положення частини 4 статті 5 Закону України «Про міжнародне приватне право», відповідно до якого вибір права щодо окремих частин договору повинен бути явно вираженим, свідчить про опосередковане закріплення цього явища, яке отримало назву «dépeçage» (фр. dépeçage – розчеплення), і з приводу якого існує декілька позицій науковців. Зокрема, М. Гуліано та П. Лагарде [53] у своїх працях висвітлюють дві основні концепції. Одні експерти стверджують, що у разі, якщо контракт складається з декількох частин (договорів), які є юридично та економічно незалежними, то вони можуть регулюватись правом декількох країн, однак, якщо цього немає – до всіх елементів контракту має застосовуватись єдине право. Інші вказують, що розмежування юрисдикцій безпосередньо пов'язане з принципом свободи договору, який не може бути забороненим. Разом із цим, вважаємо, що обидві позиції є цілком обґрунтованими, однак, відповідно до існуючої практики, схиляємося до думки

першої групи науковців, адже навіть часткове ігнорування імперативних норм законодавства тієї чи іншої країни відповідно до застосовуваного права може призвести до унеможливлення виконання договірних зобов'язань у цілому. Цілком логічною є позиція прихильників теорії «dépeçage» щодо введення ряду захисних положень, серед яких наявність імперативних норм у правовій системі певної держави, які б унеможливлювали обхід закону та не містили застережень про публічний порядок.

Ще одним важливим моментом, пов'язаним з автономією волі, є можливість вибору права після укладення договору. Так, наприклад, у Законі про міжнародне приватне право Швейцарії прямо зазначено: «Вибір права може бути здійснено будь-коли. Якщо вибір права робиться після укладення договору, то він має зворотну силу з моменту укладення договору. Права третіх осіб не зачіпаються» (частина 3 статті 116) [54].

Опосередковано це положення відображено в частині 5 статті 5 Закону України «Про міжнародне приватне право», згідно з яким вибір права або зміна раніше обраного права можуть бути здійснені учасниками правовідносин у будь-який час, зокрема, при укладенні договору, на різних стадіях його виконання тощо. Вибір права або зміна раніше обраного права, які зроблені після укладення договору, мають зворотну дію і є дійсними з моменту укладення договору, але не можуть:

1) бути підставою для визнання угоди недійсною у зв'язку з недодержанням вимог до її форми;

2) обмежити чи порушити права, які набули треті особи до моменту вибору права або зміни раніше обраного права [52].

На останній підпункт вищезгаданої статті Закону слід звернути окрему увагу, при укладенні будь-якого зовнішньоекономічного договору та EPC-контракту зокрема, адже у багатьох випадках зобов'язання за такими контрактами забезпечуються банківськими гарантіями, поручительством третьої особи чи гарантіями материнських компаній. Доктрина, законодавство і судова практика виходять з того, що вибір сторонами застосовуваного права не

повинен створювати негативних наслідків для реалізації прав та інтересів таких третіх осіб.

Також науковці виокремлюють два види реалізації принципу автономії права: явний (вказівка в угоді або в окремому документі, застосування загального принципу визначення права) та непрямий (неявний) (тлумачення здійснюється на основі дій, умов договору чи обставин справи, ходу попередніх переговорів, вказівки на норми певного акта та обрання певної судової інстанції) [54].

Застосування міжнародних джерел права, наприклад, Принципів міжнародних комерційних договорів (принципів УНІДРУА) може стати в пригоді сторонам у разі, якщо їм не вдалося дійти згоди щодо права, яке підлягає застосуванню. Як зазначається у рішенні господарського суду м. Києва від 09.07.2010 у справі № 32/339, сторони погодилися з тим, що в процесі розгляду та вирішення спору, а також з усіх питань, не передбачених даним контрактом, сторони будуть керуватися нормами міжнародного права, зокрема, Віденською Конвенцією ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів і нормами права місця укладення контракту [55].

Як слушно зауважує К. Г. Цірат щодо практики вирішення спорів із приводу права, за яким повинні регулюватись правовідносини в зовнішньоекономічному договорі, то в цьому випадку у більшості справ, які розглядалися Міжнародним комерційним арбітражним судом при Торгово-промисловій палаті України (надалі – МКАС при ТПП України), сторони здійснювали вибір права, прописуючи це або в основному договорі, або в арбітражному застереженні [56]. Разом з цим існує принаймні одна справа, яка розглядалася у МКАС при ТПП України, де сторони здійснили усний вибір права під час судового засідання (справа № 40, рішення від 15 жовтня 2009 р.). У рішенні вказано: «Позивач у позовній заяві обґрунтував свої позовні вимоги посиланням на норми матеріального права України. Відповідач у відзиві на позовну заяву вказує, що сторони в контракті не узгодили питання про те, матеріальне право якої країни підлягає застосуванню під час вирішення спору. Разом із тим позивач під час подачі позову правовими підставами для своїх

позовних вимог вказав ст. 22, 526 та 692 ГК України. Виходячи із цього, відповідач свої заперечення на заявлені позовні вимоги виклав також відповідно до матеріального права України... У подальшому позивачу своїх коментарях у справі також посипався на норми права України. Стаття 5 Закону України «Про міжнародне приватне право» передбачає, що учасники правовідносин можуть самостійно здійснювати вибір права, що підлягає застосуванню до змісту правовідносин. Вибір права або зміна раніше обраного права можуть бути здійснені учасниками правовідносин в будь-який час, зокрема, при вчиненні угоди, на різних стадіях її виконання і т. п. Вибір права, здійснений після вчинення угоди, має зворотну дію і є дійсним з моменту вчинення угоди. Відповідно до ст. 28 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж», пункт 1 статті 14 Регламенту МКАС при ТПП України Арбітражний суд вирішує спір відповідно з тими нормами права, які сторони обрали в якості застосовних до суті спору. Таким чином, враховуючи вибір права, здійснений сторонами на стадії вирішення спору у МКАС при ТПП України, а також положення пункту 1 статті 14 Регламенту МКАС при ТПП України, ст. 28 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж», ст. 5, 43 Закону України «Про міжнародне приватне право», було прийнято рішення про застосування до даного спору матеріального права України» [57]. Тобто, у випадку описаному вище, вибір права був здійснений у так званій «непрямій (неявній)» формі, про що дійшов висновку арбітражний суд, на підставі конклюдентних дій сторін.

Щодо вибору права при укладенні EPC-контракту, то до нього застосовані всі ті перелічені вище обмеження, які передбачені Законом України «Про міжнародне приватне право», однак, особливість структури такого контракту та механізми, що закладені в ньому розробниками, а саме Міжнародною Федерацією Інженерів-Консультантів, досить складно узгодити з імперативними нормами вітчизняного законодавства [58]. Особливості адаптації EPC-контрактів до імперативних норм українського законодавства будуть детально розглянуті в другому розділі цього дисертаційного дослідження.

Отже, проаналізувавши всі наявні аспекти, пов’язані з виникненням та розвитком правового регулювання, що дозволяє укладати EPC-контракти в Україні, можна дійти висновку, що укладення подібних угод було б неможливим без закріплення в українському законодавстві основоположних загальноправових принципів, зокрема таких, як:

принцип свободи договору, який є базисним у приватноправових відносинах та є зрозумілим для всіх правових систем, однак, не є абсолютним, адже існує в рамках чинних нормативних актів, звичаїв ділового обороту, відповідно до яких відносини сторін EPC-контракту мають ґрунтуватися на засадах розумності, добросовісності та справедливості і не суперечити імперативним нормам національного законодавства;

принцип автономії волі, який дозволяє сторонам полегшити адаптацію EPC-контракту, дозволивши їм самостійно визначати право, яким будуть врегульовані договірні правовідносини або відповідні елементи EPC-контракту, що, як наслідок, надає сторонам угоди можливість максимально забезпечити захист своїх прав та інтересів.

ВИСНОВКИ ДО РОЗДІЛУ 1

1. Однією з визначальних ознак юридичної термінології є її усталеність та однозначність, що зумовлює необхідність в постійному пошуку правильного змісту того чи іншого поняття. Цю особливість не оминуло і дане дисертаційне дослідження, в ході якого терміни «контракт» та «угода» розглядатися як синоніми поняття «договір». Подібний підхід є об’єктивно зумовлений та висвітлений в науковому доробку низки вітчизняних вчених-правників. EPC-контракт як явище, що існує в межах сучасних договірних відносин має глибоке коріння, яке сягає часів Стародавнього Риму. Як і давньоримським контрактам йому притаманна консенсуальність, оплатність, синалагматичність, а найголовніше − він має ознаки вільного контракту (bonae fudei negotia). І сторони, що його укладають, безумовно діють з розрахунком на взаємну довіру та добросовісність. Необхідним атрибутом укладення контракту є

його письмова форма, яка дозволяє сторонам реалізовувати принцип правової визначеності.

Правовий інститут договору (контракту), посідає важливе місце в системі господарського права. Юристи-господарники завжди приділяли велику увагу вивченню правової природи, особливостей і видового різноманіття контрактів. Вивчення правової природи EPC-контрактів не є виключенням, адже будучи уніфікованою формою договору, що розроблена Міжнародною федерацією інженерів-консультантів, вона увібрала в себе найкращі міжнародні практики та звичаї ділового обороту, які серед учасників будівельних відносин в Україні вважаються досить прогресивними, однак є маловивченими. Досліджуючи правову природу EPC-контракту було з'ясовано, що даний вид договору за своєю природою є взаємним, непойменованим, оплатним, двостороннім або багатостороннім, консенсуальним, основним, міновим, змішаним угодою, яка поєднує в собі елементи таких договорів як: договір поставки, договір генерального підряду, договір інжинірингу (проектування), договір з надання послуг (пуско-налагоджувальні роботи), що укладається в письмовій формі, відповідно до проформ розроблених FIDIC. Аналіз правової природи EPC-контракту дозволив сформулювати основні його ознаки, а саме: обов'язковість укладання у письмовій формі, вичерпний перелік прав та обов'язків підрядника, тісний зв'язок з термінологією, що застосовується в англійському праві, можливість доповнення додатковими договірними конструкціями, обмеження відповідальності сторін в межах визначеного розміру Contract Price, обмеження прав замовника у здійсненні впливу на субпідрядників тощо.

2. Укладення EPC-контрактів в Україні можливе завдяки наявності двох загальноправових принципів: свободи договору та автономії волі. Основним принципом, що покладається в основу укладення та виконання EPC-контракту в Україні є принцип свободи договору. Адже він дозволяє укладати змішані договори, що представляють собою комбінацію різних цивільно-правових та господарських угод в рамках однієї договірної конструкції. Разом з тим, слід зазначити, що українському законодавству притаманний комплексний підхід до обмеження принципу свободи договору, в основу якого

покладено доктрину ex post, що доповнена положеннями доктрини ex ante. Перша передбачає презумпцію правомірності договору укладеного сторонами доти, доки суд не дійде зворотного висновку, а друга полягає в тому, що законодавець вже здійснив оцінку прийнятності змісту договору, а суд, що розглядає конкретний спір, застосовує відповідну заборону і визнає весь договір чи окремі його умови недійсними. Іншим фундаментальним принципом, який застосовується при укладенні зовнішньоекономічних договорів і дозволяє сторонам EPC-контракту (за наявності іноземного елементу) самостійно здійснювати вибір юрисдикції для різних елементів угоди є принцип автономії волі. Наявний законодавчий підхід до обмеження згаданого принципу полягає в недопущені зловживань з боку учасників договірних відносин, якщо застосування права іноземної держави призведе до наслідків, які будуть явно суперечити основами правопорядку України. Таким чином, належне застосування принципу автономії волі, є важливою складовою правової адаптації EPC-контракту до вимог імперативних норм, що містяться в національному законодавстві.

3. Сформульовано поняття «EPC-контракт»**,** під яким розуміємо особливий вид змішаного договору на здійснення капітального будівництва «під ключ», що укладається відповідно до типових форм, затверджених міжнародними профільними організаціями, згідно з яким підрядник відповідає за проектування, поставку, будівництво, пусконалагоджувальні роботи та введення об’єкта в експлуатацію у визначені строки, а замовник зобов’язаний передати в належному стані будівельний майданчик підряднику та оплатити роботи за «твердою ціною» згідно з затвердженим графіком платежів. Дане визначення дозволить змінити на доктринальному рівні підхід до EPC-контракту, оскільки в науковій літературі як правило, його зміст розкривався через поняття «engineering, procurement, and construction», що значно звужує правову природу цього договору.

РОЗДІЛ 2.
ОСОБЛИВОСТІ УКЛАДЕННЯ ТА ВИКОНАННЯ EPC-КОНТРАКТІВ ЗА ФОРМАМИ FIDIC

2.1. Правовий аналіз контрактів за типовими формами FIDIC

Значної зацікавленості серед юристів-практиків набуває сфера аналізу та адаптації проформ FIDIC в Україні. Зокрема, правовий аналіз контрактів за типовими формами FIDIC, як правило, використовується, коли необхідно: з'ясувати, які положення контрактів різняться з імперативними нормами національного законодавства; виявити структурні зв'язки між окремими елементами контракту з метою недопущення виникнення додаткових ризиків для сторін.

Враховуючи, що низка інфраструктурних та енергетичних проектів реалізується саме шляхом укладення договорів за типовими формами, розробленими Міжнародною федерація інженерів-консультантів, доцільно здійснити відповідний правовий аналіз особливостей типових форм FIDIC із метою виявлення їх спільних та відмінних рис, що стане фундаментом для вивчення особливостей структурування, укладення та виконання EPC-контрактів у наступному підрозділі дослідження. Зокрема, з урахування концепції «твердої ціни» договору, яка зумовлює зростання популярності контрактів FIDIC під час здійснення публічних закупівель для державних потреб. Слід зазначити, що наші найближчі західні сусіди (Польща) вже давно застосовують проформи FIDIC для реалізації будівельних проектів, що фінансуються з державного бюджету [58].

Для розуміння такого явища, як правовий аналіз контрактів за типовими формами FIDIC, важливо з'ясувати суть такого методу наукового пізнання як аналіз.

С. Е. Важинський та Т. І. Щербак уважають, що базисом наукового дослідження є докладний аналіз об'єкта цього дослідження. Він здійснюється на основі інформаційного пошуку з широким використанням електронно-

обчислювальних машин. При цьому дослідники активно застосовують різноманітні джерела інформації, які знаходяться як в Україні, так і за її межами [59].

Подібний підхід до тлумачення аналізу методу наукового пізнання є цілком виправданим та сучасним. Він активно застосовується як під час написанні наукових досліджень, так і за безпосереднього здійснення правового аналізу контрактів за типовими формами FIDIC.

Заслуговує на увагу позиція О. А. Шуменко, яка розглядає аналіз як поділ об'єкта на складові частини з метою їх самостійного вивчення. Вчений зазначає, що видами аналізу є: механічний поділ; визначення динамічного складу; виявлення форм взаємодії елементів цілого; знаходження причин явищ; виявлення рівня знання та його структури тощо. Різновидом аналізу є поділ на класи (множини) предметів, на підкласи – класифікація і періодизація [60]. Схожої позиції дотримуються А. І. Грабченко та В. О. Федорович, які вважають, що аналіз передбачає роздроблення цілого на складові елементи, тобто виділення ознак предмета для вивчення їх окремо як частини єдиного цілого. Детально проведений аналіз є серйозною гарантією логічності викладу матеріалу дослідження (дисертації, монографії) [61, с. 24].

О. П. Поліщук стверджує, що аналіз – це розкладення, членування чогось цілісного на складові елементи, властивості, відношення, аспекти, підсистеми для подальшого поглибленого розгляду кожного з них. Для цього вдаються до абстрагування, рідше — до реального поділу досліджуваного предмета на складники [62].

Наведені вище позиції дозволяють стверджувати, що категорію аналізу досить часто пов'язують з дробленням певного об'єкта, що підлягає вивчення на складові частини. Така позиція цілком відповідає підходу щодо здійснення правового аналізу контрактів за типовими формами FIDIC, який був окреслений на початку цього розділу дослідження.

На думку вищеназваних учених, такі особливості аналізу, як членування цілісного на складові елементи для подальшого поглибленого вивчення, є необхідною складовою будь-якого дослідження. У зв'язку з цим слід звернути

увагу на гіпотетичний аналіз. Версії гіпотетичного характеру виправдані, якщо припущення, розроблені на їх основі, містять реалістичну ідею, виходять із варіантів, один із яких містить істину. Розробка версій необхідна тоді, коли самі по собі факти не дають змоги віднайти причину явища, у зв’язку з чим і виникає необхідність спочатку будувати аналіз гіпотетично. Для дослідників-початківців вчені рекомендують такий алгоритм аналізу: роздріблення об'єкта, що вивчається, або явища на частини і виявлення зв’язків між цими частинами; виявлення ознак, властивостей об'єкту; виявлення схожості і різниці між ознаками; розташування об'єктів поодинці або за декількома ознаками в послідовності убування або зростання цих ознак; співвідношення загального із приватним, одиничним або особливим. Такий алгоритм дуже схожий із порівнянням, тому, що аналіз і порівняння тісно пов’язані.

Отже, можна дійти висновку стосовно того, що здійснюючи аналіз контрактів за типовими формами Міжнародної федерації інженерів-консультантів, доцільно також зіставляти положення різних книг FIDIC для з’ясування спільних та відмінних рис, що притаманні цим контрактам.

Натомість, здійснюючи аналіз контрактів не слід забувати про його обов’язковий супутник, яким є синтез, у зв’язку з чим виникає необхідність у висвітленні загальних особливостей цього методу наукового пізнання. Так, на думку О. П. Поліщук, аналіз та синтез співвідносяться як протилежні способи мисленнєвого чи практичного осягнення досліджуваного предмета [63].

В свою чергу А. І. Грабченко та В. О. Федорович зауважують, що аналіз і синтез виступають як плідні методи пізнання лише тоді, коли вони використовуються в тісній єдності. Для того щоб став можливим аналіз тієї або іншої речі, вона повинна бути зафіксована в нашій свідомості як певне ціле, тобто попередньою умовою аналізу є цілісне, систематичне сприйняття об’єкта, на який він направлений. І, навпаки, синтез можливий тоді, коли здійснений аналіз, коли виділені ті або інші сторони й елементи деякого цілого. Отже, синтез являє собою з'єднання отриманих у ході аналізу частин у єдине ціле [61, с. 24]. Методи аналізу й синтезу в науковій творчості можуть набувати різних форм залежно від ступеня пізнання об'єкта, від глибини проникнення в його

сутність, звідси розрізняють: прямий або емпіричний аналіз і синтез; зворотний або елементарно-теоретичний аналіз і синтез; структурно-генетичний аналіз і синтез. Прямий, або емпіричний, аналіз і синтез застосовуються на стадії поверхового ознайомлення з об'єктом. При цьому здійснюються виокремлення частин об'єкта, виявлення його властивостей, найпростіші вимірювання, фіксація даних, що лежать на поверхні загального. Зворотний, або елементарно-теоретичний аналіз і синтез використовуються для досягнення моментів сутності явища. Аналіз і синтез тут базуються на деяких теоретичних міркуваннях, як такі, яких можуть виступати припущення про причинно-наслідковий зв'язок різних явищ, про дію якої-небудь закономірності. Структурно-генетичний аналіз і синтез дозволяють найбільш глибоко проникнути в сутність об'єкта. Вони здійснюють припущення щодо деяких причинно-наслідкових зв’язків. Цей вид аналізу й синтезу вимагає вичленовування в складному явищі таких елементів та ланок, які представляють найголовніше, «ядро», що чинить вирішальний вплив на всі інші сторони сутності об'єкта.

М. В. Костицький, досліджуючи логіку як методологію наукового пізнання в правознавстві, стверджує, що такі поширені логічні прийоми як аналіз і синтез є найбільш ефективними методами наукового пізнання, які забезпечують більш повне і чітке розуміння об’єкта дослідження [64].

У філософії XVIII–XIX століть цінність аналізу і синтезу в пізнанні тлумачилася неоднозначно. Е. Кондильяк та В. Кузен уважали аналіз єдиним способом набуття істинного знання. Натомість О. Конт та Г. Спенсер таке значення надавали синтезу [61]. У філософській системі Іммануїла Канта аналітичні та синтетичні судження у процесі пізнання – однаково необхідні. Також, на думку Канта, судження є аналітичним, якщо його предикат (поняття про властивості предмета думки) не дає нового значення, і синтетичним, якщо предикат не виводиться із суб’єкта (поняття-означення предмета думки), а поєднується з ним. Синтетичні судження можуть бути апостеріорними (набуті через досвід, практику) або апріорними (отримані через здогад без досвіду, вроджені) [61, с.185].

Однак слід наголосити на необхідності розрізнення аналізу і синтезу у науковому дослідженні від аналізу і синтезу у формальній логіці. Як випливає з вищенаведеного, в логіці під синтезом розуміють будь-яке поєднання за заданими ознаками. В свою чергу у науковому дослідженні до однієї групи включаються лише ті відомості, які відповідають головним, визначальним ознакам. Отже, аналіз і синтез, як, типові логічні операції перетворюються на особливі методи дослідження. У зв'язку з тим, що кожна наука має власний специфічний предмет дослідження, виникають притаманні саме їй методи систематизації результатів спостереження, експерименту та обробки дослідних даних, прийоми аналізу та синтезу.

Аналізуючи об'єкт дослідження, розкладаючи його на складові, слід розглядати їх як частини єдиного цілого. Арістотель у своїй праці «Політика» стверджував, що рука, яка відокремлена від тіла, є рукою лише за назвою [65]. Як наслідок, аналіз має переплітатися із синтезом, тобто зіставляти аналізовану частину з усім цілим, встановлювати, досліджувати частини в їх сутності, як складові цілого. Такий аналіз дозволяє здійснити виділення суттєвого у предметі, який стане основою для синтезу. Основним завданням аналізу є виділення тієї частини, з якої сам об'єкт виникає і розвивається.

Об'єкт у синтезі становить єдність протилежностей, при цьому відтворюється його виникнення і розвиток. Якщо спочатку синтез виступає в аналізі, то потім включає аналіз у себе. У сучасному науковому пізнанні теоретичні аналіз і синтез нерозривно пов'язані з практичним аналізом і синтезом – з практикою експериментування та із суспільно-історичною практикою взагалі [66].

На думку С. П. Щерби та В. К. Щедріна, процес розчленування (аналізу) тільки тоді стане засобом осягнення об'єкта, коли він здійснюватиметься не механічно, а з виокремленням суттєвого, тобто того, що становить основу зв'язку всіх сторін досліджуваного об'єкта. Отже, діалектичний аналіз стає засобом проникнення в сутність речей. Проте, відіграючи суттєву роль у пізнанні, аналіз не дає конкретного знання про об'єкт дослідження. Це завдання

виконує синтез. Аналіз і синтез, органічно взаємопов'язані, вони взаємозумовлюють і передбачають один одного в процесі пізнання [67, с.197].

Отже, вбачається, що такі категорії як «аналіз» і «синтез» були досліджені широким колом науковців та філософів. Натомість, незважаючи на часту вживаність терміну, «правовий аналіз», його дослідженням юристи-науковці майже не займалися, хоча фахових статей, які в своїй назві містили б поняття «порівняльно-правовий аналіз» [68] або «теоретико-правовий аналіз» [69], існує величезна кількість.

Юристи-практики поняття «правовий аналіз договору» розуміють як послугу, що надається клієнту на оплатній основі й ототожнюється з консультуванням. Так, наприклад на сайті компанії Global Consulting можна знайти таке визначення: «Складання та правовий аналіз договорів – це послуга по підготовці договору, як документа, що визначає обов’язки контрагентів угоди, та експертиза його на відповідність вимог чинного законодавства і можливих ризиків при подальшому використанні.» [70].

Досить абстрактною, але не менш цікавою є позиція ЮК «Олексій Пуха і Партнери», яка полягає в тому, що аналіз договору − це ретельне вивчення тексту договору з метою виявлення в ньому неточностей або нечітких визначень, підводних каменів або прихованих пасток, які можуть у випадку конфліктної ситуації призвести до виникнення негативних наслідків [71].

Вбачається, що зазначені визначення є суто практичними, адже розглядають правовий аналіз договору виключно зі сторони відповідності законодавству (з урахуванням інтересів клієнта), упускаючи при цьому його дослідження з боку теорії права.

Отже, на думку консультуючих юристів, правовий аналіз договору є послугою, яка полягає в консультуванні клієнта на предмет наявності ризиків, які можуть виникнути внаслідок укладення та/або виконання відповідної угоди. В першу чергу це зумовлено тим, що юридичний консалтинг є клієнтоорієнтованою діяльністю правників, яка провадиться з метою отримання прибутку з найменшими затратами сил та часу. У зв’язку з цим висвітлені вище особливості аналізу, що здійснюється на доктринальному рівні, відкидаються.

Це особливо важливо розуміти з огляду на те, що здійснення правового аналізу контрактів за типовими формами FIDIC на науковому рівні та в практично-юридичній площині буде відрізнятися.

Також слід зазначити, що поряд із юридичним аналізом досить часто можна зустріти такі дефініції, як «юридичний аудит» та «дью-диліджeнс», які за своєю природою є схожими. Відповідно, вбачається необхідність у їх відмежовуванні.

Так, дью-диліджeнс (від англ. Due Diligence, що в перекладі означає забезпечення належної сумлінності) − це процедура формування об'єктивного уявлення про об'єкт інвестування, що включає в себе інвестиційні ризики, незалежну оцінку об'єкта інвестування і безліч інших чинників. В першу чергу дью-диліджeнс спрямований на всебічну перевірку законності і комерційної привабливості планованої угоди або інвестиційного проекту, проте важливу роль відіграє і повнота інформації, що надається за даного виду перевірки, що дозволяє інвесторам або діловим партнерам більш глибоко оцінити всі переваги і недоліки співпраці.

Іншої ж думки дотримуються юристи-практики, наприклад Адвокати АФ «Грамацький і Партнери» [72] та АО «Winner Lex» [73] зауважують, що процес дью-диліджeнсу можу бути суто юридичним (legal due diligence) і найбільш вдалим аналогом цьому поняттю є саме «юридичний аудит».

Підтвердженням цієї думки може слугувати позиція Касич А. О. та Яковенко Я. Ю., які зауважуть, що дью-диліджeнс необхідно розрізняти за видами:

− фінансовий (Financial due diligence) – полягає у вивченні структури доходів та активів, системи фінансового контролю і планування, здатності підприємства приносити стабільний дохід;

− податковий (Tax due diligence) – становить собою оцінку податкового навантаження на підприємство та пошук шляхів оптимізації оподаткування;

− правовий (Legal due diligence) – юридична перевірка діяльності на предмет дотримання чинного законодавства (в ході його здійснення вивчають статут, трудові договори та типові договори з клієнтами);

− операційний (Operational due diligence) – проводиться з метою перевірки виробничої діяльності підприємства, зокрема й оцінки якості продукції та можливостей збільшення її випуску [74].

Розглядаючи питання юридичного аудиту, слід звернути увагу на думку Ткачука І. М. який розглядає це поняття як правову експертизу діяльності підприємства на предмет відповідності чинному законодавству України, метою якого є визначення наявних порушень та ймовірних ризиків у діяльності підприємства, визначення найбільш оптимальних способів їх усунення або мінімізації [75]. При цьому автор наполягає на тому, що ототожнювати поняття «юридичний аудит» та «дью-диліджснс» не слід, оскільки перше поняття є складовою другого.

Разом із цим, можна наштовхнутись на досить цікаве повіряння правового аналізу договору з юридичний аудитом. У розумінні адвоката Олени Доманчук, радника KPD Consaltin Law Firm, ці два поняття є тотожними та дозволяють об’єктивно зробити висновки щодо відповідності умов договору вимогам чинного законодавства, визначити, які реальні негативні наслідки можуть настати у випадку невиконання, неналежного виконання договору, з’ясувати потенційну можливість визнання договору недійсним однією зі сторін, оспорити окремі його положення тощо [76].

Уважаємо за необхідне викласти власну позицію з приводу співвідношення понять «юридичний аудит», «дью-диліджснс» та «правовий аналіз». Так, найбільш широким та всеохоплюючим поняттям у цьому разі буде саме правовий аналіз, який може бути виражений як в формі юридичного аудиту, так і в формі правового дью-диліджснсу, два останні поняття є тотожними. Це пов’язано з тим, що правовий аналіз як явище був сформований задовго до того, як виник юридичний аудит та дью-диліджснс і перший увібрав в себе риси, притаманні аналізу у формальній логіці, поклавши їх на полотно юридичної науки з обов’язковим застосуванням норм, що містяться в загальних принципах права (принцип правової визначеності, пропорційності, законності тощо).

Отже, підсумовуючи все вищесказане, вбачається, що під поняттям правовий аналіз договору слід розуміти основоположний метод дослідження угод чи договірних конструкцій, що полягає у виокремленні складових, які складають їх структуру, знаходженні логічних зв'язків між ними, зівставленні цих елементів із нормами чинного законодавства та теорії права з метою подальшого синтезу отриманих результатів, що надасть змогу здійснити їх якісну оцінку.

Здійснювати правовий аналіз типових контрактів неможливо без належного вивчення суб'єкта, який розробив відповідний договір. У першу чергу, це зумовлено необхідністю розуміння рівня експертизи, досвіду та компетентності розробника. У зв'язку з цим виникає необхідність в дослідженні історії становлення Міжнародної федерації інженерів-консультантів, що займає чільне місце серед неурядових профільних організацій, які допомагають врегульовувати взаємовідносин учасників міжнародних інвестиційно-будівельних проектів.

Стрімкий розвиток інституту інженерів-консультантів у багатьох країнах світу на початку XX століття виявив необхідність в організації їх взаємодії. У зв'язку з цим, у ряду держав Європи та Америки було створено національні асоціації інженерів-консультантів, що мали на меті вироблення єдиних стандартів якості надання послуг у сфері капітального будівництва. Так, в 1903 році утворюється асоціація інженерів-консультантів у Німеччині, у 1904 році – у Данії, у 1905 році – у США, у 1908 році – у Великій Британії, далі в Бельгії, Нідерландах, Швеції, Франції. У 1914 році було створено Польську асоціацію інженерів-консультантів [77]. Розвиток міжнародних зв'язків та транснаціонального інвестиційно-будівельного ринку сприяв обміну досвідом і координації діяльності інженерів-консультантів із різних країн.

Історія створення FIDIC бере свій початок у 1913 році. Так, велика кількість спеціалістів у галузі будівництва, що брали участь у Всесвітній виставці 1913 року, дійшли до висновку про необхідність створення глобальної організації, що змогла б об'єднати фахівців у галузі будівництва з усього світу. Це призвело до того, що за ініціативою національних асоціацій Бельгії, Франції

та Швейцарії відбувся перший конгрес інженерів-консультантів, на якому і було засновано FIDIC – Міжнародну федерацію інженерів-консультантів. Інші країни підтримували тимчасові зв'язки протягом перших років після створення федерації, однак через світові війни та інші серйозні політичні негаразди розвиток FIDIC відбувався досить повільно аж до кінця 1940-х років минулого століття. Кількість країн-членів постійно змінювалася, і всі вони походили з Європи. У 1959 році до FIDIC приєдналися Австралія, Канада, ПАР та США. Це зробило організацію справді міжнародною. Засновники FIDIC декламували, що основоположними засадами, на яких вони здійснюватимуть свою діяльність, будуть: якість, доброчесність та стабільність.

Спершу діяльність FIDIC була націлена на створення міжнародної методологічної бази, що мала на меті регламентацію діяльності інженерів-консультантів. Із часом функції Міжнародної федерації інженерів-консультантів розширилися, і зараз FIDIC концентрує основні зусилля на розробці і публікації типових форм контрактів, що використовуються з метою регулювання взаємовідносин учасників міжнародних інвестиційно-будівельних процесів.

За своєю суттю типові форми контрактів FIDIC – це відпрацьована на практиці система правил і норм, що покликана регулювати договірні відносини в сфері капітального будівництва. Реалізація проектів за стандартами FIDIC в Україні здебільшого зумовлена умовами надання міжнародного фінансування.

Загалом Міжнародною федерацію інженерів-консультантів розроблено понад 40 видань типових договорів, спрямованих на спорудження об'єктів цивільного будівництва, проектування, будівництво та здавання об'єктів «під ключ», електромонтажні роботи та роботи з монтажу механічного обладнання тощо.

Популярність використання типових форм контрактів FIDIC у першу чергу зумовлена підвищенням інвестиційної привабливості в разі проектного фінансування з боку міжнародних фінансових установ, таких як Європейський банк реконструкції та розвитку, Європейський інвестиційний банк, кредитно-експортні агентства тощо.

Починаючи з 60-х років XX століття Міжнародною федерацію інженерів-консультантів здійснено значну роботу щодо уніфікації договорів у різних сферах будівництва, зокрема було розроблено дев’ять основних типових форм договірної документації, серед яких можна виділити такі:

- «Умови контракту на спорудження об'єктів цивільного будівництва», що дістав назву «Червона книга» («Conditions of Contract for Works in Civil Engineering Construction» («Red Book»));
- «Типовий договір між замовником і консультантом на надання послуг», що дістав назву «Біла книга» («Client / Consultant Model Services Agreement» («White Book»));
- «Умови контракту на проектування, будівництво і здачу об'єктів «під ключ», що дістав назву «Помаранчева книга» («Conditions of Contract for Design-Build and Turnkey» («Orange Book»);
- «Умови контракту на електромонтажні роботи і роботи з монтажу механічного устаткування, під назвою «Жовта книга» («Conditions of Contract for Electrical and Mechanical Works»(«Yellow Book»));
- «Умови субдоговорів на спорудження об'єктів цивільного будівництва» («Conditions of Subcontract for Works in Civil Engineering Construction»);
- «Скорочена форма контракту», що дістала назву «Зелена книга» («Short Form of Contract, First Edition» («Green Book»));
- «Умови контракту для проектів, які виконуються «під ключ», що дістав назву «Срібна книга» («Condition for Contract for EPC Turnkey, First Edition» («Silver Book»)).

Такий особливий підхід у назві типових договорів FIDIC дістав назву «Радужний набір (Rainbow Suite)», при цьому на думку партнерів міжнародних юридичних фірми, таких як White&Case, Berwin Leighton Paisner LLP та King & Spalding найбільш значущими та вагомими проформами є Жовта, Червона та Срібна книги [78].

Міжнародною федерацію інженерів-консультантів рекомендовано використовувати Червону Книгу у межах реалізації об’єктів цивільного будівництва та в ході виконання відносно простих будівельник робіт невеликої

тривалості. Червона книга розроблена таким чином, щоб забезпечити найбільш сприятливі умови для проектування і будівництва об'єкта за проектом, що надав (розробив) замовник або його представник, що не виключає можливості здійснення певних проектних робіт або поставки чи установки обладнання (електромеханічних систем) підрядником самостійно.

Розробка і публікація Червоної книги надала можливість враховувати особливості національного законодавства та специфіку кожного об’єкта будівництва.

Біла книга є формою контракту з інженером-консультантом, шо здійснюється в межах реалізації проектів з іноземними інвестиціями та передбачає участь на всіх етапах: супровід проектування об'єкта; здійснення технічного нагляду; управління проектом; управління будівництвом; здійснення юридичного супроводу; проведення експертиз; розв’язання проблемних ситуацій та врегулювання спорів між сторонами.

У свою чергу Помаранчева книга призначена для використання під час спорудження об’єктів «під ключ» у рамках міжнародних тендерів, які передбачають будівництво повністю обладнаного та готового до використання об’єкта. Такий контракт передбачає розробку проектної документації, безпосереднє будівництво, інженерне забезпечення та монтаж обладнання.

За рекомендацією розробника, Жовту книгу необхідно застосовувати для здійснення поставки та монтажу електричного/механічного обладнання та під час розробки проекту і виконанні подальших будівельних робіт. У рамках реалізації такого контракту, підрядник здійснює проектування віповідно до вимог Замовника та виконує подальший монтаж обладнання або ж інші інженерно-інфраструктурні, механічні, електричні та/або будівельні роботи.

Зелену книгу радять використовувати для виконанні будівельних та інженерних робіт з відносно невеликим обсягом інвестицій і без залучення субпідрядних організацій. Підрядник здійснює всі види робіт відповідно до проекту наданого замовником.

На відміну від інших типових контрактів, Зелена книга складена максимально просто, однак вона передбачає значне збільшення обсягу роботи

замовника з підготовки специфікацій та креслень, які повинні описувати вимоги до всього обсягу робіт, включаючи, виконання проектних робіт підрядником. Крім того, Зелена книга не передбачає призначення інженера-консультанта або представника замовника, як того вимагають інші контракти, розроблені FIDIC. Відповідні функції покладаються на самого замовника або уповноважену ним особу.

Найбільш цікавою в межах нашого дослідження є Срібна книга, яка застосовується саме під час будівництва електростанцій, що використовують відновлювальні джерела енергії і є досить поширеною формо контракту FIDIC в Україні. Срібна книга застосовується в разі спорудження «під ключ» повністю обладнаної і готової до експлуатації електростанції, заводу, чи об'єкта інфраструктури. Срібна книга на відміну від Помаранчевої передбачає покладення на підрядника обов’язку здійснити поставку всіх матеріалів та обладнання, а також пусконалагоджувальні роботи, адже він відповідає за виробничі показники об’єкта будівництва.

За своєю суттю Срібна книга, повна англійська назва якої звучить як: Умови контракту для проектів, які виконуються «під ключ (Condition for Contract for EPC Turnkey), дала якісно новий поштовх у розробці типових договорів на здійснення капітального будівництва «під ключ» і сприяла популяризації такої моделі їх реалізації, як EPC.

Проформами FIDIC передбачений механізм урахування специфіки кожного об'єкта будівництва. У більшості проформ наявний поділ на дві частини:

Загальні умови контракту (General Conditions) − юридично вивірені положення контракту, які підходять для будь-якого будівельного проекту і мають стати частиною контракту без змін або з мінімальними змінами;

Особливі умови (Particular Conditions) – договірні конструкції, пов'язані із Загальними умовами контракту перехресними посиланнями, що дозволяє юридично коректно врахувати конкретні умови, які випливають із вимог національного законодавства та особливостей проекту.

У зв’язку з тим, що практично кожній типовій проформі FIDIC можна присвятити окреме дисертаційне дослідження, наразі пропонуємо детально проаналізувати саме Зелену книгу (Скорочена форма контракту), як форму контракту, що містить найбільш спрощені форми договірних конструкцій, які притаманні й усім іншим типовим проформам FIDIC .

Отже, Зелена книга складається з таких складових елементів:

- Контракт (Agreement);
- Загальні умови (General Conditions);
- Правила вирішення спорів (Rules for Adjudication);
- Записки з керівними вказівками (Notes for Guidance).

Як зазначають самі розробники, Зелена книга – це досить гнучкий документ, що містить основні адміністративні та комерційні умови, в які можна з легкістю внести зміни або доповнити за допомогою Додатків (в інших проформах це здійснюється шляхом внесення змін до Особливих умов (Particular Conditions).

Положення Зеленої книги найбільш прийнятні для реалізації короткострокових проектів власними силами підрядника без залучення послуг субпідрядників, за проектом, розробленим як підрядником, так і замовником.

За стандартною структурою, Загальні умови Зеленої книги починаються з глосарію, який налічує 19 термінів (у редакції від 1999 року), серед яких можна знайти як стандартні для контрактів будівельного підряду визначення («замовник», «виконавець», «специфікація»), так і досить нехарактерні як для спрощеної форми контракту дефініції – «день», «обладнання», «будівельний майданчик» тощо. Самі ж розробники зазначають, що глосарій контракту має дещо відрізняється від стандартних «понять», якими оперують інші типові форми договорів FIDIC. Це зумовлено необхідністю спрощення договірних конструкцій, при цьому кардинально іншими в порівнянні з усталеною практикою FIDIC є визначення таких понять як «дата набуття контрактом чинності (commencement date)», «будівельний майданчик (site)», «відхилення (variation)» та «роботи (works)».

Принагідно слід зазначити, що вже на самому початку контракту пункт 1.3. Загальних умов Зеленої книги зазначає: «Документи, що складають Контракт, вважаються такими, що взаємодоповнюють одне одного. Якщо в документах буде виявлено двозначність або розбіжність, Замовник повинен надати Виконавцю всі необхідні вказівки (інструкції), а пріоритетність документів повинна відповідати порядку, що зазначений у Додатку.» [79]. Отже, гнучкість та варіативність контракту дозволяє сторонам вже на стадії його укладення визначити, які положення будуть мати вищу силу в разі виникнення розбіжностей, наприклад: сторони можуть дійти згоди про те, що Загальні положення договору будуть більш пріоритетними, аніж положення, що вказані в додатках, і навпаки.

Натомість, у будь-якого українського юриста відразу ж виникне питання щодо того, про які «інструкції» йде мова в пункті 1.3. В цьому разі необхідно звернути увагу на пункт 2.3. під назвою «Інструкції Замовника», відповідно до змісту якого: «Підрядник повинен слідувати всім інструкціям (вказівкам) Замовника щодо Робіт, включаючи їх повну або часткову зупинку». Відповідно до Коментарів та приміток до спрощеної форми контракту FIDIC, підготовленої Національною академією з вирішення спорів Великої Британії, це положення слід тлумачити наступним чином: «Інструкції Замовника повинні бути викладеними в письмовій формі, тією мовою, яку Сторони погодили для здійснення комунікації, при цьому Замовник цілком і повністю несе відповідальність за наслідки, спричинені виконанням таких інструкцій (вказівок)» [79], а відповідно до пункту 6.1. Загальних умов Зеленої книги, Підрядник мусить виконувати вказівки Замовника щодо зупинення робіт, однак, якщо вони виникли з вини останнього, Підрядник може претендувати на компенсацію за простій.

На нашу думку, конкретизації такої категорії як «інструкція» (вимоги до її змісту, структури) не було здійснено через небажання розробників обмежувати можливості Замовника у контролі процесу будівництва, зважаючи на те, що в контракті немає вказівок на необхідність залучати інженера-консультанта, який би здійснював контроль за діяльністю Підрядника, адже

Замовник має право вживати всіх необхідних заходів для реалізації положень контракту.

Також слід звернути окрему увагу на положення пункту 1.6 Загальних умов Зеленої книги, в якому зазначається: «Підрядник повинен дотримуватися законодавства країни, де він провадить свою діяльність. Всі необхідні повідомлення, платежі та збори, пов'язані з виконанням Робіт повинні бути здійснені Підрядником.». Це положення наштовхує на думку про те, що Підрядник повинен керуватися не лише правом, за яким було укладено договір, але й законодавством країни, на території якої він здійснює Роботи, що є цілком логічним.

Разом з цим, положення Зеленої книги не залишають Підрядника сам-на-сам із національним законодавством. Так, пунктом 2.2. на Замовника покладено обов'язок сприяти Підряднику в отриманні всіх необхідних ліцензій та дозволів, а Записки з керівними вказівками (Notes for Guidance) від розробників зазначають, що в разі, якщо з будь-яких причин дозволи чи ліцензії для виконання Робіт необхідно буде отримувати не в країні, де здійснюється будівництво, то зазначений вище пункт може бути обмежений формулюванням: «… в Країні, але не в іншому місці (…in the Country but not elsewhere)» [80].

Ще однією особливістю, якою можна відзначити Зелену книгу, є те, що в ній відсутній розділ Особливі умови (Particular Conditions). Згадка про нього безумовно, є. Розробники вказують, що в разі, якщо сторонам не достатньо положень Загальних умов, вони можуть доповнити їх окремими положеннями Особливих умов на власний розсуд, однак у такому разі, необхідно буде чітко вказати пріоритетність таких положень по відношенню до Загальних умов (General Conditions) та Додатків (Appendixes).

Трішки вище вже було вказано, що право за яким укладено контракт на основі Зеленої книги, може відрізнятися від права держави на території якої здійснюється проведення робіт. FIDIC не забув залишити коментар з цього приводу в Записках з керівними вказівками (Notes for Guidance): «Ризики, пов'язані зі змінами в законодавстві, що відбулись після дати направлення Підрядником своєї цінової пропозиції (Contractor's offer), несе Замовник, а будь-

яка затримка у виконанні робіт або додаткові витрати можуть бути стягнуті Підрядником. Якщо право, що застосовується в Контракті, не є правом країни, в якій виконуються роботи, пункт 6.1. повинен бути змінений в Особливих умовах (Particular Conditions).» [80]. Отже, вбачається, що в разі якщо контракт було укладено за англійським правом, а роботи виконуються в Україні, без внесення змін до нього шляхом розробки Особливих умова (Particular Conditions) сторонам не обійтись.

Практичність підходу FIDIC щодо надання Підрядником фінансового забезпечення відображена в пункті 4.4. Загальних умов Зеленої книги, при цьому наявне формулювання викликає ряд питань щодо відповідності антимонопольному законодавству України. Передбачено, що Підрядник повинен надати Замовнику протягом 14 днів із дня набуття контрактом сили гарантію виконання зобов'язання за формою, затвердженою третьою стороною, яка погоджена Замовником. Вбачається, що форма гарантії буде затверджена фінансовою установою і цю форму гарантії, з великою вірогідністю, Підрядник зможе отримати саме в такого конкретного суб'єкта. Подібне формулювання суперечить положенням частини другої статті 5 Закону України «Про захист економічної конкуренції», відповідно до якої антиконкурентними узгодженими діями суб'єктів господарювання (узгоджені дії, які призвели чи можуть призвести до недопущення, усунення чи обмеження конкуренції) визнаються узгоджені дії, які стосуються, зокрема, встановлення цін чи інших умов придбання або реалізації товарів, а також укладення угод за умови прийняття іншими суб'єктами господарювання додаткових зобов'язань, які за своїм змістом або згідно з торговими та іншими чесними звичаями в підприємницькій діяльності не стосуються предмета цих угод [81]. Отже, вбачається, що Підрядник буде обмежений у виборі суб'єктів (банків, фінансових установ), які б змогли надати йому фінансову гарантію необхідної форми, яку погодив Замовник, і цілком імовірно, що це можна буде кваліфікувати як антиконкурентну дію, відповідно до законодавства України.

Також відмінною рисою Зеленої книги може слугувати те, що пункт 7.4. Контракту не передбачає наявності максимального розміру штрафу за

несвоєчасне виконання Робіт. Існує лише вказівка, що суму, яку Підрядник повинен сплачувати на користь Замовника за кожен день прострочення, є 10% від ціни Контракту (при цьому у примітках вказано, що це значення може бути скорегованим виключно Замовником, у разі необхідності).

При цьому, за загальним правилом, відповідно до частини 6 статті 232 ГК України, нарахування штрафних санкцій за прострочення виконання зобов'язання, якщо інше не встановлено законом або договором, припиняється через шість місяців від дня, коли зобов'язання мало бути виконано. Отже, в разі якщо укладений сторонами контракт відповідно до Зеленої книги не буде містити вказівки на час, коли нарахування штрафних санкцій буде припинено – застосовуватиметься законодавчо визначений термін [18].

Вбачається, що сторонам також слід ураховувати положення статті 233 ГК України, відповідно до якої в разі, якщо належні до сплати штрафні санкції надмірно великі порівняно зі збитками кредитора, суд має право зменшити розмір санкцій. При цьому слід взяти до уваги: ступінь виконання зобов'язання боржником; майновий стан сторін, які беруть участь у зобов'язанні; не лише майнові, але й інші інтереси сторін, що заслуговують на увагу, при цьому якщо порушення зобов'язання не завдало збитків іншим учасникам господарських відносин, суд може з урахуванням інтересів боржника зменшити розмір належних до сплати штрафних санкцій та частини 3 статті 551 ЦК України, яка також дублює це положення: «Розмір неустойки може бути зменшений за рішенням суду, якщо він значно перевищує розмір збитків, та за наявності інших обставин, які мають істотне значення» [43].

Відповідно до інформаційного листа Вищого господарського суду України «Про деякі питання практики застосування норм Цивільного та Господарського кодексів України», при застосуванні частини 3 статті 551 ЦК України та статті 233 ГК України слід мати на увазі, що поняття «значно» та «надмірно» є оціночними і мають конкретизуватися судом у кожному конкретному випадку. При цьому слід враховувати, що правила частини третьої статті 551 ЦК України та статті 233 ГК України направлені на запобігання

збагаченню кредитора за рахунок боржника та недопущення заінтересованості кредитора у порушенні зобов'язання боржником.

Наведені вище положення статей ЦК та ГК України слугують досить поширеною підставою для звернення суб’єктів господарювання до суду, адже боржники (підрядники) часто вважають, що сплата ними штрафних санкцій на користь кредитора (замовника) буде підставою для його безпідставного збагачення [82], тому задля економії часу, сил та засобів сторін, уважаємо, що положення пункту 7.4. Зеленої книги в будь-якому випадку повинні обговорюватися сторонами незалежно від того, який розмір рекомендований до застосування розробниками (FIDIC).

При цьому Національна академія з вирішення спорів Великої Британії в Коментарях та примітках до спрощеної форми контракту FIDIC підкреслює, що пункт 7.4. стосується виключно затримки у виконанні будівельних робіт і зазначений розмір штрафу не може бути застосований до Підрядника, наприклад, за дефекти у виконаних роботах тощо [80]. Також наводиться висновок суду в справі The Bath & North East Somerset District Council v Mowlem 2004 року, рішенням якого зазначалось, що визначення сторонами в договорі штрафних санкцій за невчасне виконання робіт не означає, що сплата належних сум таким підрядником звільняє його від обов’язку такі роботи закінчити [83].

Також, досить неоднозначною, але від цього не менш цікавою є позиція FIDIC із приводу прийому-передачі виконаних робіт. Так, пунктом 8.2 Приймання-передача [Taking-Over] передбачено, що Підрядник повинен повідомити Замовника про виконання робіт із зазначенням відповідної дати, при цьому пропонується альтернативний варіант, який передбачає прийняття Замовником об’єкта, будівництво якого не завершено, але він готовий до використання. Вбачається, що такі дії супроводжуються надсиланням відповідних повідомлень та підписанням актів прийому-передачі. Як зазначають самі розробники Зеленої книги, в Записках з керівними вказівками (Notes for Guidance): «Стандартна практика не передбачає, що Роботи повинні бути виконані на 100%, перш ніж Замовник зможе їх прийняти. У разі, якщо

об’єкт готовий до використання за цільовим призначенням, відповідне повідомлення повинно бути направлено (зі сторони Підрядника). Контрактом не передбачено прийняття виключно частини робіт, однак, якщо Сторони мають у цьому необхідність – це повинно бути викладено в Особливих умовах (Particular Conditions).» [79].

Відповідно до положень частини 1 статті 882 ЦК України, замовник, який одержав повідомлення підрядника про готовність до передання робіт, виконаних за договором будівельного підряду, або, якщо це передбачено договором, – етапу робіт, зобов'язаний негайно розпочати їх прийняття. При цьому в Науково-практичному коментарі до ЦК України дана норма тлумачиться так: «Передання робіт може бути остаточним – після завершення всього результату робіт або поетапним (проміжним) – тобто прийняття певного переліку робіт. Приймання може розглядатися в якості проміжного тільки в тих випадках, коли в договорі будівельного підряду виділені окремі етапи приймання». [84]. Отже, можна дійти висновку, що національне законодавство України обмежує сторони договору підряду в прийманні робіт лише за двома опціями: остаточне або ж поетапне прийняття будівельних робіт. Вбачається, що за формальною ознакою прийняття незакінченого практично на 100% об’єкта будівництва, навіть якщо функціонально його можливо використовувати за призначенням, національне законодавство не передбачає, що є цілком логічним, зважаючи на те, що на замовника переходить як ризик знищення/пошкодження майна, так і ризик того, що весь комплекс робіт не буде завершений підрядником. У такому разі виникає логічне питання: що змусило FIDIC уважати, що прийом-передача повністю не закінченого об’єкта будівництва є гарною ідеєю? Відповідь криється в положеннях англо-саксонського права, які складають фундамент типових контрактів розроблених FIDIC, зокрема в частині таких понять як «естопель» та «добросовісність».

Так, англосаксонська правова система тривалий час практично не розглядала необхідності дотримання принципу добросовісності. Як зауважує О. О. Бакалінська, в рішеннях англійських судів як аналог оціночного критерію застосовувалося поняття розумності дій учасників правовідносин. Звичним

було уявлення про те, що сторони не зобов’язані діяти добросовісно і розумно, оскільки це суперечить суперництву сторін, які беруть участь у договорі [85]. Однак, у зв’язку із стрімким розвитком глобалізаційних процесів у законодавстві Англії спостерігається тенденція до використання англійськими судами поняття добросовісності. Прикладом цього може слугувати Закон 1999 року «Про регулювання несправедливих умов у споживчих контрактах», який використовує поняття добросовісність, яке ґрунтується не на конструкції недопущення несправедливості, а на конструкції континентального цивільного права, яке спирається на принципи справедливості й чесної ділової практики [86].

Разом із цим одним із дієвих інструментів, який виник в англійській судовій практиці наприкінці XVI століття, є естопель. Поняття «естопель» використовується виключно в юриспруденції і сприяє заповненню прогалин та неоднозначностей, що виникають у правовому регулюванні суспільних відносин.

В ідеальному правовому світі договірне право та право власності повинні завжди створювати справедливість у кожній з ситуацій, що можуть виникнути у зв’язку з виконанням контракту. Однак досвід кількох століть показує, що існують справи, коли несправедливість дозволяє стороні забезпечити її договірні права і право власності за певних умов. Доктрина естопелю спрямована на заповнення прогалин для забезпечення принципу справедливості в договірних відносинах.

Як зазначає казахстанська вчена С. Ж. Абдрахманова, естопель в англійському праві складається з трьох складових, кожна з яких обов'язково повинна бути наявною:

1) обіцянка, надана стороною А про те, що вона не буде реалізовувати свої законні права по відношенню до сторони Б;

2) розрахунок сторони А на те, що сторона Б буде спиратись на обіцянку сторони А;

3) фактичне виконання стороною Б обіцянки, що надала сторона А [87].

Казахстанська дослідниця зауважує, що серед різновидів естопелю помітно виділяється також promissory estoppel (позбавлення права заперечення на підставі даної обіцянки), яскравим прикладом якого є прецедент, сформований у справі Hughes v. Metropolitan Ry (1877) [88]. Фабула справи була наступною: Томас Х'юз володів нерухомістю, яку здавав в оренду залізничної компанії. За умовами договору оренди, Х'юз мав право вимагати від орендаря відремонтувати будівлю протягом шести місяців з моменту здійснення відповідного повідомлення. Повідомлення було відправлене 22 жовтня 1874 року, після чого орендарям залишалося закінчити ремонт до 22 квітня. 28 листопада залізнична компанія звернулась до Х'юза з пропозицією повного викупу орендованого приміщення. Х'юз вступив у переговори, однак укласти угоду сторонам так і не вдалось, після чого орендодавець звернувся з вимогою про те, що приміщення має бути відремонтоване з дати отримання орендарем першого повідомлення. Залізнична компанія вважала, що строк для проведення ремонтних робіт повинен обліковуватись із моменту, коли сторонами не було досягнено згоди про купівлю приміщення.

За підсумками розгляду справи суд дійшов висновку про те, що строк для здійснення ремонту був перерваний на час проведення переговорів. Ця позиція пояснюється тим, що, вступивши в переговори щодо купівлі приміщення, орендодавець таким чином надав орендарю обіцянку не здійснювати своїх законних прав щодо дотримання строків проведення ремонтних робіт (свідомо відступив від права, що було передбачено йому за договором), а орендар прийняв до уваги надану обіцянку, завдавши при цьому собі збитків, бо вчасно не виконав вимог орендодавця щодо ремонту приміщення.

Вітчизняний науковець А. І. Мануїлова розглядає зміст естопелю таким чином: якщо особа А своєю поведінкою дає особі Б підстави повірити у певну сукупність фактів та вчинити для цього певні дії, то особа А не може з метою вигоди надалі підтвердити факти і зайняти протилежну позицію. Наводити факти, виправдовуючись, у рамках судового процесу така сторона А по справі не має права [89].

К. Б. Дрогозюк у свою чергу вважає, що естопель як інструмент, що виник в англосаксонській системі права, базується на принципах добросовісності, забороні зловживання правом і послідовності, які в свою чергу, знайшли своє відображення в статті 3 та 13 ЦК України [90]. При цьому, слід наголосити, що вищезазначені принципи виступали виключно як фундамент для розробки естопеля, однак вони аж ніяк не розкивають його сутності.

Разом з цим, І. Є. Томаров переконаний, що інститут права, близький до естопеля, виник ще за часів Римської імперії і мав назву «non concedit venire contra factum proprium» (ніхто не може діяти усупереч своїй попередній поведінці). Дослідник вказує, що принцип «venire contra factum» передбачає, що здійснення прав всупереч своїй попередній поведінці не допускається на підставі принципу добросовісності [91]. Це дає можливість дійти висновку, що позиції К. Б. Дрогозюк та І. Є Томарова перекликаються.

Слід зазначити, що в договірному праві естопель розглядають як позбавлення права на заперечення через попередню поведінку суб'єкта (дії, бездіяльність, укладені правочини тощо). Це також знайшло своє відображення в Принципах міжнародних комерційних договорів, розроблених Міжнародним інститутом з уніфікації приватного права (далі – Принципи УНІДРУА). В статті 1.8. редакції Принципів УНІДРУА від 2016 року вказано: «…сторона не може діяти несумісно з певним розумінням, яке виникло з причин, що залежать від неї у іншої сторони і друга сторона, розумно на нього покладаючись, вчинила дії на шкоду собі» [92].

Схоже положення можна віднайти в Модельних правилах європейського приватного права, коментар до статті III.–1:103 (Good Faith and Fair Dealing) яких зазначає: «…поведінкою, яка суперечить добросовісності та чесній діловій практиці, є, зокрема, поведінка, що не відповідає попереднім заявам або поведінці сторони, за умови, що інша сторона, яка діючи собі на шкоду, розумно покладалась на них» [93].

Практика застосування естопелю українськими судами не досить поширена, однак вона все ж існує. Так, Львівський апеляційний господарський

суд в справі № 914/2622/16 застосував естопель при розгляді справи про конклюдентні дії позивача щодо визнання оспорюваних договорів і щодо правомірності набуття відповідачем прав вимоги на підставі цих договорів. Суд зазначив, що «естопель» означає категоричне заперечення такої поведінки сторони в процесі, якою вона перекреслює те, що попередньо було нею визнано в цьому та/або іншому судовому процесі. Суть означеного принципу в даній справі полягає в тому, що позивач, з огляду на вчинені ним конклюдентні дії, які свідчать про визнання ним законності оспорюваних договорів та правомірності набуття ПП «Інтеграл Інвестиції» прав вимоги за кредитним договором і договорами іпотеки, втратив право посилатися на підстави для визнання правочину недійсним. Також суд підкреслив, що принцип естопелю застосовується в практиці Європейського суду з прав людини (Хохліч проти України (Заява № 41707/98); ОСОБА_7 та інші проти Туреччини (Заяви № 41340/98, № 41342/98, № 41344/98) [94].

Такий підхід українських судів не є поодиноким. Так, починаючи з 2018 року, Верховний Суд, а саме Касаційний цивільний та Касаційний господарський суди, прийняв кілька постанов, які в мотивувальній частині містять посилання на згаданий вище принцип римського права – «non concedit venire contra factum proprium», який є своєрідним попередником естопелю. Так, за договором транспортування природного газу оператор газотранспортної системи АТ «Укртрансгаз» (позивач) надав однойменні послуги ПАТ «Волиньгаз» (відповідач). На думку позивача, послуги не були оплачені відповідачем у повному обсязі. Річ у тім, що виконавець застосовував змінений коефіцієнт 1,2 замість раніше «помилково» визначеного 1 до послуг, які вже були надані. Цей коефіцієнт застосовується як компенсація за відповідний обсяг негативного місячного небалансу замовника. Це збільшило вартість наданих послуг та одночасно борг замовника на 38 млн грн. Постановою Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 09.04.2019 року у справі №903/394/18 було наведена така позиція з цього приводу:

«51. На думку Верховного Суду, ризики невірної кваліфікації спірних обсягів газу несе позивач. Це витікає з доктрини venire contra factum proprium (заборони суперечливої поведінки), яку вже застосовував касаційний господарський суд (постанова від 17.11.2018 у справі № 911/205/18). При цьому суперечливість поведінки позивача у даному випадку ґрунтується на недоведеності ним зв'язку змін до Кодексу ГТС, які набрали чинності з 28.04.2017, з правом перекваліфікувати спірні обсяги газу, про які позивачеві було відомо до 28.04.2017, з відібраних санкціоновано на відібрані несанкціоновано.

52. Верховний Суд відхиляє посилання позивача на те, що про помилковість застосування коефіцієнту 1 позивачеві стало відомо після прийняття Вищим господарським судом України постанови від 26.06.2017 у справі № 902/232/16 за позовом ПАТ «Укртрансгаз» до ПАТ по газопостачанню та газифікації «Вінницягаз» про стягнення боргу та постанови від 31.07.2017 у справі № 916/1807/16 за позовом ПАТ «Укртрансгаз» до ПАТ «Одесагаз» про стягнення боргу. Верховний Суд мотивує свій висновок тим, що питання обґрунтованості застосування коефіцієнту 1 або 1,2 цілком залежить від аналізу позивачем наданих йому відповідачем звітів про алокацію, на підставі яких позивачем було виставлено відповідачеві первісні рахунки-фактури вартості послуг балансування, а не судових рішень у справах за позовами позивача до інших його контрагентів. Цей аргумент позивача суд також розцінює як підтвердження суперечливої поведінки позивача, спрямованої на штучне створення підстав для подання позову.» [95].

В іншій справі №911/205/18 Верховний Суд у складі колегії суддів Касаційного господарського суду послідовно притримався аналогічної позиції, але цього разу апелюючи до застосування принципу добросовісності, стосовно правовідносин між споживачем та оператором системи розподілу електричної енергії. Так, ПАТ «Київобленерго» зафіксувало відсутність пломби на лічильнику споживача електроенергії, про що був складений акт, до якого споживач не мав зауважень. На засіданні комісії з розгляду актів порушень визначено обсяг недоврахованої електроенергії та визначено відповідну суму

до сплати споживачем. Присутній на засіданні комісії представник споживача погодився з прийнятим рішенням комісії та просив про реструктуризацію заборгованості на 2 місяці. Однак таку суму не була сплачено, що стало приводом звернення ПАТ «Київобленерго» до суду.

У судових засіданнях споживач електроенергії наполягав на тому, що розмір застосованої санкції було визначено неправильно, лічильник йому не належить та пломба на зберігання йому не передавалася. Суд визнав, що відмова споживача добровільно оплатити вартість необлікованої електричної енергії суперечить його попередній поведінці та є недобросовісною, обґрунтувавши це так: «Доктрина venire contra factum proprium базується на принципі добросовісності. Наприклад, у статті I.-1:103 Принципів, визначень і модельних правил європейського приватного права вказується, що поведінкою, яка суперечить добросовісності та чесній діловій практиці, є, зокрема, поведінка, що не відповідає попереднім заявам або поведінці сторони, за умови, що інша сторона, яка діє собі на шкоду, розумно покладається на них.» [96].

Отже, можна дійти висновку, що естопель як надбання англосаксонської правової сім'ї сприяє тому, що правові конструкції, розроблені опираючись на норми саме цієї системи права сприяють впевненості сторін у тому, що обіцянки, надані за контрактом, навіть якщо вони свідчать про відмову від законного права, будуть виконуватись. У зв'язку з цим, проформи FIDIC успішно ввібрали в себе відповідні конструкції, що нехарактерні для романо-германської правової сім'ї, до якої прийнято відносити і правову систему України.

Пропонуємо розглянути такий розділ Зеленої книги – Усунення дефектів, пунктом 9.1. якого передбачено: «Замовник може в будь-який час до закінчення строку, зазначеного в Додатку, повідомити Виконавця про будь-які дефекти або роботи, що потребують завершення. Підрядник повинен безкоштовно усунути Замовнику будь-які дефекти, що виникли у зв'язку з тим, що Проектна документація, Матеріали, Обладнання та якість виконаних Робіт не відповідають вимогам Контракту. Витрати на усунення дефектів, що виникли з будь-яких інших причин повинні розглядатись як Відхилення (зміна

специфікації/креслень, яка були здійснені за інструкціями Замовника). Неусунення дефектів або робіт, що залишились до виконання протягом необхідного часу з моменту отримання повідомлення від Замовника, уповноважує його здійснювати всі необхідні роботи за рахунок Підрядника.».

У Записках з керівними вказівками (Notes for Guidance) вказується, що в Зеленій книзі не існує такого поняття як «Період відповідальності за дефекти [Defects Liability Period]», на відміну від інших проформ FIDIC, при цьому в Додатку до Контракту є вказівка на 365 днів, що відраховуються з дня зазначеного в повідомленні, згідно з пунктом 8.2 Приймання-передача [Taking-Over], який був розглянутий вище.

Самі розробники стверджують, що це найбільш усталений на практиці період для усунення дефектів, при цьому наголошуючи, що сторони можуть як збільшити, так і зменшити його. Слід підкреслити, що FIDIC тлумачить норму цього пункту як таку, що не забороняє Замовнику повідомити Підрядника про виявлені дефекти і до здійснення прийому-передачі об'єкта будівництва.

Цікавим є також той факт, що розробники Зеленої книги враховують, вимоги національного законодавства, відповідно до якого укладено договір, та надають право передбачати інший строк для усунення виявлених дефектів, ніж той, що вказаний у контракті. В цьому разі необхідно розглядати дефект як порушення умов договору, а спливання 365 днів із дня прийому-передачі об’єкта будівництва означає лише те, що у Підрядника більше немає прямого обов’язку повертатися на будівельний майданчик для усунення несправностей чи недоліків, однак відповідальність він все одно буде нести відповідно до закону.

Наступний розділ Зеленої книги має назву Відхилення та претензії [Variations and Claims], пункт 10.2 якого містить положення щодо того, яким чином необхідно здійснювати оцінку вартості Відхилень, що були ініційовані Замовником. Виокремлюється п’ять підходів з приводу цього: 1) Сторони можуть прийняти рішення про виплату єдиного платежу у разі наявності Відхилень; 2) відповідно до окремих погоджених ставок, що стосуються відповідних Відхилень; 3) за відсутності погоджених ставок, що передбачені

попереднім пунктом – використання ставок для робіт, що погоджені в Контракті; 4) за відповідними новими ставками, що будуть погоджені Сторонами або які Замовник уважає прийнятними (доречними); 5) у разі, якщо Замовник надасть відповідні вказівки – оцінка вартості Відхилень має здійснюватися за денними ставками робочого дня, що містяться в Додатку, при цьому Виконавець має вести облік робочих годин персоналу, час роботи свого обладнання та обсяги використаних матеріалів.

Із приводу цього пункту у Коментарях та примітках до спрощеної форми контракту FIDIC зазначено, що у разі необхідності визначення приблизної оцінки вартості робіт за наявності Відхилень, Сторони повинні одночасно керуватись як пунктом 10.2 так і пунктом 10.5., який передбачає що Замовник зобов'язаний протягом 28 днів з дня направлення відповідної інструкції (що стосується наявності Відхилень), надати Виконавцю детальний опис вартості робіт, а Виконавець перевіряє і в разі відсутності зауважень – погоджує таку вартість. За відсутності консенсусу, Замовник самостійно погоджує цю вартість [80].

Також важливим є те, що пункт 10.3. містить положення, яке мотивує Підрядника повідомляти Замовника про всі затримки, що відбулись у ході виконання робіт та були спричинені не з вини першого. Надсилаючи відповідні повідомлення Замовнику, Підрядник наділяється правом продовжити Строк виконання робіт або отримує можливість звернутись до Замовника з претензією щодо додаткової оплати. Однак, строк від моменту виникнення факторів затримки і дати надсилання відповідного повідомлення Замовникові не уточнюється, що з великою вірогідністю може призвести до суперечки між Сторонами.

Необхідно зазначити, що Сторонам відразу ж слід погодити строк для надання повідомлень Підрядником, які стосуються затримки (простою) у виконанні Робіт із причин, що не залежали від його волі (швидкість вітру, втручання третіх осіб тощо), при цьому не слід плутати такі підстави з виникненням форс-мажору.

Інші положення Зеленої книги детального аналізу не потребують, адже повністю відповідають вимогам Постанови Кабінету Міністрів України «Про затвердження Загальних умов укладення та виконання договорів підряду в капітальному будівництві» від 01 серпня 2005 р. № 668 [97] та присутні в кожному договорі підряду: ціна договору (здійснення платежів), відповідальність сторін, страхування та вирішення спорів тощо.

Виходячи із вищезазначеного, можна дійти висновку, що правовий аналіз контрактів за типовими формами FIDIC є досить комплексним та складним процесом, який потребує від юриста вивчення не лише положень самого контракту, але й їх зіставлення з положеннями національного законодавства, з'ясування причин того, чому саме розробники вирішили включити ті чи інші норми і яким чином сторони повинні їх тлумачити. Також, як вже зазначалось на початку, правовий аналіз договору неможливо здійснювати окремо від синтезу, тобто дослідник або ж юрист-практик повинен чітко розуміти, що для всеохоплюючого розуміння типового договору FIDIC розкласти його на окремі складові буде недостатньо.

Крім того, здійснений аналіз положень Зеленої книги (Скороченої форми контракту), розробленої FIDIC (у редакції 1999 року), демонструє, що розробники не обмежують Сторони в можливості доповнення чи розширення його положень, а навпаки лише вітають такі ініціативи, що робить конструкції проформ FIDIC неймовірно гнучкими та зручними для використання. Головне при цьому – здійснювати доповнення положень контракту, керуючись «Золотими принципами», які FIDIC оприлюднив у 2019 році задля полегшення модифікації Загальних умов своїх договорів за допомогою Особливих умов [98]. Недотримання «Золотих принципів» FIDIC може мати наслідком порушення балансу ризиків і призвести до збитків, судових спорів, а інколи й розірвання контракту, що буде детальніше описано в наступних розділах дослідження.

Отже, проведений аналіз контрактів за типовими формами FIDIC дає підстави стверджувати, що EPC-контракти якісно виділяються серед інших

договорів генерального підряду своєю дворівневою структурою, яка зумовлює необхідність у її подальшому вивченні.

2.2. Структурування, укладання та виконання EPC-контрактів

Безумовно, EPC-контракт, як особливий вид змішаного договору, займає окрему нішу серед усіх договорів, що відомі сучасній юридичній науці. Як і всі підрядні договори, EPC-контракт передбачає безпосередню відповідальність генерального підрядника перед замовником і, як правило, його положення не поширюються на відносини генерального підрядника із субпідрядниками, хоча безпосередня реалізація проекту будівництва буде здійснюватися саме останніми.

Така особливість зумовлена наявністю специфічних ризиків, які у капітальному будівництві можуть становити небезпеку не лише економічного (тобто бути джерелом фінансових збитків), але й технічного характеру (непридатність об’єкта будівництва для виконання необхідних функцій).

Перелічене вище зумовлює покладення високого рівня відповідальності на переговорну команду та юридичних консультантів, що супроводжують укладання структурування та виконання EPC-контракту для реалізації проекту будівництва електростанції, що використовує ВДЕ. Більш того, на сучасному юридичному ринку вже прослідковується чітка тенденція до впровадження напрямку із супроводження укладення EPC-контрактів юристами, що працюють в практиці енергетики або капітального будівництва.

Популярність EPC-контрактів зумовлена в першу чергу глобалізацією економічних процесів та зростанням транснаціонального ринкового обороту, а також високим рівнем «зеленого» тарифу. Більше того, використання концепції EPC у будівництві (за проформою FIDIC) підвищує шанси залучення проектного фінансування та інвестиційну привабливість проекту в очах найрізноманітніших фінансових установ (Світового банку, Європейського банку реконструкції та розвитку, Корпорації закордонних приватних інвестицій тощо), адже це істотно знижує ризики для потенційного кредитора, а також дає

змогу залучити фінансування на вигідніших умовах у тому разі, якщо в обраного EPC-підрядника відмінна ділова репутація й досвід співпраці з фінансовими інституціями. Яскравим прикладом підтвердження цього є будівництво Ботієвської ВЕС [99], фінансуванням його займався LandesBank Berlin і данське державне експортно-кредитне агентство EKF.

У вітчизняній юридичній літературі питанню структурування господарських договорів приділена досить незначна увага. Безумовно, дослідженню господарського договору як юридичної категорії вчені-юристи присвятили значну увагу, однак виокремити серед досліджень думки, що вказували на дослідження саме структури і складових частин – досить складно.

Натомість юристи-практики, що працюють за напрямом M&A (злиття і поглинання), постійно мають справу зі структуруванням відповідних угод, що пов'язані з купівлею-продажем корпоративних прав тих чи інших компаній.

Т. Довгань і В. Ставчук наголошують, що важливими елементами структурування угоди є економічна сутність і комерційна обґрунтованість рішень у плануванні операції, прозорість угоди і всіх її елементів, вимоги до розкриття інформації, забезпечення захисту інвестицій, питання взаємодії з банками, застосування податкових режимів та обмежень [100].

На думку М. Лукашенко, структурування угоди – це процес, що відбувається до моменту підписання самої угоди, який охоплює юрисдикційні питання, пов'язані із законодавством, спираючись на яке компанії будуть укладати та виконувати умови відповідного договору [101].

Так, В. В. Ігнатенко та О. Хлопенко під структуруванням угод зі злиття та поглинання притримуються позиції, висловленої Фостером Рідом та Олександром Рід Лажом у посібнику «Майстерність злиттів та поглинань», де: «Під структуруванням розуміється те, якої форми набуде конкретна угода. Широкий вибір форм проведення операції (придбання активів, передача акцій, різні види злиттів, тендерні пропозиції тощо) при різноманітті істотних для неї чинників (юридичних, податкових, бухгалтерських тощо) дає простір для творчого планування, покликаного задовольнити часто протилежні інтереси покупців, продавців, інвесторів і кредиторів» [102]. Відразу ж відзначимо, що з

огляду на існування національного законодавства, яке розглядає поняття форми угоди (правочину) дещо з іншого ракурсу (усна, письмова, з нотаріальним посвідченням), доцільним є сприйняття позиції дослідників щодо наявих способів здійснення купівлі-продажу корпоративних прав.

На офіційному сайті компанії з управління активами Activist можна знайти цікавий підхід до тлумачення поняття «структурування угоди», під яким розуміється детальне угрупування плану домовленості для адаптації її формату і зменшення фінансової, юридичної та будь-якої іншої небезпеки для відповідних сторін. У процесі структурування детально вивчається обстановка з огляду на фінанси, виплати і права, обговорюються важливі домовленості і потрібний підсумок майбутньої угоди. В результаті, вибирається спосіб здійснення моделі купівлі-продажу об'єкта нерухомості, який буде найбільш ефективним [103].

Л. П. Кулаковська та Ю. В. Піча під структурою договору на проведення аудиту розглядають саме складові частини угоди (розділи): преамбулу, предмет договору, зобов'язання сторін, порядок здавання та приймання робіт тощо [104].

Вищенаведене свідчить про відсутність єдиного підходу до визначення поняття «структурування угоди (договору)» як серед науковців (не лише у сфері права), так і серед практиків, що наштовхує на думку про необхідність формулювання єдиного поняття, яке б могло ввібрати в себе наявні напрацювання. Тому пропонуємо розглядати поняття «структурування господарського договору» як діяльність пов'язану з розробкою структури договору, налагодженням системи його внутрішніх взаємозв'язків задля мінімізації фінансового, податкового, юридичного, операційного навантаження та задоволення інтересів договірних сторін.

Загальний порядок укладення господарських договорів врегульовано статтею 181 ГК України, відповідно до якої господарський договір укладається в порядку, встановленому ЦК України, з урахуванням особливостей, передбачених ГК України.

Слід зазначити, що до прийняття Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення залучення інвестицій та запровадження нових фінансових інструментів» від 19 червня 2020 року № 738-IX [105] згадана вище стаття ГК України мала абсолютно інший вигляд. Так, передбачалось, що:

1. Господарський договір за загальним правилом викладається у формі єдиного документа, підписаного сторонами. Допускається укладення господарських договорів у спрощений спосіб, тобто шляхом обміну листами, факсограмами, телеграмами, телефонограмами тощо, а також шляхом підтвердження прийняття до виконання замовлень, якщо законом не встановлено спеціальних вимог до форми та порядку укладення даного виду договорів.

2. Проект договору може бути запропонований будь-якою зі сторін. У разі якщо проект договору викладено як єдиний документ, він надається другій стороні у двох примірниках.

3. Сторона, яка одержала проект договору, в разі згоди з його умовами оформляє договір відповідно до вимог частини першої цієї статті і повертає один примірник договору другій стороні або надсилає відповідь на лист, факсограму тощо у двадцятиденний строк після одержання договору.

4. За наявності заперечень щодо окремих умов договору сторона, яка одержала проект договору, складає протокол розбіжностей, про що робиться застереження в договорі, та у двадцятиденний строк надсилає другій стороні два примірники протоколу розбіжностей разом із підписаним договором.

5. Сторона, яка одержала протокол розбіжностей до договору, зобов'язана протягом двадцяти днів розглянути його, в цей же строк вжити заходів для врегулювання розбіжностей з другою стороною та включити до договору всі прийняті пропозиції, а ті розбіжності, що залишились неврегульованими, передати протягом цього ж терміну до суду, якщо на це є згода другої сторони.

6. У разі досягнення сторонами згоди щодо всіх або окремих умов, зазначених у протоколі розбіжностей, така згода повинна бути підтверджена у

письмовій формі (протоколом узгодження розбіжностей, листами, телеграмами, телетайпограмами тощо).

7. Якщо сторона, яка одержала протокол розбіжностей щодо умов договору, заснованого на державному замовленні або такого, укладення якого є обов'язковим для сторін на підставі закону, або сторона - виконавець за договором, що в установленому порядку визнана монополістом на певному ринку товарів (робіт, послуг), яка одержала протокол розбіжностей, не передасть у зазначений двадцятиденний строк до суду розбіжності, що залишилися неврегульованими, то пропозиції другої сторони вважаються прийнятими.

8. У разі якщо сторони не досягли згоди з усіх істотних умов господарського договору, такий договір уважається неукладеним (таким, що не відбувся). Якщо одна зі сторін здійснила фактичні дії щодо його виконання, правові наслідки таких дій визначаються нормами Цивільного кодексу України.».

Слід також звернути увагу на те, що в зауваженнях Головного юридичного управління апарату Верховної Ради України від 17.06.2020 року до Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення залучення інвестицій та запровадження нових фінансових інструментів», зазначено: «Внесення запропонованих змін до статті 181 Господарського кодексу України, яка встановлює загальні засади укладення договорів суб’єктами господарювання, вбачається недоцільним, оскільки, по-перше, замінює конкретні норми відсильними, по-друге – виходить за межі предмету правового регулювання законопроекту». Не складно здогадатись, що зауваження не було прийнято до уваги Комітетом з питань фінансів, податкової та митної політики в наслідок чого положення статті 181 ГК України зараз є суттєво спрощеними.

Крім того, слід відмітити, що подібні зміни не потрібно тлумачити як щось негативне. З часу розробки та прийняття ГК України пройшло понад 18 років і у зв’язку з розвитком нових технологій суспільні відносини, що пов’язані із порядком заключення договорів, стали більш прогресивні. Сучасний

функціонал програмного забезпечення дозволяє без проблем порівняти документи, відслідкувати, хто й коли вносив в них зміни або ж взагалі встановити заборону на внесення змін до тих чи інших положень договірної документації. Майже миттєве спілкування за допомогою електронної пошти, суттєво пришвидшує будь-який договірний процес. Більш того, після прийняття Закону України «Про електронні довірчі послуги» [106], контрагентам навіть не обов'язково здійснювати обмін документами на паперових носіях, адже тепер кожна уповноважена особа здатна без проблем отримати кваліфікований електронний підпис (далі – КЕП), який згодом можна використати для укладення договору.

Повертаючись до оновленої норми статті 181 ГК України, слід підкреслити, що за своїм змістом вона практично дублює положення в частині 7 статті 179 цього ж Кодексу, а саме: «Господарські договори укладаються за правилами, встановленими Цивільним кодексом України з урахуванням особливостей, передбачених цим Кодексом, іншими нормативно-правовими актами щодо окремих видів договорів» [18].

До норм ЦК України, що стосуються загального порядку укладення договорів, можна віднести положенням глави 53 розділу ІІ Книги п'ятої. Зокрема, стаття 638 ЦК України передбачає, що договір є укладеним, якщо сторони досягли згоди з усіх істотних умов договору, а істотними умовами договору є умови про предмет договору, умови, що визначені законом як істотні або є необхідними для договорів даного виду, а також усі ті умови, щодо яких за заявою хоча б однієї із сторін має бути досягнуто згоди. При цьому, майже ідентична норма міститься в частині 2 статті 180 ГК України, але вона вказує на додаткові особливості укладення господарських договорів, зокрема щодо передбаченого законом порядку та форми досягнення згоди щодо істотних умов. При цьому, частина 3 згаданої статті ГК України вже конкретизує, що обов'язковими для узгодження умовами є предмет, ціна та строк дії договору.

Отже, підсумовуючи вищенаведене, можна стверджувати, що для визнання договору укладеним чинне законодавство вимагає наявності таких трьох

складових: 1) досягнення згоди щодо усіх істотних умов; 2) втілення такої згоди у належну форму; 3) дотримання передбаченого законом порядку досягнення цієї згоди.

Питанню укладення господарського договору в науковій літературі присвячена ціла низка досліджень таких авторів як О. А. Беляневич, О. А. Теличко, В. С. Мілаш, І. В. Давидова, О. В. Гордєєва, А .П. Гаврилішин, В. С. Щербина та інші. При цьому, кожен з дослідників вивчав згадану проблематику з різних ракурсів, а деякі дослідження вже втратили свою актуальність через наявні законодавчі зміни, у зв'язку з чим виникає необхідність у детальнішому вивченні думок правників.

Як слушно зауважує В. С. Мілаш, одним із перших питань, що виникає на етапі укладення господарських договорів, є визначення здатності кожного з майбутніх контрагентів до укладення певного договору на боці однієї з його сторін (яка надає або отримує рішуче виконання за договором). Здатність суб'єкта господарювання до укладення договору реалізується за допомогою інституту представництва, оскільки такий суб'єкт не може діяти ззовні безпосередньо (так, як фізична особа). Зовнішнє виявлення волі суб'єкта господарювання щодо укладення господарського договору відбувається завдяки наділенню відповідних осіб повноваженнями на його укладання та підписання від імені та в інтересах цього суб'єкта господарювання [107].

Повноваження, пов'язані з укладенням господарських договорів від імені суб'єкта господарювання, завжди є похідними щодо правосуб'єктності такого суб'єкта. Це означає, що представник не може набути господарських прав та обов'язків для особи, яка не здатна їх мати та/або реалізувати. Відповідно дії представника, належні повноваження якого діяти від імені та в інтересах сторони, яка сама не має права на вчинення цих дій (на які вона уповноважила представника), зокрема й на укладення певних договорів, не здатні створити правових наслідків у вигляді набуття суб'єктивних прав та обов'язків, що утворюють зміст конкретних договірних правовідносин. Отже, під час укладення господарських договорів кожна зі сторін має одночасно перевірити

як здатність свого контрагента відносно укладення відповідного договору, так і повноваження представника, який укладає договір від імені даного контрагента.

Під час укладення господарського договору суб'єктом господарювання можуть виникати проблемні ситуації двох видів: по-перше, пов'язані з перевищенням повноважень її представника щодо укладення договору; по-друге, з відсутністю повноважень в особи («квазіпредставника»), яка уклала договір від імені суб'єкта господарювання. У разі перевищення повноважень представника, особа, яку він представляв, може або схвалити дії такого представника, або відмовитися від їх схвалення. Згідно зі статтею 241 ЦК України, правочин, учинений представником з перевищенням повноважень, створює, змінює, припиняє права та обов'язки особи, яку він представляє лише у разі наступного схвалення правочину цією особою. Подальше схвалення суб'єктом господарювання угоди, укладеної від її імені представником, який не мав належних повноважень, робить її дійсною з моменту укладення. Доказами такого схвалення можуть бути відповідне письмове звернення до іншої сторони угоди чи до її представника (лист, телеграма, телетайпограма тощо) або вчинення дій, які свідчать про схвалення угоди (прийняття її виконання, здійснення платежу іншій стороні тощо). При цьому слід звернути увагу на те, що вітчизняним законодавством безпосередньо не передбачено можливість застосування положень про наступне схвалення договору, укладеного від імені сторони суб'єктом, який не перебуває з нею у представницьких відносинах (наприклад, представницьких повноважень може не мати філія, створена виключно для виконання виробничих функцій). Відповідно договір, укладений від імені суб'єкта господарювання особою, яка взагалі не має представницьких повноважень, однак прийнятий цією особою до виконання (повністю чи частково) на передбачених у ньому умовах, за чинним законодавством повинен кваліфікуватися як договір, укладений шляхом підтвердження прийняття до виконання замовлення, за умови, що законом не встановлено спеціальної вимоги стосовно форми (обов'язкова повна письмова форма) та порядку укладення даного виду договорів. Якщо ж сторона не приймає до виконання договір, укладений від її імені суб'єктом, який не мав представницьких

повноважень, договір повинен визнаватися неукладеним (таким, що не відбувся), за винятком випадку, коли вона сама умисно створює у третьої особи переконання про наявність представницьких повноважень у суб'єкта, який діяв від її імені. Саме такий підхід відповідає принципу добросовісної і чесної ділової практики та визнаний у Принципах міжнародних комерційних договорів УНІДРУА. За частиною 2 статті 2.2.5 зазначених Принципів, якщо поведінка особи, яку представляє суб'єкт, що діє без повноважень, призводить до того, що третя особа слушно вважає, що має справу з її представником, перша особа позбавляється права посилатися у взаємовідносинах із даною третьою особою на відсутність повноважень у суб'єкта, який її представляє [92].

Від випадків укладення господарських договорів від імені суб'єкта господарювання уповноваженими особами, потрібно відрізняти випадки обмеження самим суб'єктом господарювання повноважень своїх представників щодо укладення окремих господарських договорів. Такі обмеження, як правило, виражаються у вигляді обов'язкового попереднього схвалення договору з боку відповідного колегіального органу (загальних зборів, ради директорів тощо) перед його підписанням повноважним представником суб'єкта господарювання. Найчастіше необхідність такого схвалення пов'язується з: а) загальною сумою платежу за товари (роботи, послуги), що мають бути придбані (реалізовані) за договором (наприклад, при укладенні договору на суму понад 25 тис. грн); б) видом договору (наприклад, укладення договору, за яким така сторона має виступити поручителем); в) співвідношенням загальної суми платежу за договором та вартості чистих активів суб'єкта господарювання (наприклад, коли така сума перевищуватиме 10 % (15 %) чи більше від вартості чистих активів суб'єкта господарювання)

На думку Т. В. Мокієнко, загальний порядок укладення господарського договору складається з таких стадій [108]:

1. створення проекту договору;

2. створення протоколу розбіжностей;

3. безпосереднє врегулювання розбіжностей;

Слід підкреслити, що вищезазначений підхід упускає питання взаємного волевиявлення сторін, що вивляється в направленні оферти та її акцептуванні, а також питання перевірки відповідних повноважень представника суб'єкта господарювання, що необхідні для укладення правочину.

У зв'язку з тим, що в межах дослідження неодноразово наголошувалось на тому, що виконання положень EPC-контрактів за проформами FIDIC для потреб відновлювальної енергетики неможливе без наявності іноземного елементу, який дає змогу сторонам здійснити вибір права, також слід звернути увагу на те, що такі договори, як правило, є зовнішньоекономічними. У розрізі цього цікавим є дослідження Н. О. Кучаровської, яка вказує на практику укладення електронних договорів у зовнішньо-економічних відносинах, коли проект договору складається у формі електронного документа, збереженого у форматі PDF, з накладенням на такий документ електронного цифрового підпису сторони, яка склала проект договору. Інша сторона, отримавши проект договору, у разі згоди з його умовами, повертає через мережу Інтернет оференту з накладенням на нього свого електронного цифрового підпису. Узгодження умов майбутнього договору відбувається шляхом надсилання електронних повідомлень у мережі Інтернет [109].

Із приводу цього слід звернути увагу на вимоги щодо використання КЕП для підписання зовнішньоекономічних контрактів та первинних документів, складених під час виконання таких контрактів.

Відповідно до абзацу другого статті 6 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність», зовнішньоекономічний договір (контракт) укладається суб'єктом зовнішньоекономічної діяльності або його представником у простій письмовій або в електронній формі, якщо інше не передбачено міжнародним договором України чи законом [19].

Частиною першою статті 37 Закону України «Про електронні довірчі послуги» визначено, що Україна бере участь у міжнародному співробітництві у сферах електронних довірчих послуг та електронної ідентифікації, зокрема на основі міжнародних договорів України [106].

Електронні довірчі послуги, що надаються відповідно до вимог нормативно-правових актів, які регулюють правові відносини у сфері електронних довірчих послуг в іноземних державах, визнаються в Україні електронними довірчими послугами того самого виду в разі відповідності хоча б одній із таких умов: кваліфікований надавач електронних довірчих послуг іноземної держави відповідає вимогам Закону України «Про електронні довірчі послуги», що підтверджується центральним засвідчувальним органом (або засвідчувальним центром у разі надання електронних довірчих послуг у банківській системі України та у разі здійснення переказу коштів); кваліфікований надавач електронних довірчих послуг внесений до Довірчого списку держави, з якою Україна уклала відповідний двосторонній або багатосторонній міжнародний договір.

Постановою Кабінету Міністрів України від 23.01.2019 № 60 визначено порядок взаємного визнання українських та іноземних сертифікатів відкритих ключів, електронних підписів, а також використання інформаційно-телекомунікаційної системи центрального засвідчувального органу для забезпечення визнання в Україні електронних довірчих послуг, іноземних сертифікатів відкритих ключів, що використовуються під час надання юридично значущих електронних послуг у процесі взаємодії між суб'єктами різних держав [110]. Разом із тим міжнародний договір публікується відповідно до вимог статті 21 Закону України «Про міжнародні договори України», а також на офіційному веб-сайті державного органу України, від імені якого укладено міжнародний договір.

За даними Міністерства цифрової трансформації України, викладеними в листі від 26.11.2020 року № 1/04-9-6238, з іноземними державами не укладено жодного міжнародного договору України про взаємне визнання сертифікатів відкритих ключів та електронних підписів, а жоден кваліфікований надавач електронних довірчих послуг іноземної держави не виявив наміру підтвердити, що його діяльність відповідає вимогам Закону України «Про електронні довірчі послуги» [111]. На час написання цього дослідження інформації, яка б спростовувала це не було.

Тобто наразі Міністерство цифрової трансформації України не бачить можливості визнання КЕП виданих компанії-нерезиденту на території іншої країни для підписання зовнішньоекономічних договорів та первинних документів за такими договорам.

Наразі, нерезиденти мають право отримувати електронні довірчі послуги. Так, відповідно до частин першої – третьої статті 22 Закону України «Про електронні довірчі послуги» формування та видача кваліфікованого сертифіката відкритого ключа без ідентифікації особи, ідентифікаційні дані якої міститимуться у кваліфікованому сертифікаті відкритого ключа, не допускаються. Ідентифікація фізичної особи, яка звернулася за отриманням послуги формування кваліфікованого сертифіката відкритого ключа, здійснюється за умови її особистої присутності за паспортом громадянина України або за іншими документами, які унеможливлюють виникнення будь-яких сумнівів щодо особи, відповідно до законодавства про Єдиний державний демографічний реєстр та про документи, що посвідчують особу, підтверджують громадянство України чи спеціальний статус особи. Допускається ідентифікація фізичної особи кваліфікованим надавачем електронних довірчих послуг за ідентифікаційними даними, що містяться у раніше сформованому ним кваліфікованому сертифікаті відкритого ключа, за умови чинності цього сертифіката.

Отже, якщо нерезидент усе ж хоче підписати зовнішньоекономічний договір за допомогою КЕП, йому доведеться відвідати Україну, пройти всі передбачені законодавством формальності та звернувшись до Кваліфікованого надавача електронних довірчих послуг [112].

Підсумовуючи вищенаведене, можна дійти висновку щодо того, що процес укладення господарського договору та EPC-контракту зокрема, можна поділити на такі етапи:

1. Підготовчий етап: формування проекту договору, направлення оферти та її акцептування. Цей етап також, як правило, включає взаємний обмін установчими документами, витягами з державних реєстрів та довіреностями уповноважених осіб, якщо сторони мають намір співпрацювати вперше;

2. Переговорний етап: обговорення умов договору, його структурування, аналіз юридичних ризиків, перевірка повноважень представника контрагента, залучення консультантів та аналітиків (у разі потреби), отримання висновків від юридичних консультантів або результатів due diligence (у разі потреби).

3. Завершальний етап: підписання договору.

Разом із цим, слід підкреслити, що структурування, супроводження укладання та виконання EPC-контрактів як діяльність юристів-консультантів, протягом останніх років міцно закріпилося серед послуг провідних юридичних фірм у межах практик, що пов’язані з енергетикою та капітальним будівництвом.

Цікавим для дослідження структурування EPC-контракту є друге видання Срібної Книги FIDIC (Conditions of Contract for EPC Turnkey Projects (Second Edition, 2017). За загальним підходом книга розділена на дві частини: Загальні умови контракту (General Conditions) та Особливі умови (Particular Conditions) [113].

За словами самих розробників, Срібна Книга не підходить для використання:

- у разі, якщо учасникам тендеру не достатньо часу чи інформації для вивчення і перевірки Вимог Замовника (визначення надане в пункті 1.1.31 глосарія Загальних умов контракту) або у разі, якщо надано недостатньо часу для виконання робіт із проектування та оцінки ризиків;
- якщо будівництво передбачає виконання значної кількості робіт під землею або в інших зонах, які учасники тендеру не можуть заздалегідь передбачити, у разі та якщо не існує жодних спеціальних положень, які б враховували непередбачувані обставити під час виконання подібних робіт;
- якщо Замовник має намір ретельно контролювати роботу підрядника або ознайомлюватися з більшістю будівельних креслень.

У разі наявності одного з вищенаведених випадків, FIDIC радить використовувати Жовту книгу («Conditions of contract for Electrical and Mechanical Works») замість Срібної.

Також розробники наголошують, що друге видання Срібної книги підтримує той самий підхід до розподілу ризиків, якій містить видання 1999 року, при цьому, спираючись на досвід, що був накопичений протягом 18 років, нова редакція містить:

1) більш чіткі та прозорі вимоги до повідомлень та комунікацій між сторонами угоди;

2) положення щодо вирішення спорів між Замовником та Підрядником, які вирішуються окремо від позовів;

3) механізм уникнення суперечок; та

4) детальні положення щодо управління якістю та підтвердження відповідності Підрядника [113].

Структура Загальних умов EPC-контракту (General Conditions) має такий вигляд:

1. Загальні положення (GENERAL PROVISIONS), які містять положення про глосарій, застосовне право та мову комунікації, пріоритетність документів, конфіденційність, обмеження відповідальності тощо;

2. Замовник (THE EMPLOYER), що містить положення щодо порядку доступу на будівельний майданчик, персонал Замовника та інших підрядників, механізм фінансування залучений Замовником, дані про будівельний майданчик та інші посилання, матеріали, що поставляються Замовником та обладнання Замовника.

3. Адміністрація Замовника (THE EMPLOYER’S ADMINISTRATION), що містить положення про представників Замовника, інший персонал Замовника, порядок погодження або визначення будь-якої претензії зі сторони представників Замовника тощо;

4. Підрядник (THE CONTRACTOR), що містить положення про перелік загальних обов’язків Підрядника, гарантії виконання робіт, представників Замовника, субпідрядників, зобов'язання з охорони здоров`я та техніки безпеки, систему управління якістю та перевірки відповідності, використання даних про будівельний майданчик, непередбачувані складнощі, постачання матеріалів, вимоги до обладнання Підрядника, охорона навколишнього середовища,

порядок надання звітів щодо виконання робіт, охорона будівельного майданчика, порядок дій у разі знаходження археолого-геологічних знахідок тощо;

5. Проектування (DESIGN), що містить загальні зобов'язання щодо проектування, технічні стандарти та положення, посібники з експлуатації та обслуговування, врегулювання питань щодо помилок у проектуванні;

6. Співробітники та умови праці (STAFF AND LABOUR), що охоплює питання порядку залучення персоналу, оплати праці та умов праці, робочих годин, здоров'я та безпеки персоналу, тощо;

7. Станція (завод), матеріали та якість виконання робіт (PLANT, MATERIALS AND WORKMANSHIP), що містить положення про спосіб виконання, зразки, порядок проведення інспектувань, виявлення дефектів та їх виправлення, право власності на станцію та матеріали;

8. День початку виконання робіт, затримки та призупинення (COMMENCEMENT, DELAYS AND SUSPENSION), що містить положення про час, відведений на виконання робіт, календарний план, порядок продовження часу, відведеного на виконання робіт, відшкодування збитків, відновлення робіт тощо.

9. Тестування після завершення робіт (TESTS ON COMPLETION), що містить положення про зобов'язання Підрядника, відстрочення проведення тестування обладнання під час завершення робіт, повторне тестування та порядок дій сторін у разі наявності несправностей;

10. Прийом-передача робіт (EMPLOYER'S TAKING OVER), що містить положення про те як повинен здійснюватися прийом робіт в цілому чи окремих частин робіт Замовником;

11. Дефекти виявлені після прийому-передачі (DEFECTS AFTER TAKING OVER), що містить положення про компенсацію за невиконані роботи та виправлення дефектів, вартість виправлення дефектів, продовження періоду повідомлення про виявлені дефекти, питання доступу Підрядника до станції після прийому-передачі, видача Сертифікату готовності, прибирання будівельного майданчика Підрядником тощо.

12. Тестування після завершення робіт (TESTS AFTER COMPLETION) , що містить положення про порядок проведення тестування обладнання, повторне тестування, порядок дій Сторін у разі, якщо тестування було невдалим тощо;

13. Варіації та доповнення (VARIATIONS AND ADJUSTMENTS), що регулює внесення Замовником змін до Робіт, які мають бути здійснені відповідно до інструкцій або доповнень, що пов'язані зі зміною в застосовному праві тощо;

14. Ціна договору та платежі (CONTRACT PRICE AND PAYMENT), що регулює порядок сплати авансового платежу та всіх подальших розрахунків, порядок дій сторін у разі, якщо було здійснено затримку в оплаті, валюту платежу тощо;

15. Припинення договору Замовником (TERMINATION BY EMPLOYER), врегульовує питання взаєморозрахунків сторін у разі, якщо виконання договору було припинено за ініціативою чи з вини Замовника;

16. Припинення та призупинення виконання договору Підрядником (SUSPENSION AND TERMINATION BY CONTRACTOR), регулює питання, аналогічні вищенаведеному пункту;

17. Охорона виконаних Робіт та відшкодування (CARE OF THE WORKS AND INDEMNITIES), установлює норми, що стосуються ризику знищення Робіт, відповідальність сторін у такому разі (одноосібна чи солідарна), питання права інтелектуальної власності та права власності тощо;

18. Форс-мажор (EXCEPTIONAL EVENTS), врегульовує питання повідомлення про форс-мажорні обставини, обов'язок мінімізації затримок та звільнення від виконання Робіт, відповідно до імперативних норм застосовуваного законодавства;

19. Страхування (INSURANCE), містить загальні норми щодо порядку та строку страхування відповідальності Підрядника;

20. Претензії Підрядника та Замовника (EMPLOYER'S AND CONTRACTOR'S CLAIMS), охоплює питання порядку та підстав надання

претензій щодо невиконання та/або неналежного виконання положень EPC-контракту;

21. Врегулювання спорів та арбітраж (DISPUTES AND ARBITRATION), містить положення, що пов'язані з вибором мови арбітражу, порядком призначення арбітрів, обов'язковості арбітражного рішення тощо.

- Додатки (APPENDIX).
- Загальні умови щодо уникнення спорів/Арбітражна угода (General Conditions of Dispute Avoidance/Adjudication Agreement).

Щодо Особливих умов (Particular Conditions), то тут FIDIC звертає увагу сторін EPC-контракту та необхідність дотримання п'яти «Золотих принципів» (Golden Principles):

1. Обов'язки, права, та зобов'язання Сторін повинні бути передбачені саме в Загальних умовах (General Conditions), відповідно до вимог проекту;

2. Особливі умови (Particular Conditions) повинні формулюватися чітко та однозначно (не повинні двояко тлумачитися);

3. Особливі умови не повинні змінювати розподіл ризиків, передбачених у Загальних умовах (General Conditions);

4. Сторони повинні мати достатньо часу для виконання своїх зобов'язань та здійснення своїх прав;

5. Всі офіційні суперечки повинні передаватися до Ради з запобігання/врегулювання суперечок задля прийняття зобов'язального рішення як попередня умова для арбітражу чи судочинства.

Як зауважує І. В. Сухоставець, після публікації «Золотих принципів» FIDIC договірні принципи типової форми контракту FIDIC уважаються незмінними. «Золоті принципи» покликані обмежити зловживання умовами контрактів FIDIC, а посилання на контракт із використанням загальних умов FIDIC, які не відповідають «Золотим принципам», як на контракт FIDIC буде введенням в оману і недоречним. При цьому юристка наголошує, що порушення «Золотих принципів» FIDIC може мати наслідком порушення балансу ризиків і призвести до збитків, судових спорів, а інколи й розірвання контракту [114].

Командою міжнародної юридичної фірми Нортон Роуз Фулбрайт (Norton Rose Fulbright) також було проаналізовано «Золоті принципи» FIDIC. Як зазначають юристи, у разі дотримання сторонами будь-якого контракту FIDIC (зокрема й EPC-контракту) третього «Золотого принципу», що стосується заборони на зміну розподілу ризиків у Загальних умовах (General Conditions), необхідно також враховувати принципи Абрахамсона [115].

Макс Абрахамсон був ірландським юристом та адвокатом, який отримав міжнародне визнання як експерт у сфері будівельного права. У 1965 році він опублікував «Інженерне право» і «Контракт Інституту інженерів-будівельників», що згодом став відомий у всьому світі як «інженерна біблія». В 1973 році ним було розроблено так звані «Принципи Абрахамсона», що базувалися на теорії розподілу ризиків у будівництві і почали широко застосовуватися на міжнародному рівні.

Підхід Абрахамсона передбачає, що для досягнення чесного та справедливого розподілу ризиків між сторонами, що реалізують будівельний проект, той чи інший ризик має бути віднесений на відповідну сторону в угоді у разі, якщо:

- ризик знаходиться під контролем конкретної сторони;
- сторона може передати ризик третій особі (наприклад страхувальнику) і поводження з таким ризиком є економічно виправданим;
- основна економічна вигода від контролю ризику покладається на конкретну сторону;
- покладення ризику на відповідну сторону відповідає інтересам ефективності проекту та/або;
- коли виникає ризик, його повинна нести та сторона, що відповідає вищенаведеним принципам, і перенесення ризику або перекладення збитків на іншу сторону є безпідставним чи недоцільним [116].

Детальніше на питаннях ризиків під час укладення та виконання EPC-контрактів ми зупинимось у підрозділі 2.3. цього дослідження.

Особливі умови (Particular Conditions) EPC-контракту за типовою формою FIDIC мають таку структуру:

Частина А – Дані про договір (Contract Data);

Частина В – Спеціальні умови (Special Provisions).

Під час структурування EPC-контракту, також, неймовірно важливо є наявність розуміти різницю між оншорними (onshore) та офшорними (offshore) зобов'язаннями, пов'язаними з поставкою та установкою обладнання (вітрових турбін, сонячних панелей, інверторів тощо) для будівництва електростанції, що генеруватиме електроенергію з ВДЕ.

Так, М. С. Грицишина у своєму дослідженні наводить приклад офшорних та оншорних зобов'язань: «…до офшорних зобов'язань належить поставка вітрових турбін із інших країн виробником-нерезидентом. А встановлення вітрових турбін в Україні локальною компанією-виробником – до оншорних.» [117].

Безумовно, існують проекти, за якими оншорні та офшорні зобов'язання викладені в одному договорі. Однак, практика показує, що такий підхід підвищує ризики затримок у ході виконання зобов'язань за договорами та в цілому за проектом. Непоодинокими є випадки, коли сторони після укладання одного договору з оншорними та офшорними зобов'язаннями вирішують розділити договір на два окремих. Таке прагнення сторін вимагає додаткового часу на підготовку та погодження нового EPC-контракту, що негативно впливає на графік реалізації проекту.

Першочерговою причиною «розділення» EPC-контракту є можливість уникнення сплати зайвих 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 [118].

Отже, сторони, укладаючи EPC-контракт, можуть не лише розділити його на офшорну та оншорну 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 у разі розділення EPC-контракту на офшорну та оншорну частину, належать [119]:

1. Невизначеність специфікації. Кінцевою метою EPC-контракту є будівництво певного об'єкта «під ключ» одним-єдиним генеральним підрядником (EPC-підрядник), який відповідає за строки та якість будівництва лише перед замовником. Відповідно, досить часто при укладенні подібних правочинів, EPC-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 EPC-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 EPC-контракт розділений, то і щодо двох договорів. На практиці подібні особливості реалізації проектів у сфері ВДЕ неодмінно призводять до потреби в підписанні низки додаткових угод до офшорних та оншорних договорів або лише до оншорних, якщо виготовлення та поставку обладнання за «офшорним» договором вже було здійснено. Також розмитнення обладнання у разі відсутності специфікації з вказаними цінами, кількістю найменувань та країною походження в договорі буде неможливим.

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

необхідно передбачити положення, які б встановлювали механізм нарахування санкцій лише за одним з договорів.

3. Колізії у разі застосування правових норм різних юрисдикцій. Як ми вже зазначали, сторони, укладаючи EPC-контракт з іноземним елементом, уповноважені самостійно здійснювати вибір права, який буде застосовуватися до правочину або окремих його частин. Відповідно, необізнаність у 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 [120], влаштування огородження будівельного майданчика є необхідною складовою підготовчих будівельних робіт, але подібного зобов'язання в EPC-контракті може й не передбачатись. В такому разі, відсутність огородження може призвести до відмови у видачі чи анулювання (скасування) документів, що дають право на виконання підготовчих та будівельних робіт. На практиці подібні питання є проблемними під час будівництва великих сонячних електростанцій, які можуть займати десятки гектарів, а встановлення огородження навколо будівельного майданчика призведе до збільшення кошторису проекту на мільйони гривень і, як наслідок, EPC-підрядник апелюватиме до відсутності подібних зобов'язань у 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.

Отже, розділення EPC-контракту на офшорну та оншорну частини, як правило, зумовлюється комерційними міркуваннями і не має жодного правового підґрунтя, що, як наслідок, призводить до виникнення низки правових питань, які потребують врегулювання в договірному порядку. Тобто неякісне розділення EPC-контракту може значною мірою призвести до збільшення кількості договірних ризиків, наявність яких необхідно буде

врегульовувати або контролювати. Як наслідок, порушення збалансованості договірних конструкцій і виникнення переваг для тієї чи іншої сторони EPC-контракту також можуть мати місце.

2.3. Основні ризики при підписанні та реалізації EPC-контрактів в Україні

Із давніх часів людство намагається знайти ефективні способи управління ризиками, які є невід'ємною складовою його життєвого циклу. Можливість впливу на ризик, його уникнення чи мінімізація вже довгий час турбують не тільки науковців, а й практиків та навіть пересічних громадян. Протягом тисячоліть напрацьовувалася стратегія поведінки людства стосовно ризиків, починаючи від жертвоприношень, закінчуючи науково-практичним обґрунтованням моделей управління. Здатність передбачати ймовірні варіанти розвитку майбутнього та обирати серед альтернативних рішень є однією з наріжних каменів існування громадянського суспільства.

Будь-яка діяльність, що пов'язана з вивченням ризику, з'ясуванням його сутності та виду, встановленням ознак та співвідношення з іншими суміжними категоріями, виокремленням елементів ризику, має на меті здійснення впливу на ризик. У зв'язку з цим природним прагненням людини є убезпечення своєї поведінки в умовах ризику чи мінімізації негативних наслідків. Це зумовлює необхідність дослідження самого процесу впливу на ризик та його стадій.

У зв'язку з вищенаведеним, правові дослідження сучасного етапу розвитку будівельної галузі стають все більше пов'язаними з наявністю гарантій у договірних відносинах, що відіграють важливу роль у мінімізації ризиків для учасників, зацікавлених в успішній реалізації проекту, адже кількість проблем та загроз, суміжних із діяльністю суб'єктів будівельної галузі, поступово збільшується.

Така категорія як «ризик» у теорії господарського права перебуває серед переліку проблем, під час розв'язання яких дослідники мають справу з особливим співвідношенням категорій суб'єктивного та об'єктивного.

Розбіжності щодо поглядів на сутність «ризику» давно існують в українській правовій науці, що ускладнює можливість формування цілісного уявлення про це явище.

Як правило, «ризик» безпосередньо пов'язаний із питаннями відповідальності і досліджується вченими саме в цьому розрізі. У попередніх підрозділах дослідження вже вказувалось, що однією з причин розробки типових форм договорів у сфері будівництва, зокрема EPC-контрактів, є намагання здійснити справедливий та прозорий розподіл ризиків під час проектування, поставки обладнання та будівництва того чи іншого об'єкта.

Сутність такої категорії як «ризик» досліджують учені, що працюють у різних науках, від права, психології чи філософії до економічної теорії та менеджменту. Нерідко можна зустріти тези, що пов'язані з ототожненням понять «ризик», «невпевненість», «небезпека» тощо. При цьому, на думку О. В. Шаповалова, для теорії господарського законодавства значущою науковою спробою розмежування понять ризику і непевності є робота одного з представників неокласичної школи американського економіста Френка Кнайта в книзі «Ризик, непевність, прибуток». Вона була опублікована у 1921 році. У ній автор обґрунтовує, зокрема, що ризик — це лише така непевність, яку можна технічно оцінити і виміряти [121].

У психології «ризик» розглядається у трьох взаємозалежних аспектах: а) міра очікуваного неблагополуччя в разі не настання успіху, що пов'язана з комплексною оцінкою ймовірності успіху і характеру можливих наслідків; б) дія, що містить потенційну загрозу завдання збитків; в) вибір між варіантами дії: більш безпечний або більш привабливий (наслідки останнього несуть загрозу проблематичності і можуть бути неспрятливими) [122].

Д. О. Беззубов, виокремлює наступні чинники, що зумовлюють наявність проблеми існування ризиків в Україні: 1) бурхливий розвиток соціальних, політичних відносин в Україні, який став підґрунтям для формування нових відносин у соціумі; 2) розвиток міжнародних відносин на всіх рівнях, що характеризується нестабільністю та небезпекою як для суверенітету самої держави, так і для світу в цілому; 3) роль України в деяких міжнародних

процесах має виключний характер, що випливає з її географічного становища, природного, людського, економічного потенціалу тощо [123].

Серед учених, що досліджують проблему ризиків у зовнішньоекономічній діяльності, можна виділити Г. П. Гончар, на думку якої підвищена ризикованість зовнішньоекономічної комерційної діяльності пов'язана:

1) із наявністю іноземного контрагента як представника іншої культури, інших традицій ведення бізнесу;

2) зі збільшенням часу та відстані здійснення експортних та імпортних угод, що підвищує кредитні ризики та імовірність зриву термінів виконання контрактів;

3) із необхідністю перетину митного кордону України внаслідок транспортування товару, в результаті чого виникають ризики митного оформлення;

4) зі здійсненням розрахунків між покупцем та продавцем в іноземній валюті, курс якої зазнає змін, що у свою чергу призводить до виникнення валютних ризиків;

5) із відмінностями у законодавчому та нормативному регулюванні різних країн, необхідністю їх врахування у зовнішньоекономічному контракті, можливим посиленням податкового тиску;

6) із потребами залучення різноманітних організацій, які надають послуги із просування товару закордоном, що зумовлює зростання витрат під час доставки товару [139].

У західній науковій літературі, зокрема англомовній, широко використовувалося слово «hazard» (небезпека), а слово «risk» (risqué) почало застосовуватися ближче до 1830 року під час проведення страхових операцій, і впродовж майже 100 років ці дві поняття існували паралельно, однак у XX сторіччі слово «risk» остаточно закріпилось у вжитку науковців та діловій практиці.

У статті 42 ГК України ризик є частиною визначення поняття «підприємництво», яке вважається самостійною, ініціативною, систематичною, на власний ризик господарською діяльністю, що здійснюється суб'єктами

господарювання (підприємцями) з метою досягнення економічних і соціальних результатів та одержання прибутку [18].

Ця ж позиція послідовно відображена і в статті 44 ГК України, де серед основних принципів підприємницької діяльності передбачено, що: «Підприємництво здійснюється на основі:… комерційного розрахунку та власного комерційного ризику;…».

Особливий акцент законодавець ставить на розподілі ризиків між засновниками корпоративних підприємств. Так, у частині 5 статті 63 ГК України передбачено, що таке підприємство утворюється, як правило, двома або більше засновниками за їх спільним рішенням (договором), діє на основі об'єднання майна та/або підприємницької чи трудової діяльності засновників (учасників), їх спільного управління справами, на основі корпоративних прав, зокрема й через органи, що ними створюються, участі засновників (учасників) у розподілі доходів та ризиків підприємства [18].

Звернути увагу також слід на Методику виявлення ризиків здійснення державно-приватного партнерства, їх оцінки та визначення форми управління ними, що затверджена Постановою Кабінету Міністрів України від 16 лютого 2011 р. № 232, згідно з якою ризик – можливість настання події, дії або бездіяльності, які можуть впливати на державно-приватне партнерство на будь-якому етапі його здійснення, витрати, стан активів та якість послуг або очікувану прибутковість [125].

Отже, можна дійти висновку про те, що чинне законодавство у сфері господарювання визначає «ризик» як складову підприємницької діяльності, однак досить вузькі та конкретні містяться саме в підзаконних нормативно-правових актах, які розглядають це явище виключно в розрізі тієї сфери суспільних відносин, яку вони регулюють.

Серед правників, що досліджували питання ризиків, які виникають у договірних відносинах чи господарській діяльності, ризик розглядається в трьох категоріях (теоріях): суб’єктивній, об’єктивній та дуалістичній.

Об’єктивна теорія ризику ґрунтується на нормах чинного законодавства. Прихильники цього підходу ототожнюють ризик з істотною зміною обставин,

якими сторони керувалися при укладенні договору, дії сторін у такому разі детально врегульовані в статті 652 ЦК України (зміна або розірвання договору). Вказану норму можна тлумачити з огляду на наявність майнових витрат та небезпек, що загрожують господарській діяльності суб'єкта. Як зазначає О. А. Кабишева, ризик – це небезпека виникнення несприятливих наслідків (майнового або особистого характеру), ймовірність настання яких невідома а його настання тягне за собою матеріальні втрати [126]. Також існує позиція, яка передбачає, що у договірному зобов'язанні під ризиком слід розуміти можливе настання таких обставин, які не підлягають компенсації за рахунок іншої сторони зобов'язання збитків чи інших витрат, умовою виникнення яких не є вина особи, до чиєї майнової сфери вони будуть віднесені відповідно до закону або договору. Узагальнюючи об'єктивний підхід, К. А. Возняковська у своєму дослідженні виділяє ознаки ризику, які характеризують його зміст: по-перше, виникнення несприятливих майнових наслідків (збитків) є можливим (невідомим є їх настання); по-друге, виникнення несприятливих майнових наслідків є випадковим (сторони не несуть відповідальність за їх настання) [126].

Суб'єктивна концепція розглядає ризик як психічне ставлення суб'єкта до випадкових наслідків своєї поведінки, допущення цих наслідків, вольового регулювання поведінки в певних ситуаціях. В. А. Ойгензіхт оцінював категорію ризику із суб'єктивних, психологічних позицій, пояснюючи «поведінковий» ризик як допущення суб'єктом несприятливих наслідків своєї діяльності. Такий ризик можливий у разі здійснення суб'єктом тієї чи іншої діяльності, зокрема й пов'язаної з підвищеною небезпекою для оточуючих [127, с.79].

Дуалістична концепція, до розробки якої долучився зокрема й Є. О. Харитонов, об'єднує суб'єктивне й об'єктивне розуміння ризику. Ґрунтується вказана концепція на тому, що ризик являє собою можливу шкоду, передбачення ризику – категорія суб'єктивна, проте сам ризик є об'єктивним (реальним) явищем, так як можливість настання шкоди безпосередньо втілюється в життя. Інакше кажучи, представники дуалістичної концепції

пропонують досить узагальнене розуміння ризику і поєднують різні підходи щодо його розуміння.

Слід підкреслити, що Є. О. Харитонов пропонує не виділяти ризик взагалі, а говорити про об’єктивний і суб’єктивний ризик як про різні елементи складного правового явища. На його думку, об’єктивний ризик – це можливі збитки або витрати, а суб’єктивний – це передбачення особою можливих негативних наслідків своїх правомірних дій [128].

Підсумовуючи причини неоднозначності та протилежності поглядів щодо ризику, можна виділити таке: спірність поняття «провина» та «відповідальність» у юридичній теорії та практиці; розширення договірних можливостей суб’єктів господарювання; дуалізм категорії «ризик» (описано вище); наявність сучасних підходів до управління ризиками.

Усе більшої уваги серед правників набувають питання розподілу договірних ризиків. Так, можна зустріти позицію стосовно того, що «розподіл ризиків» у розрізі договірних зобов'язальних правовідносин під час укладення договорів є однією з форм управління ризиками. Ряд учених зазначає, що розподіл ризиків – це самостійний громадянсько-правовий засіб забезпечення майнових інтересів учасників цивільного обороту, вольова цілеспрямована діяльність щодо визначення особи, яка несе відповідальність за невигідні наслідки настання відповідних обставин і характер таких наслідків. При цьому розподіл ризиків не належить до традиційних заходів регулятивного і правоохоронного характеру, зокрема до способів забезпечення виконання зобов'язань, цивільно-правової відповідальності, заходів оперативного впливу і самозахисту порушених прав [129].

У свою чергу слід зауважити, що викладений підхід не враховує безповоротності (крім явно незаконного та/або несправедливого) договірного розв’язання проблеми і здатності договірного поділу ризиків бути основою правовідносин щодо позасудового захисту прав сторони, яка не несе відповідних ризиків, також згаданий підхід безпідставно розширює сферу управління ризиками з боку контрагентів та бере до уваги характер норм права, які поділяють ризики між сторонами договірних зобов'язань. Установлення

сторони, що несе ризик у разі невиконання договірного зобов'язання з причини випадку та / або несумлінності контрагента можна більш вдало розкрити через термін «розділення», а не «розподіл» ризиків. Такий підхід зумовлений тим, що розділення охоплює всі варіанти правомірного повного (часткового) звільнення однієї сторони зобов’язання від договірних ризиків за рахунок іншої сторони, шляхом закріплення в договорі правових, альтернативних або ініціативних положень.

Вищенаведена позиція має право на існування, адже це підтверджується положеннями статті 67 Конвенції Організації Об'єднаних Націй про договори міжнародної купівлі-продажу товарів від 11 квітня 1980 року, згідно з якою:

«1. Якщо договір купівлі-продажу передбачає перевезення товару і продавець не зобов'язаний передати його в якомусь визначеному місці, ризик переходить на покупця, коли товар здано першому перевізникові для передачі покупцеві згідно з договором купівлі-продажу. Якщо продавець зобов'язаний здати товар перевізникові в якомусь визначеному місці, ризик не переходить на покупця, поки товар не зданий перевізникові в цьому місці. Та обставина, що продавець має право затримати товаророзпорядчі документи, не впливає на перехід ризику.

2. Але ризик не переходить на покупця, поки товар чітко не ідентифіковано для цілей даного договору шляхом маркірування, через вивантажувальні документи, надісланим покупцеві повідомленням чи іншим чином.» [130].

При цьому аналогічний підхід прослідковується в статті 668 ЦК України, де ризик випадкового знищення або випадкового пошкодження товару переходить до покупця з моменту передання йому товару, якщо інше не встановлено договором або законом. Такий ризик випадкового знищення або випадкового пошкодження товару, проданого під час його транспортування, переходить до покупця з моменту укладення договору купівлі-продажу, якщо інше не встановлено договором або звичаями ділового обороту. Умову договору купівлі-продажу про те, що ризик випадкового знищення або випадкового пошкодження товару переходить до покупця з моменту передачі

товару першому перевізникові, на вимогу покупця може бути визнано судом недійсною, якщо в момент укладення договору продавець знав або міг знати, що товар втрачено або пошкоджено, але не повідомив про це покупця [43].Такий підхід у науковій літературі дістав назву, евентуальний ризик.

Періодичні поновлення редакцій Інкотермс, де завжди є положення про перехід ризиків, не виключають розбіжностей в інтерпретації термінів у різних країнах. Швидкоплинна комерційна практика виявляє невідповідність інтересам контрагентів і недостатність чіткості термінів, які важко подолати навіть у разі вдосконалення практики формування договірних умов і застережень. Багатоваріантність, притаманна Інкотермс, все ж не здатна всебічно враховувати специфіку міжнародної купівлі-продажу окремих видів товарів, а особливо супутню передачу товару покупцеві через перевізника або експедитора.

Ще однією проблемою розподілу договірних ризиків є те, що взаємний характер діяльності, принаймні, двох контрагентів щодо розподілу ризиків обмежений сферою конкретного договірного зобов'язання (обов'язки боржника), а не сферою договірних зобов'язальних правовідносин у вигляді конгломерату простих зобов'язань. Економічно посильне і виважене договірне регулювання ризиків враховує бізнес-наміри й обумовлені ними переваги для сторін договірних зобов'язань, які перебувають і в положенні боржників, і в положенні кредиторів. При цьому обов'язково визначається не тільки сторона, що несе певний ризик як боржник, але й сторона, що виступає як кредитор, в іншому разі несення ризику згідно з текстом договору слід розподілити між сторонами пропорційно.

Метою розподілу ризиків є пошук балансу між інтересами договірних сторін та наявним правовим регулюванням суспільних відносин. Звичайно ж, у разі відсутності кваліфікованої правової допомоги, не слід виключати ймовірність покладення ризику на сторону, яка не може його нести, зважаючи на законодавчі норми чи усталену ділову практику.

Також, слід звернути увагу на те, що навіть у разі явного непропорційного розподілу ризиків у договорі, це може бути врегульовано після його підписання

сторонами. Це здійснюється за допомогою включення до тексту угоди двох застережень:

1) про застосування Принципів міжнародних комерційних договорів УНІДРУА, як частини матеріального права, згідно якого регулюються відносини за договором;

2) про врегулювання суперечок в міжнародному комерційному арбітражі.

Як юридичне визначення виключної природи застереження Принципи міжнародних комерційних договорів УНІДРУА ввели нейтральний для всіх систем права термін «явна несправедливість» [93], через призму якого судам слід тлумачити виняткові умови договору без відриву від його мети.

Принципи міжнародних комерційних договорів УНІДРУА належить до так званого м'якого права, що в свою чергу входить до групи Lex mercatoria (позанаціональне торгове право). Остання редакція згаданих принципів була видана в 2016 році. Цей документ розроблений авторитетними фахівцями у сфері міжнародного контрактного права і застосовується як національними судами, так і міжнародними комерційними арбітражами.

Б. Голдман, який по праву вважається одним із засновників поняття Lex mercatoria, визначає його, як «…систему загальних принципів і звичаєвих правил, що спонтанно виникають або розробляються в рамках міжнародної торгівлі, без посилання на певну національну систему права»; режим міжнародної торгівлі, який спонтанно та прогресивно вироблений товариством mercatorum». Також Б. Голдман мав на меті створення умов для надання Lex mercatoria автономності правової системи, незалежно від державних правових систем (включаючи міждержавні організації) [131]. Ще один представник прихильників Lex mercatoria, К. Шміттофф, здійснив спробу надати інше розуміння цього поняття та прагнув створити єдиний закон, який би регулював міжнародну торгівлю, виходячи з торгових звичаїв і торгової практики поряд із міжнародними документами та, можливо, національним законодавством. Вчений навіть припустив, що таке співіснування сприятиме зростанню та адаптації міжнародного комерційного права у довгостроковій перспективі [132].

Цікавим із погляду правозастосовної практики щодо ризику втрати товару є справа Effort Shipping Co Ltd v Linden Management SA and Another, The Giannis IVK, що розглядалася в 1998 році. Так, без відома особи, що відправляла вантаж і особи, що виступала як перевізник, товар (оброблений арахіс) під час перевезення був уражений так званими жуками Харпа (жук шкіроїд зерновий). Перевізник вантажу, виявивши цей факт, був вимушений скинути товар в море разом із частиною пшениці, пошкодженою жуками. Суд, що вирішував справу після того, як до нього звернулись сторони, став на бік перевізника, у зв'язку з таким тлумаченням. Відповідно до пункту 6 статті IV Гаазьких правил коносаментних перевезень передбачено: «Товари, що є легкозаймистими, вибухонебезпечними або просто небезпечними для розвантаження...можуть бути в будь-який момент до виконання зобов'язань скинуті або знищені чи залишені перевізником без компенсації, і вантажовідправник таких товарів буде нести відповідальність за всі збитки і витрати (втрати), що прямо або опосередковано виникають у зв'язку з таким знищенням» [133]. Ця справа є яскравим прикладом того, як нормативне регулювання відносин, пов'язаних із морськими перевезеннями, вплинуло на взаємини двох контрагентів, що здійснювали купівлю-продаж товару, при чому жоден із них не міг передбачити чи контролювати ризик знищення товару.

Отже, ми переходимо до розгляду питання підходів до розподілу договірних ризиків, яке вже неодноразово порушувалося в цьому дослідженні. Так, на думку дослідників, розподіл договірного ризику є способом визначення сторони зобов'язання, яка візьме на себе негативні наслідки випадку або непереборної сили. Такий обов'язок прийняття негативних наслідків може бути здійснений у формі або погіршення власного майнового стану, або вчинення дій, спрямованих на компенсацію майнової шкоди іншої сторони зобов'язання [126].

Серед правових систем романо-германської правової сім'ї поширеним є підхід покладення ризику на ту сторону договору, для якої несення такого ризику є найменш витратним. Як правило, така сторона може керувати ризиками за рахунок ефективного управління власною оперативно-

господарською діяльністю з мінімальними фінансовими втратами або шляхом здійснення страхування чи перестрахування ризиків. В основі подібного підходу лежить принцип економічної доцільності. З приводу цього, О. А. Воловик висуває тезу про те, що розподіл договірних ризиків між сторонами доцільно вирішувати із застосуванням критерію економічної ефективності [134]. У свою чергу, застосування зазначеного критерію може бути реалізовано за рахунок диспозитивного та імперативного прийомів розподілу ризиків.

У науковій літературі можна зустріти низку підходів до розподілу договірних ризиків. Спробуємо звернути увагу на основні з них. Так, К. А. Возняковська виділяє три основні підходи до розподілу ризиків: 1) розподіл ризику самими сторонами зобов'язання на основі договору; 2) покладання ризику на третю особу, яка бере на себе цей ризик за плату (страхування); 3) покладання ризику на конкретну особу на підставі імперативної вказівки закону, зокрема й на особу, яка не є учасником зобов'язання (обов'язкове страхування) [126]. Разом з цим, М. М. Великанова висуває тезу про те, що такий підхід є досить спірним, адже складно відрізнити перший підхід від другого, адже за висловом самої К. А. Возняковської ризик розподіляється «на основі договору». М. М. Великанова припускає, що мова йде про підставу розподілу ризику, а про визначення суб'єктів, що такий ризик повинні нести (сторони договору чи треті особи). На думку Великанової, не доцільно відносити третій спосіб до підходів договірного розподілу ризиків, оскільки він має явно позадоговірну природу [135].

На нашу думку, підхід щодо третього способу розподілу ризиків у договорі все ж має сенс, однак потребує уточнення з огляду на таке. Законодавство багатьох країни містить положення про заборону виготовлення, імпорту і використання у будівництві виробів з азбесту або таких, що містять азбест у своєму складі. Англійське право на фундаменті якого розроблялась форма EPC-контракту, не є винятком. Так, закон про заборону азбесту був прийнятий Великою Британією в 1999 році Asbestos (Prohibitions) (Amendment) Regulations 1999 (No. 2373 of 1999) [136]. Разом із тим під час реновації будівель

громадського і комерційного призначення, стало помітно, що ситуація з приводу наявності азбесту на будівельних майданчиках повинна бути детальніше врегульована. Так, у 2012 році було прийнято Положення про здійснення контролю за азбестом (The Control of Asbestos Regulations 2012) [137], яке передбачає, зокрема, необхідність отримання ліцензії на здійснення робіт на будівельному майданчику, де містяться матеріали, що складаються з азбесту. Відсутність такої ліцензії в разі виявлення азбесту покладає додаткові зобов'язання на підрядника і замовника будівництва, пов'язані із захистом життя та здоров'я робітників, що як наслідок може призвести до затримок або необхідності виплати компенсацій працівникам. Такий ризик безумовно має законодавчу основу, однак питання компенсації та врегулювання наслідків настання такого ризику повністю належить до компетенції договірних сторін. При цьому, вказані вище норми англійського права виступають як приклад, що не виключає обов'язку сторін страхувати ризики, відповідно до імперативних норм тих чи інших юрисдикцій.

Якщо говорити про сферу будівництва, то розподіл ризиків у цій галузі має ряд особливостей. В. І. Кравченко підкреслює, що зарубіжні економісти, зокрема із США, розрізняють два основні види ризиків у житловому будівництві. До першої категорії належать неминучі ризики. Для їх подолання будівельні компанії укладають договори страхування. Другий вид ризиків пов'язаний із неминучою невизначеністю процесу ведення житлово-будівельного бізнесу [138]. Зазначений вище підхід, безумовно, має підстави для існування, однак слід зазначити, що подібним критеріям розподілу ризиків не вистачає конкретизації.

Аналізуючи форми будівельних контрактів, розроблених FIDIC, А. В. Гаврилов акцентує увагу на наявності інженера-консультанта, як одного з елементів, який допомагає сторонам договору здійснювати управління ризиками, що виникають під час їх виконання. Інженер-консультант виступає в ролі експерта, який консультує замовника з питань реалізації проекту, займається підбором постачальників і підрядників, об'єктивно і незалежно керує будівництвом на майданчику і повністю супроводжує проект на всіх

стадіях. Він несе відповідальність за дотримання норм законодавства у частині делегованих замовником повноважень [139]. Натомість, не слід позиціонувати інженера-консультанта як «панацею» або ж особу чи організацію, яка здатна розв'язати всі проблеми договірних сторін. Активне залучення інженера-консультанта – це швидше показник того, що укладена сторонами угода, відповідно до форми FIDIC, містить ряд недосконалостей, які не дозволяють підряднику та замовнику самостійно знайти консенсус під час виконання контракту.

Разом із тим не можна не оминути думки І. І. Килимник та В. Г. Висоцької, які вважають, що будівельні контракти, укладені за формами FIDIC, порівняно з договорами підряду, які застосовуються в Україні, мають більшу деталізацію як загальних, так й особливих умов, що дає змогу забезпечити високий рівень контролю цільового використання коштів і координацію дій усіх учасників проекту. Як результат – під час використання контрактів FIDIC, завдяки покращенню контролю процесу, замовник зможе більш якісно контролювати витрати коштів, що знизить вартість будівництва загалом [140].

На окрему увагу заслуговує позиція О. Є. Костюченко з приводу того, що в процесі удосконалення договірного регулювання відносин між суб'єктами господарювання у енергетичній сфері у частині проектування, постачання матеріалів і обладнання, будівництва та введення в експлуатацію енергетичних об'єктів необхідно адаптувати вітчизняне законодавство до міжнародних практик, в частині страхування відповідних ризиків [141]. Безумовно, страхування не є інструментом керування ризиками, але воно здатне якісно підвищити впевненість договірних сторін у тому, що частина збитків, що виникнуть під час реалізації проекту, буде компенсованою.

Повертаючись до питання розподілу ризиків за принципами Абрахамсона, яке було частково висвітлено в підрозділі 2.2. цього дослідження, не можна не відмітити і працю Наеля Банні (Nael Bunni), який здійснив спробу уточнення вищезгаданих принципів. Наель Банні є визнаним у світі спеціалістом з міжнародного арбітражу, значну увагу в своїх дослідженнях юрист присвятив вирішенню спорів за будівельними контрактами, зокрема і за типовими

формами, розробленими FIDIC [142]. В одній зі своїх праць під назвою «Чотири критерії для розподілу ризиків у договорі будівельного підряду» [143] вчений на основі підходу Абрахамсона пропонує власні вдосконалені принципи, зокрема:

(i) ризик повинен покладатись на сторону, яка може найкраще контролювати ризик та/або пов'язані з ним наслідки;

(ii) ризик повинен покладатись на сторону, яка може його передбачити в найбільш оперативний спосіб;

(iii) ризик повинен покладатись на сторону, яка може управляти ризиком в найкращий спосіб;

(iv) розподіл ризику повинен відбуватись з огляду на те, яка сторона в кінцевому підсумку отримує найбільшу вигоду або страждає від настання ризику.

Наель Банні стверджує, що на етапі завершення проекту будівництва, коли, як правило сторони починають пред’являти взаємні претензії, саме ці чотири принципи, окремо або в поєднанні, будуть використовуватися арбітрами чи суддями для розподілу ризиків між сторонами, у разі, якщо контракт прямо не врегульовує питання розподілу ризику стосовно настання тієї чи іншої ситуації.

Використовуючи вищезазначені принципи, сторони повинні їх застосовувати, беручи до уваги такі критерії, які розкривають їх зміст:

Контроль. Розподіл ризику на учасника проекту, який не в змозі технічно, юридично чи іншим чином контролювати та керувати виникненням або впливом на ризик, призведе до значних розчарувань, конфліктів і суперечок через фундаментальне відчуття несправедливості.

Чіткість: рішення щодо розподілу мають бути чітко сформульовані та визначені в тексті відповідного контракту. Договірні умови, юридичні норми чинного законодавства, що регулюють контракт між сторонами, та технічна документація, включаючи специфікації та креслення, повинні бути чітко викладені та зазначені. Керуючись загальним підходом, усі сторони контракту будуть дотримуватися тексту угоди, за умови його чіткості та недвозначності.

Послідовність: рішення щодо розподілу ризиків мають бути узгоджені у всіх відповідних документах, що є складовими контракту.

Справедливість: досягнення перших трьох принципів значною мірою допоможе досягти четвертого – справедливості, яка означає, що розподіл ризику має здійснюватися збалансованим, чітким і послідовним способом.

Якщо відійти від суто теоретичних підходів до розподілу ризиків за EPC-контрактами і звернути увагу на надбання та поради юристів-практиків, то не можна не оминути дослідження Джеймса Вільямса (James Williams) [144] та Патриції Галлоуей (Dr. Patricia D. Galloway) [145].

Так, юристи зауважують, що FIDIC у своїй Срібній книзі (EPC-контракт) змінила баланс ризиків, який був стандартним для індустрії і згодом знайшов своє відображення в Червоній та Жовтій книгах, зокрема щодо:

- непередбачуваних особливостей будівельного майданчику;
- здійснення проектування;
- права Підрядника на продовження строку виконання робіт у зв’язку з несприятливими погодними умовами, нестачею персоналу або товарів через епідемію або дії органів державної влади;
- виконання чи використання Замовником будь-якої частини робіт, крім випадків, що прямо зазначені в контракті;
- будь-яких непередбачуваних природних явищ, на настання яких Підрядник не міг розраховувати.

Питання відповідальності за стан будівельного майданчику є прикладом передачі ризику за Срібною книгою. За Червоною та Жовтою книгою (пункти 4.10-4.12), Замовник зобов'язаний надати Підряднику всю відповідну інформацію щодо гідрологічних умов та інших геодезичних особливостей земельної ділянки (ділянок), що є будівельним майданчиком. Підрядник несе відповідальність за інтерпретацію цих даних. Отже, вважається, що Підрядник отримав всю необхідну інформацію щодо ризиків, пов’язаних з будівельним майданчиком і при цьому, запропонована сума контракту є достатньою для їх покриття зважаючи на надані Замовником дані.

Однак незважаючи на згадані положення Підрядник усе ж матиме право на продовження строку виконання робіт у разі, якщо було дотримано всіх передбачених контрактом процедур.

Дещо інша позиція закріплена в Срібній книзі, згідно з пунктом 4.10 якої Замовник повинен надати Підряднику всі відповідні дані, якими він володіє щодо гідрологічних умов та інших геодезичних особливостей земельної ділянки, однак відповідальності за точність, достатність та повноту цієї інформації Замовник нести не буде. Підрядник несе відповідальність за перевірку та інтерпретацію отриманих даних, а ціна повинна бути визначеною для покриття всіх зобов'язань за контрактом.

Також згідно з пунктом 4.12 Срібної книги передбачається, що підрядник отримав всю необхідну інформацію щодо ризиків, непередбачених обставин та інших обставин, які можуть вплинути на виконання робіт, і, підписуючи контракт, виключно Підрядник несе всю повноту відповідальності та витрати, пов'язані із успішним виконанням робіт. Ціна контракту не коригується, адже передбачається, що вона вже враховує будь-які непередбачені труднощі або витрати.

Отже, за Срібною книгою, ризик непередбачуваних особливостей будівельного майданчику повністю покладається на Підрядника, однак ціна EPC-контракту при цьому буде вищою.

Проектування – це ще одна особливість Срібної книги, яка відрізняє її від, наприклад, Жовтої. Так, відповідно до пункту 5.1. Жовтої книги, Підрядник повинен переглянути вимоги Замовника після отримання повідомлення про початок виконання робіт та повідомити інженера-консультанта (протягом певної кількості днів, які узгоджуються в кожному конкретному випадку) про будь-які недоліки або виявлену помилку у вимогах Замовника. Отримавши повідомлення, інженер-консультант повинен визначити, чи слід вносити зміни до проектної документації. У такому разі Підрядник матиме право на продовження терміну виконання робіт за контрактом.

Як можна було здогадатись, EPC-контракт передбачає дещо інші норми з цього приводу. Пункт 5.1. Срібної книги покладає на Підрядника

відповідальність за проектування та виконання вимог Замовника, окрім чотирьох випадків:

- дані, що були надані Замовником кваліфікуються як незмінні або належать до виключної відповідальності Замовника;
- дані стосуються визначення цілей робі або їх частин;
- дані стосуються критеріїв для тестування обладнання чи виконаних робіт;
- дані стосуються інформації, яка не можу бути перевірена Підрядником [113].

При цьому на Замовника не покладено жодних зобов'язань за помилки, неточності або упущення, які він здійснив, надаючи Підряднику вихідні дані. Отримання неповної або недостатньої інформації Підрядником не дає йому права на продовження строку виконання робіт за договором.

EPC-контракт також покладає додаткові ризики на Підрядника і в інших сферах. Як уже зазначалось вище, положення EPC-контракту щодо подовження часу виконання робіт не можуть бути пов'язані з несприятливими погодними умовами, нестачею персоналу або товарів через епідемію або дії органів державної влади. Настання таких ризиків, як правило, страхується Підрядником окремо. В Червоній та Жовтій книзі подібні положення відсутні [27].

Якщо говорити про ризики, які виникають при підписанні та реалізації безпосередньо EPC-контрактів в Україні, то з цього приводу навряд чи можна буде надати вичерпний перелік. Однак ми все ж спробуємо розглянути найбільш поширені ситуації, коли настання ризиків можна уникнути або передбачити можливості управління ризиками.

Українські замовники, як правило, вважають за краще контролювати будівельний процес. Тому в більшості випадків замовник або найнятий ним інженер-супервайзер здійснюють безліч перевірок, вимірювань та інших контрольних заходів. Натомість, слід пам'ятати про імперативну норму, що міститься в частині 1 статті 853 ЦК України: «Замовник зобов'язаний прийняти роботу, виконану підрядником відповідно до договору підряду, оглянути її і в разі виявлення допущених у роботі відступів від умов договору або інших

недоліків негайно заявити про них підрядникові. Якщо замовник не зробить такої заяви, він втрачає право надалі посилатися на ці відступи від умов договору або недоліки у виконаній роботі» [43].

Слід підкреслити, що зазначена норма ЦК України докорінно відрізняється від існуючої міжнародної практики. Так, більшість проформ FIDIC виходять із зворотного принципу: затвердження виконання будь-яких робіт або відсутність зауважень із боку замовника в жодному разі не звільняє підрядника від відповідальності за допущені порушення.

Також слід звернути увагу на питання прийому-передачі будівельного майданчика EPC-підряднику. Так, згідно з українським законодавством, а саме ДБН А.3.1-5:2016 Організація будівельного виробництва, під «будівельним майданчиком» розуміється територія, яка виділяється в установленому порядку для будівництва об'єктів, розміщення тимчасових будівель, споруд та інженерних мереж, будівельної техніки, будівельних матеріалів, виробів, конструкцій та обладнання, які використовуються у процесі будівництва [146]. Також частина 1 статті 875 ЦК України передбачає обов'язок замовника «надати підрядникові будівельний майданчик (фронт робіт)…» [43]. Існує практика, коли за EPC-контрактом замовник зобов'язаний передати підряднику майданчик з додатково облаштованим підключенням до електромереж, водовідведенням, водопостачанням, ділянкою, яка не повинна бути засадженою деревами тощо. У разі, якщо замовник не виконав цих умов або виконав їх не повністю підрядник має право обґрунтовано відмовитись від прийняття майданчику та не виконувати умов договору посилаючись на частину 3 статті 612 ЦК України (якщо внаслідок прострочення боржника виконання зобов'язання втратило інтерес для кредитора, він може відмовитися від прийняття виконання і вимагати відшкодування збитків).

Невиконання замовником зобов'язань за договором підряду, які спричинили за собою порушення термінів виконання робіт, може призвести до того, що ризик, пов'язаний з порушенням кінцевого терміну будівництва об'єкта, буде нести замовник. З метою зниження вищевказаного ризику рекомендуємо включати в договір підряду по моделі EPC застереження про те,

що підрядник у разі затримки замовника отримує право на продовження загальних термінів виконання робіт тільки тією мірою, в якій затримка замовника впливає на критичний шлях проекту. Під «критичним шляхом» слід розумітись сукупність послідовних етапів робіт, які не мають «запасу за часом» або мають мінімальний запас/зрушення будь-якого такого етапу неминуче викличе прострочення завершення робіт у цілому.

Особливим моментом виконання умов EPC-контрактів є виникнення форс-мажорних обставин, які можуть бути пов'язані як зі знищенням або пошкодженням майна, так і з затримкою в поставці продукції.

Так, згідно зі статтею 881 ЦК України, підрядник або замовник зобов'язані застрахувати об'єкт будівництва або комплекс робіт від можливого пошкодження або знищення й одночасно за EPC-контрактом, як правило, передбачається покладення обов'язків зі страхування об'єкта будівництва саме на замовника (Insuring Party), адже підрядник і так несе ризик знищення або пошкодження майна в ході виконання будівельних робіт. Це, безумовно, свідчить про те, що диспозитивна норма законодавства жодним чином не перешкоджає можливості укладення EPC-контракту за типовою формою FIDIC. Однак це впливає на переговорну стратегію та ціну договору для замовника.

У зв'язку з тим, що договір інжинірингу є непойменованим, відповідно, спеціальних законодавчих вимог щодо його змісту в Україні немає. Щоправда, підпункт 14.1.85 пункту 14.1 статті 14 Податкового кодексу України містить широке визначення поняття «інжиніринг», під яким розуміється надання послуг (виконання робіт) зі складення технічних завдань, проектних пропозицій, проведення наукових досліджень і техніко-економічних обстежень, виконання інженерно-розвідувальних робіт із будівництва об'єктів, розроблення технічної документації, проектування та конструкторського опрацювання об'єктів техніки і технології, надання консультації та авторського нагляду під час монтажних та пусконалагоджувальних робіт, а також надання консультацій, пов'язаних із такими послугами (роботами) [147]. Вказане поняття не суперечить правовій природі EPC-контракту, адже останній може передбачати здійснення підрядником робіт з інжинірингу певних технічних виробів

(наприклад вітроелектроустановок, атомних реакторів чи інверторів), які згодом стануть частиною комплексного об'єкта. Тому вбачається хибною позиція деяких дослідників, які розглядають договір інжинірингу виключно, як невід'ємну частину здійснення будівельних робіт і ототожнюють інжиніринг з авторським наглядом.

Більшість стандартних форм контрактів, розроблених FIDIC, передбачають, що підрядник зобов'язаний завершити роботи до визначеного часу, чи то до певної дати, або протягом певної кількості днів, тижнів чи місяців. Разом з цим, Підрядники, як правило, використовують положення контракту щодо заздалегідь оцінених збитків як наперед передбачених засобів юридичного захисту. Згідно з загальноприйнятим підходом, під поняттям «заздалегідь оцінені збитки» розуміють відшкодування збитків, розмір яких визначається сторонами під час складення контракту, що передбачає оплату потерпілій стороні фіксованої суми компенсації, яка буде сплачена у разі настання конкретного порушення (наприклад, невчасне виконання робіт). Сторони, як правило, погоджують, що фіксована сума компенсації не може перевищувати загальну вартість усього EPC-контракту і нараховується у відсотковому відношенні за кожен день чи тиждень, що пройшов із моменту такого прострочення.

При цьому українському законодавству не відоме таке поняття як «заздалегідь оцінені збитки». Натомість існують положення частини 3 статті 216 ГК України, яка містить вказівку на те, що господарсько-правова відповідальність базується на принципах, згідно з якими:

- потерпіла сторона має право на відшкодування збитків незалежно від того, чи є застереження про це в договорі; передбачена законом відповідальність виробника (продавця) за недоброякісність продукції застосовується також незалежно від того, чи є застереження про це в договорі;
- сплата штрафних санкцій за порушення зобов'язання, а також відшкодування збитків не звільняють правопорушника без згоди другої сторони від виконання прийнятих зобов'язань у натурі;

- у господарському договорі неприпустимі застереження щодо виключення або обмеження відповідальності виробника (продавця) продукції [18].

Отже, існує повна суперечність положень, пов’язаних з відшкодуванням збитків за EPC-контрактом та українським законодавством. Однак вихід із ситуації існує, адже коли стороною в договорі є компанія-нерезидент – це дає можливість сторонам на власний розсуд врегульовувати свої відносини нормами тих чи інших юрисдикцій. Як правило, це застосування норм англійського права, яке дозволяє сторонам обмежувати свою відповідальність за договором. Однак у такому разі повинна існувати пряма вказівка з цього приводу в самому тексті угоди.

Також існує ще одна правова конструкція, що опосередковано суперечить положенням стандартного EPC-контракту – це позбавлення права на відшкодування збитків, що закріплене в частині 3 статті 226 ГК України, згідно з якою сторона господарського зобов’язання позбавляється права на відшкодування збитків у разі, якщо вона була своєчасно попереджена другою стороною про можливе невиконання нею зобов’язання і могла запобігти виникненню збитків своїми діями, але не зробила цього. Вказана норма застосовується за замовчуванням, окрім випадків, якщо законом або договором не передбачено інше. При цьому типова форма EPC-контракту взагалі не розглядає питання відмови від відшкодування завданих збитків та захищає права сторони, що їх зазнала незалежно від того, була вона попереджена про це, чи ні. Отже, в ході адаптації EPC-контрактів убачається необхідність у тому, щоб передбачити пряму вказівку на завчасне попередження про можливе невиконання стороною зобов'язань (строки направлення повідомлення, форма повідомлення тощо), адже в іншому разі до правовідносин можна застосувати положення вищенаведеної норми ГК України.

На особливу увагу заслуговує питання зміни ціни EPC-контракту, адже вона за своєю природою є паушальною (фіксованою) і не може бути зміненою, окрім випадків, передбачених договором за взаємною згодою сторін. Це в

першу чергу приваблює інвесторів та замовників в разі укладення контрактів за проформами FIDIC.

Однак українське законодавство встановлює право підрядника на збільшення ціни договору з підстав, що передбачені частинами 4-5 статті 844 ЦК України, відповідно до яких підрядник має право вказати на необхідність збільшення ціни договору для проведення додаткових робіт або у зв'язку зі зростанням ціни на матеріали, у разі, якщо цього неможливо було передбачити.

Окремо серед особливостей адаптації положень EPC-контрактів до норм українського законодавства стоїть питання, пов'язане із залученням інженера-консультанта, адже це впливає на підвищення якості робіт та зниження ризиків при реалізації будівельних проектів. Одночасне залучення інженера-консультанта та запровадження страхування, яке, на відміну від традиційної системи штрафних санкцій і дозвільних процедур, забезпечує не лише належну якість будівництва, але й захист інтересів усіх сторін і відшкодування збитків у разі завдання шкоди у ході будівництва та гарантійного строку.

Процес залучення інженера-консультанта до реалізації будівельних проектів потребує внесення змін до законодавчих актів України, оскільки на сьогодні:

- не повною мірою визначено місце й роль інженера-консультанта в системі договірних відносин у будівництві, не встановлено вимоги до нього та до договору, що укладається між замовником будівництва та інженером-консультантом;
- не врегульовано питання щодо відповідальності інженера-консультанта в разі неналежного виконання ним делегованих замовником функцій як перед підрядником, так і перед контролюючими органами;
- не запроваджено механізми досудового врегулювання спорів, зокрема й щодо оскарження рішень, дій чи бездіяльності інженера-консультанта, які є невід'ємною складовою організації будівництва відповідно до принципів та умов міжнародно визнаних типових форм договорів.

Слід зазначити, що Уряд та окремі міністерства виступають з ініціативами стосовно повноцінної імплементації у національне законодавство

положень, що врегульовують діяльність інженера-консультанта. Яскравим прикладом законодавчої ініціативи з цього питання може слугувати проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо участі інженера-консультанта в реалізації будівельних проектів», розроблений Міністерством інфраструктури України, оприлюднений для обговорення 18.02.2021 року на офіційному сайті міністерства (далі – Проект Закону) [148]. Так, відповідно до Проекту Закону замовник будівництва, виходячи з власних потреб і можливостей, самостійно приймає рішення щодо необхідності укладення договору про надання послуг з інженером-консультантом. При цьому в окремих випадках, визначених центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сфері архітектури, залучення інженера-консультанта може бути обов'язковим. Такі можливості закладено, насамперед, для реалізації складних інфраструктурних проектів у сфері дорожнього будівництва, залізничного транспорту, в разі спорудженні морських портів, аеропортів та аеродромів.

Договір між замовником та інженером-консультантом укладатиметься у письмовій формі на основі примірної форми договору, затвердженого центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сфері архітектури відповідно до положень Цивільного кодексу України, з урахуванням особливостей, визначених законом. У договорах підряду на виконання проектних і будівельних робіт також мають зазначатися права та обов'язки інженера-консультанта, що буде підставою для його участі в реалізації проектів та взаємодії зі всіма учасниками будівництва.

У разі залучення інженера-консультанта, договором може бути передбачений досудовий порядок урегулювання спорів, зокрема й щодо оскарження його рішень, дій чи бездіяльності.

Передбачено, що в разі залучення замовником інженера-консультанта та покладання на нього частини обов'язків замовника за договором підряду, інженер-консультант нестиме відповідальність за невиконання або неналежне виконання таких обов'язків.

Сподіваємось, що ініціатива Міністерства інфраструктури України буде успішно реалізована найближчим часом, що дозволить комплексно врегулювати питання щодо участі інженера-консультанта, залученого згідно з EPC-контрактом до реалізації будівельних проектів, визначить його роль і місце в системі договірних відносин у будівництві, що сприятиме підвищенню рівня професійного управління та запровадженню незалежного інженерного контролю.

Отже, вбачається необхідність у тому, щоб надати авторське визначення поняттю «інженер-консультант», під яким слід розуміти спеціалізовану організацію (суб'єкт господарювання), що залучена до реалізації проектів будівництва на боці замовника, забезпечує неупереджене організаційне та консультаційне супроводження проекту будівництва на всіх стадіях та несе відповідальність за дотримання норм законодавства у частині делегованих замовником повноважень. Залучення інженера-консультанта підвищує якість виконання будівельних робіт, дозволяє замовнику залучити суб'єкта, який володіє належним рівнем експертизи та допомагає сторонам EPC-контракту вирішувати дрібні спори, що впливають на реалізацію проекту без необхідності звернення до судових інстанцій.

Крім того, відмінність у процесі прийому-передачі робіт також може викликати труднощі під час укладення та виконання EPC-контракту, адже акт прийому-передачі готується замовником і підрядник не може заперечувати його, натомість українське законодавство передбачає використання усталеної форми актів:

Згідно з частиною 4 статті 882 ЦК України факт приймання-передачі виконаних робіт оформлюється актом. На практиці зазвичай використовують акт за формою № КБ-2в «Акт приймання виконаних будівельних робіт» та № КБ-3 «Довідка про вартість виконаних будівельних робіт та витрати». Навколо обов'язковості застосування зазначених форм актів завжди точилися гострі дискусії.

З 01.01.2014 в Україні діє ДСТУ Б Д.1.1-1:2013 «Правила визначення вартості будівництва», затверджене наказом Міністерства регіонального

розвитку, будівництва та житлово-комунального господарства України від 05.07.2013 № 293 (далі – Правила), підпунктом 6.4.2 якого передбачено, що при визначенні вартості виконаних обсягів робіт і проведенні взаєморозрахунків за виконані роботи по об'єктах будівництва, зведення яких здійснюється за рахунок державних коштів, застосовують примірні форми первинних облікових документів [149].

Примірні форми актів КБ-2в та КБ-3 наведені в додатках Т та У Правил. Безумовно, пунктом 1.2. Правил передбачено, що вони є обов'язковими тільки при визначенні вартості будівництва об'єктів, які споруджуються за рахунок бюджетних коштів, коштів державних або комунальних підприємств, установ та організацій, кредитів, наданих під гарантії держави. Відповідно підрядники, які отримують оплату з названих джерел, зобов'язані оформляти акт і довідку встановлених форм.

Отже, на сьогодні маємо ситуацію, коли будівельні організації зобов'язані оформляти первинні документи в один із зазначених нижче способів:

- застосовувати ці примірні форми № КБ-2в та № КБ-3, якщо це обумовлено в договорі підряду;
- застосовувати форми № КБ-2в та № КБ-3, у т. ч. дороблені та перероблені, без будь-якої обумовленості у договорі;
- розробити самостійно форми актів приймання-передачі виконаних підрядних робіт у будівництві.

У разі отримання оплати з інших джерел вищеназвані Правила не обов'язково застосовувати, вони носять рекомендаційний характер. А отже, акт і довідку можна скласти в іншій формі, якщо вона влаштовує обидві сторони. Однак, слід пам'ятати, що згідно з частиною 2 статті 9 Закону України «Про бухгалтерський облік та фінансову звітність в Україні» такі розроблені сторонами акти повинні мати обов'язкові реквізити [150]. Разом із тим на практиці, кошторисники та бухгалтери надають перевагу застосуванню саме Правил (використовуються як первинні бухгалтерські документи, необхідні для прийняття на баланс об'єкта завершеного будівництва), адже в разі виникнення

податкових спорів із приводу вартості об’єкта будівництва платнику податків буде легше обґрунтовувати свою позицію в суді.

Особливістю примірних форм КБ-2в та КБ-3 є те, що вони підписуються сторонами за взаємною згодою, на відміну від підходу, що передбачено FIDIC.

Серед інших проблем можна виділити такі:

- надмірне регулювання з боку держави ціноутворення під час здійснення процесу будівництва, замість регулювання та управління (досягнення) необхідного кінцевого результату (відсутність методології розрахунку вартості об’єкта будівництва за збільшеними ресурсними нормами та за об’єктами-аналогами);
- розбіжність складу і змісту проектної документації, що передбачені умовами контракту FIDIC (відсутність технічних специфікацій; у проектній документації відповідно до контрактів FIDIC відсутній розділ «організація робіт») [26].

За наявності навіть цих обмежень адаптація контрактів FIDIC можлива шляхом банального вилучення з тексту контрактів будь-яких положень, які протирічать імперативним нормам законодавства України. Водночас така модифікація призведе до втрати первісного змісту контрактів та оптимального співвідношення ризиків. Суттєво будуть порушенні «Золоті правила» FIDIC, основні з яких: права, обов’язки, ролі і відповідальність усіх учасників контракту повинні бути в цілому такими, як це мається на увазі в Загальних умовах, і відповідати вимогам проекту, а Особливі умови не повинні змінювати баланс розподілу ризиків/винагороди, встановлений Загальними умовами Срібної книги.

Натомість, питання неузгодженості національного законодавства та положень EPC-контрактів, розроблених FIDIC, можна вирішити за допомогою внесення змін до відповідних норм, що врегульовують питання укладення договору підряду на капітальне будівництво. Зокрема, положення статті 318 ГК України, встановлює вимоги до змісту договору підряду на капітальне будівництво, покладає на підрядника обов’язок із забезпечення будівництва матеріалами, технологічним, енергетичним, електротехнічним та іншим

устаткуванням, якщо інше не передбачено законодавством або договором, а також містить вичерпний перелік елементів, які повинен містити подібний договір: найменування сторін; місце і дату укладення; предмет договору (найменування об'єкта, обсяги і види робіт, передбачених проектом); строки початку і завершення будівництва, виконання робіт; права і обов'язки сторін; вартість і порядок фінансування будівництва об'єкта (робіт); порядок матеріально-технічного, проектного та іншого забезпечення будівництва; режим контролю якості робіт і матеріалів замовником; порядок прийняття об'єкта (робіт); порядок розрахунків за виконані роботи, умови про дефекти і гарантійні строки; страхування ризиків, фінансові гарантії; відповідальність сторін (відшкодування збитків); урегулювання спорів, підстави та умови зміни і розірвання договору [18].

Подібний законодавчий підхід значно звужує договірний інструментарій, яким можуть користуватись учасники будівельних проектів, у зв’язку з чим, пропонуємо доповнити статтю 318 ГК України частиною 6 такого змісту: «6. Вимоги частини 1-5 цієї статті не застосовуються в разі, якщо сторони договору підряду на капітальне будівництво використовують типові проформи договорів, що розроблені міжнародними профільними організаціями».

Отже, можна дійти висновку, що належна правова адаптація Срібної книги FIDIC до законодавства України є необхідною умовою уникнення ризиків, пов’язаних з неможливістю або неналежним виконанням EPC-контрактів. При цьому, окрему увагу слід звернути на: форму основного договору (Contractual Agreement не містить істотних умов); дозволи та погодження; термінологію при перекладі на українську мову (works, employer, site); формулювання з англійського права (такі як «прийнятність», «розумність», «обґрунтованість»); забезпечення виконання зобов’язання; право, що застосовується і арбітражне застереження; застосовна мова (договору, документації, листування); порядок приймання в експлуатацію. Також, варто наголосити, що вищезазначений перелік не є вичерпним, а процес адаптації повинен відбуватись за умови отримання ліцензії від FIDIC на внесення змін до

типової форми контракту у зв’язку з авторськими правами розробників на його текст.

Питання систематизації ризиків, що виникають під час виконання сторонами обов’язків, визначених положеннями договорів EPC-контрактів, в Україні широко обговорюються вітчизняними фахівцями з питань договірних відносин. Важливим на сьогодні є питання науково-теоретичного та нормативно-правового закріплення фактичного статусу контрактів, що пов’язані з використанням у вітчизняному правовому полі змішаних форм договорів. На сьогодні вже створені всі необхідні передумови для прийняття відповідних рішень та здійснення ефективних заходів щодо мінімізації можливих ризиків. Очевидно, що широке застосування типових форм договорів підряду сприятиме узгодженню інтересів замовників і підрядників, а також справедливому розподілу ризиків (зокрема, фінансових) між учасниками реалізації проектів будівництва об’єктів, що здійснюють генерацію електричної енергії з відновлювальних джерел.

ВИСНОВКИ ДО РОЗДІЛУ 2

1. Низка великих міжнародних енергетичних проектів в сфері відновлювальних джерел енергії, як правило, реалізується шляхом укладення договорів за типовими формами розробленими Міжнародною федерацією інженерів-консультантів. Більшість таких контрактів аналізуються юристами практиками як з метою з’ясування економічної вигоди для сторін так і захисту інтересів відповідного клієнта. Що, по суті, є надання юридичної послуги. Разом з тим, в теорії права поняття «правовий аналіз» має дещо інше призначення. Відповідно у роботі проаналізовано поняття «правовий аналіз», «юридичний аудит» та «дью-диліджене» та з’ясовано їх особливості застосування на практиці.

Зокрема,. перші два визначення є широко вживаними саме в наукових дослідженнях, що присвячені висвітленню проблем договірних відносин, в свою чергу поняття «дью-диліджене» більш притаманне M&A угодам. У роботі

встановлено, що найбільш широким та всеохоплюючим поняттям в цьому випадку буде саме правовий аналіз, який може бути виражений як в формі юридичного аудиту, так і в формі правового дью-диліджесу, два останні поняття є тотожними. Це пов'язано з тим, що правовий аналіз, як явище, був сформований задовго до того, як виник юридичний аудит та дью-диліджес і перший увібрав в себе риси притаманні аналізу в формальній логіці, поклавши їх на полотно юридичної науки з обов'язковим застосуванням норм, що містяться в загальних принципах права (принцип правової визначеності, пропорційності, законності тощо).

2. Доведено, що для EPC-контрактів правовий аналіз має велике значення, оскільки якість його здійснення юристами практиками, які супроводжують укладення угоди безпосередньо впливає на успішність реалізації проекту будівництва в майбутньому. У проведеному дослідженні обґрунтувало нерозривність процесу аналізу та синтезу, як методів наукового пізнання, що мають безпосереднє відношення до здійснення правового аналізу контрактів за типовими формами FIDIC та EPC-контрактів зокрема. Також запропоновано авторське визначення поняття «правового аналізу EPC-контракту»), під яким слід розуміти основоположний метод дослідження угод чи договірних конструкцій, що полягає у виокремленні елементів, які складають їх структуру, знаходження логічних зв'язків між ними, співставлення цих елементів з нормами чинного законодавства та теорії права, з метою подальшого синтезу отриманих результатів в якісну оцінку умов договору (контракту). Результати, що були отримані в рамках вивчення проблематики правового аналізу контрактів за типовими формами FIDIC сформували підґрунтя для подальшого вивчення особливостей структурування, укладення та виконання EPC-контрактів, що були здійснені в підрозділі 2.2. цього дисертаційного дослідження.

3. Поширення такого правового інституту як естопель в межах прецедентного англійського права, зумовило наявність багатьох договірних конструкцій, що містяться в проформах FIDIC, але малопоширені у національному законодавстві. За загальним правилом, під естопелем слід

розуміти позбавлення права сторони на заперечення через її попередню поведінку, що дозволяє судам встановлювати істинну суть договірних правовідносин з метою заповнення прогалин та неоднозначностей. Вказаний підхід міститься в значній частині договірних конструкцій, що містить EPC-контракт, згідно якого сторони повинні діяти керуючись принципами справедливості й чесної ділової практики. Наведені принципи займають чільне місце серед положень, які застосовуються в англійському праві та слугують основою для естопелю.

4. На основі аналізу практики застосування EPC-контрактів, сформульовано орієнтовний, але «не вичерпний» перелік особливостей, які важливо враховувати юристам при здійсненні юридичного супроводу укладення EPC-контрактів. Зокрема розділення EPC-контракту на офшорну та оншорну частину, як правило, зумовлюється комерційними міркуваннями і не має жодного правового підґрунтя, що, як наслідок, призводить до виникнення проблемних питань, які потребують врегулювання в договірному порядку. У розділі 2 дисертаційної роботи було висвітлено низку важливих деталей, які вимагають особливої уваги: невизначеність специфікації, проблеми з термінами виконання, колізії при застосуванні правових норм різних юрисдикцій, обмеження відповідальності сторін, форс-мажору, припинення або призупинення дії договору тощо. Встановлено, що неякісне розділення EPC-контракту може в майбутньому призводити до збільшення кількості договірних ризиків, наявність яких необхідно буде врегульовувати або контролювати згодом.

5. Досліджено особливості застосування «Золотих принципів» FIDIC при укладенні EPC-контрактів, використання яких покликане допомагати сторонам здійснювати оптимальний розподіл ризиків. Також, доведено, що врахування стронами зазначених принципів з принципами Абрахамсона та удосконаленими принципами Наеля Банні дозволяє знаходити баланс між договірними інтересами сторін та наявним правовим регулюванням відповідних суспільних відносин. При цьому наголошено, що у разі відсутності кваліфікованої правової допомоги та зважаючи на законодавчі норми чи усталену ділову практику

ймовірність покладення ризику на сторону, яка не може його нести є досить високою. Серед ризиків, які можуть виникнути при укладенні та виконанні EPC-контрактів можна виділити наступні: 1) непередбачуваність особливостей будівельного майданчику; 2) перевищення повноважень представником сторони в рамках укладення чи виконання договору; 3) дублювання положень щодо застосування штрафних санкцій (наприклад, затримка виконання офшорних зобов'язань призводить до відтермінування робіт в рамках оншорної частини договору); 4) неузгодженість положень EPC-контракту з імперативними нормами українського законодавства; 5) невизначеність специфікації; відсутність перехресних посилань між оншорною та офшорною частиною EPC-контракту тощо.

6. Сформульовано авторське визначення поняття «інженер-консультант» під яким розуміємо спеціалізовану організацію (суб'єкт господарювання), що залучена до реалізації проектів будівництва на боці замовника, забезпечує неупереджене організаційне та консультаційне супроводження проекту будівництва на всіх стадіях та несе відповідальність за дотримання норм законодавства у частині делегованих замовником повноважень. За своєю правовою природою інженер-консультант є суб'єктом господарювання, який одночасно поєднує в собі ознаки особи, що здійснює технічний нагляд за будівництвом та медіатора, який здатен вирішити незначні спори, що виникають у сторін EPC-контракту під час його виконання. Залучення інженера-консультанта не обмежується лише контрактами FIDIC, однак наразі є доволі поодинокою практикою в капітальному будівництві, що в перспективі може набути популярності після внесення відповідних змін до нормативно-правової бази, що проаналізована в цьому дослідженні.

1.

РОЗДІЛ 3.
СУЧАСНИЙ СТАН ТА ПЕРСПЕКТИВИ РОЗВИТКУ УКЛАДАННЯ ТА ВИКОНАННЯ EPC-КОНТРАКТІВ

3.1 Зарубіжний досвід укладання та виконання EPC-контрактів

Актуальні міжнародні стандарти в сфері контрактних відносин відіграють роль інструментів, які сприяють забезпеченню підвищення ефективності змін національних нормативно-правових актів і нормативно-технічних документів. Як наслідок, це надає можливість створити сприятливі умови для стимулювання зростання економіки, розвитку бізнесу, адаптації до несприятливих світових тенденцій та зведення до мінімуму їх впливу.

Застосування й удосконалення сучасних міжнародних стандартів сприяє постійному накопиченню досвіду серед експертів будівельної галузі, які обмінюються інноваціями, розробляють та узгоджують єдині погляди на основі їх гармонізації. Крім того, використання міжнародних стандартів дозволяє скоротити або уникнути проходження витратного шляху спроб і помилок.

Після розпаду Радянського Союзу та утворення ряду незалежних держав світові тенденції у врегулюванні договірних відносин почали активно проникати в економіку нових країн, у зв’язку з чим виникла необхідність у здійсненні належного правового регулювання цих суспільних відносин. EPC-контракт якраз є однією з таких тенденцій і вивченню його ролі у розвитку відносин в сфері контактування та капітального будівництва таких державах, як Україна, Казахстан та країни Балтії, наразі присвячена низка наукових досліджень.

Концепція будівництва великих інфраструктурних чи енергетичних проектів «під ключ» не є новою для пострадянських держав, однак тривале перебування у складі Радянського Союзу та відсутність ринкових відносин не дають можливості оцінити якість таких проектів, адже їх реалізація обумовлювалася держпланами, а не реальними потребами економіки.

Натомість, можна з упевненістю говорити про те, що в країнах Заходу концепція EPC-будівництва методично розвивалась і підлаштовувалась під потреби різноманітних галузей економіки. Зрештою, надбання юристів, інженерів та будівельників, що працювали в цьому напрямку, знайшли своє остаточне відображення у Срібній книзі FIDIC 1999 року. Разом із цим західні науковці почали здійснювати доволі ґрунтовні та глибокі дослідження, присвячені вивченню природи EPC-контрактів. Пострадянські дослідники, у свою чергу, більше уваги акцентують на порівнянні норм національного законодавства та положень EPC-контрактів, висвітлюють особливості практичного застосування проформ FIDIC, дають поради юристам-практикам з приводу їх адаптації.

Найбільш фундаментальною роботою в напрямку вивчення практики застосування EPC-контрактів є праця Джозефа Хьюза під назвою «Розуміння та укладення договорів на будівництво «під ключ» та EPC-контрактів» (Understanding and Negotiating Turnkey and EPC Contracts), яка станом на сьогодні налічує вже чотири видання [151]. В ній учений здійснює глибоке дослідження природи EPC-контракту та договору на будівництво «під ключ». Значну увагу Джозеф Хьюз приділяє методам здійснення оплати за договором, настанню так званих «непередбачуваних труднощів», детально описує та визначає всі основні обов'язки EPC-підрядника за договором, порядок переходу права власності на комплектуючі та матеріали, аналізує структуру Срібної книги тощо.

Уважаємо за необхідне детальніше зупинитися на особливостях укладення EPC-контрактів, які описав у своїй праці вчений. Отже, як зазначає автор, переговори та укладення будівельного контракту зазвичай починаються з підготовки певної основи. Незважаючи на те, що кожен будівельний проект є унікальним і складання відповідного контракту в обмеженому, але необхідному сенсі, є індивідуальним, сторони часто використовують певний тип стандартної форми як відправну точку. Це може бути стандартна форма, розроблена самим замовником, або заздалегідь підготовлена модель, розроблена профільною організацією (FIDIC).

Проблема стандартної форми EPC-контракту полягає в тому, що підрядники та замовники рідко бувають абсолютно нейтральними щодо того, у який спосіб у ній здійснено розподіл ризиків. Сторони контракту в процесі переговорів схилятимуть одна одну до тієї концепції, яка буде вважатись для них найбільш комфортною. Натомість, уже тривалий час, беззаперечним вибором сторін для реалізації міжнародних проектів є Срібна книга FIDIC. Джозеф Хьюз підкреслює, що, маючи значний досвід у супроводженні укладення EPC-контрактів, мав справу з тим, що певні підрядники апелювали до модифікації стандартної форми FIDIC за допомогою положень, що містяться в контрактах ENAA (Японська асоціація розвитку інжинірингу). Це в першу чергу пов'язано з тим, що згадані контракти виписані за схемою, яка є більш сприятливою для виконавця робіт (підрядника).

Як зазначає дослідник, під час переговорів щодо укладення EPC-контракту сторони найбільше акцентують увагу на чотирьох головних аспектах:

- підстави для зміни «твердої» ціни договору або зміни механізму ціноутворення;
- підстави для продовження терміну виконання робіт;
- відповідальність підрядника за виконання робіт;
- питання щодо того, яким чином буде здійснюватися управління (адміністрування) виконання EPC-контракту (зокрема, роль замовника та представників замовника).

Перелічені вище аспекти зазвичай лягають в основу переговорного процесу та є необхідною складовою переговорної стратегії. Замовник і підрядник намагатимуться змінити теоретичну основу розподілу ризиків за стандартною формою, щоб мати договір, який максимально відповідатиме їх інтересам (відповідно до домовленості між сторонами). Тобто замовник буде лобіювати питання вчасного виконання робіт у рамках затвердженого бюджету, а підрядник перейматиметься своєю прибутковістю та співмірністю покладеної на нього відповідальності з ціною договору. Це також призводить до того, що замовник намагатиметься передати підряднику якомога більше робіт, а з цим і ризиків, а підрядник, у свою чергу, буде змушений наполягати на чіткому

визначенні обсягу робіт та вичерпності підстав для притягнення його до відповідальності.

Джозеф Хьюз наводить достатньо велику кількість конкретних проблем, що можуть виникнути в сторін, які обрали Срібну книгу FIDIC як базису для переговорів. Висвітлені проблеми, не прив'язані до конкретної правової системи, тому можуть мати місце будь-де. Серед них найбільш поширеними, на нашу думку, є:

- Час завершення робіт (Time for Completion). Час завершення робіт слід визначати з огляду на підписання акту прийому-передачі виконаних робіт, а не проходження тестової роботи обладнання чи проведення тестів щодо відповідності матеріалів або надійності конструкцій, споруд. Такий підхід дозволяє узгодити момент завершення робіт по окремим етапам чи контрактом у цілому з іншими формулюваннями, що містяться в договорі.
- Здійснення тестування обладнання (Tests on Completion). Для того, щоб уникнути розбіжностей щодо результатів тестування обладнання, в додатках до EPC-контракту необхідно передбачити чіткий та вичерпний перелік критеріїв і показників, яких слід досягати під час його здійснення (наприклад, крива потужності). Також важливим моментом є те, хто матиме право власності на вироблену продукцію, матеріали або ж, для електростанцій, що використовують ВДЕ, – на вироблену електроенергію. Справа в тому, що не завжди до моменту підписання акта прийому-передачі виконаних робіт право власності (а з ним і ризик пошкодження чи знищення майна) переходить до замовника, що зумовлює виникнення у підрядника законних вимог щодо отримання коштів за вироблену в тестовому режимі електроенергію або товари.
- Дата набуття договором чинності (Commencement Date). Із метою отримання фінансування або відповідних ліцензій сторони можуть домовитися про те, що договір починає діяти не з моменту його підписання, а після настання певної події, наприклад, після підписання замовником кредитного договору для фінансування проекту чи отримання ліцензії на виробництво електроенергії тощо. В такому разі слід також узгодити питання того, що набуття чинності відбудеться після офіційного повідомлення підрядника про те,

що замовник отримав відповідну ліцензію чи кредитну лінію, що підтверджується необхідними документами.

- Період повідомлення про дефекти (Defects Notification Period). EPC-контракт містить вказівку на те, що стандартний період повідомлення про дефекти, який надається замовникові починається з моменту завершення окремої секції робіт або всього проекту в цілому і триває протягом одного року, якщо сторони не домовились про інше. При цьому на практиці буває досить важко визначити, чи вплинув на роботу обладнання дефект, який виник в окремій секції, якщо робота обладнання є взаємопов'язаною. Також певні особливості можуть існувати й з огляду на вимоги національного законодавства. Як приклад, Джозеф Хьюз вказує на норму, що діє у Франції та полягає в тому, що гарантійний період для будівельних робіт та дефектів у цій країні становить 10 років.
- Обладнання підрядника (Contractor's Equipment). У разі, якщо підрядник розуміє, що встановлене обладнання може йому знадобитись для використання на іншому проекті, який він реалізовує паралельно, слід зазначити про це в EPC-контракті. Це пов'язано з тим, що в разі, якщо договірні зобов'язання підрядника не будуть виконані або виконані не повністю, замовник, за наявності відповідних положень у договорі, може скористатися правом накладення арешту на майно підрядника, яке знаходиться на будівельному майданчику замовника, або здійснити його продаж із метою відшкодування завданих збитків. В Україні подібна практика не зустрічається і можлива хіба що у разі добровільної передачі підрядником власного майна під заставу для забезпечення зобов'язань перед замовником.
- Продовження терміну виконання робіт (Extension of Time for Completion). Для підрядника важливо передбачити, що за договором він має право на продовження терміну виконання робіт, про що він має сповістити замовника протягом 28 днів після виявлення відповідних перешкод, а не від моменту їх настання. В свою чергу, замовник у праві погоджуватись із продовженням терміну виконання робіт лише в разі, якщо вони не впливають на критичний шлях виконання проекту. В іншому випадку можна передбачити можливість

здійснення підрядником прискорення виконання відповідних робіт у разі, якщо замовник згоден компенсувати додаткові витрати.

- Коригування договірної ціни в разі зміни законодавства. Для EPC-підрядника необхідною умовою є положення щодо можливості переглянути ціну договору у зв'язку з істотною зміною положень законодавства, які, як наслідок, здорожчують виконання проекту або вимагають виконання робіт, які підрядник виконати не в змозі. Крім цього, можливо передбачити ліміт на витрати підрядника в разі зміни законодавства та його звільнення від виконання частини зобов'язань, якщо законодавчі зміни унеможливлюють виконання положень EPC-контракту повною мірою.

На відміну від вищенаведеного, Джозеф Хьюз радить замовнику за EPC-контрактом звернути увагу на таке. Застосування положень статті 13.7 Срібної книги FIDIC [Коригування у разі зміни законодавства] слід доповнити в Особливій частині EPC-контракту положеннями, що передбачають можливість застосування статті лише в разі, якщо: a) такі законодавчі зміни набули чинності після вступу в силу положень контракту; b) зміни до податкового законодавства слід вважати частиною комерційного ризику, який бере на себе підрядник; c) зміни до законодавства, що бути прийняті під час періоду виконання EPC-контракту, але повинні набути чинності після його виконання згідно із затвердженою Програмою (Programme, т. зв. календарний план), не можуть впливати на ціну контракту.

- Арбітраж. Срібна книга вказує на те, що вибір арбітражу Міжнародної торговельної палати є найбільш бажаним для застосування в умовах контракту. Джозеф Хьюз також погоджується з цією позицією і вважає її найбільш безпечним вибором для сторін. При цьому у випадку, якщо сторони EPC-контракту виберуть іншу арбітражну інстанцію, вона повинна як мінімум мати чітко прописані процедури, зокрема щодо відсторонення арбітрів і перевірки арбітражного рішення. Арбітраж «ad hoc» до застосування не рекомендується.

Починаючи з глави 5 своєї праці Джозеф Хьюз дотримується порядку статей Срібної книги, намагаючись слідувати логіці її побудови. У кожному розділі проводиться порівняння з положеннями інших форм договорів. Ці

порівняння мають на меті, серед іншого, висвітлити альтернативи, що доступні розробникам, та інші підходи до питань, які розглядає Срібна книга, при цьому, автор не здійснює інтенсивного дослідження змісту та форми договорів, що розглядаються для порівняння.

В останньому розділі дослідження розглядаються інтереси замовника та підрядника, які стосуються кожного підпункту Срібної книги. Цей розділ має на меті допомогти розробникам у визначенні потреб та інтересів сторони, а також дає певні пропозиції щодо того, як змінити Срібну книгу відповідно до інтересів, які представляє юрист на переговорах. Автор підкреслює, що перелік обговорюваних питань аж ніяк не є вичерпним. Також дослідник зосередився на вивченні відносин «замовник–підрядник», оминаючи при цьому відносини підрядника із субпідрядниками, підрядника з проектувальником тощо.

Поряд із цим, якісно нове дослідження під назвою «Застосування EPC-контрактів у міжнародних енергетичних проектах» було здійснено Яном Пічою, Алешом Томеком та Гаррі Левітом [152]. В ньому вчені досліджують ключові особливості та наріжні камені, що призводять до виникнення суперечок під час реалізації проектів у сфері енергетики за концепцією EPC. Так, дослідники дійшли висновку, що EPC-контракти найбільше підходять для енергетичних проектів у разі, якщо підрядник чітко розуміється на всіх юридичних аспектах проекту, включаючи справедливий розподіл ризиків.

Ключовими положеннями будь-якого контракту є ті, що впливають на час, вартість і якість виконаних робіт. EPC-контракт не є винятком, однак подібні питання в ньому врегульовані у більш складний спосіб. Це пояснюється також і тим, що Срібна книга була розроблена з урахуванням інтересів кредиторів, а отже, деякі її положення стають предметом суперечок між договірними сторонами, у зв'язку з тим, що підрядники, цілком імовірно, можуть прийняти на себе ризики, які не повністю усвідомлюють або не здатні контролювати. Основними аспектами EPC-контракту, на які слід звернути увагу, на думку дослідників, є:

1. Єдиний центр відповідальності. Положення статей 4.1 та 5 Срібної книги покладають на підрядника відповідальність за проектування, інжиніринг,

будівництво, пусконалагоджувальні роботи, а також тестування обладнання. При цьому підрядникам, що діють на умовах спільного підприємства (ділова угода, при за якої дві або більше сторін погоджуються об’єднати свої ресурси з метою виконання конкретного завдання), слід усвідомлювати, що відповідальність за EPC-контрактом також буде спільною.

2. Тверда ціна договору. Статті 13.1, 14.1 та 20 Срібної книги передбачають украй обмежені опції для підрядника щодо отримання компенсації чи додаткової плати за допоміжні роботи чи понаднормові витрати. Загалом ці опції обмежені лише роботами. Товари, інжиніринг тощо не входять до таких компенсаційних опцій, їх включення необхідно додатково узгоджувати.

3. Фіксована дата завершення. Згідно зі статтями 8.2, 13 та 20 Срібної книги, дата виконання робіт за EPC-контрактом є фіксованою та гарантованою підрядником. Невиконання зобов'язань щодо завершення робіт призведе до необхідності у відшкодуванні заздалегідь оцінених збитків. Однак для того, щоб розмір такого відшкодування був об'єктивним для підрядника, дослідники радять передбачити опцію із залучення кваліфікованої компанії, що буде оцінювати завдані збитки.

Відразу зазначимо, що такий підхід є не досить вдалим, оскільки сама концепція застосування положень щодо «заздалегідь оцінених збитків» (liquidated damages) у такому разі втратить сенс, адже вона покликана не стільки покарати підрядника за невиконання робіт, скільки стимулювати його якомога швидше довиконати передбачені EPC-контрактом роботи задля того, щоб уникнути сплати розміру штрафних санкцій, які виникнуть у разі серйозної затримки. Як було вже зазначено в цьому дослідженні, заздалегідь оцінені збитки узгоджуються сторонами за таким підходом: сплата фіксованої ціни за день, тиждень чи місяць прострочення виконання зобов'язань, але не більше ніж загальна ціна EPC-контракту.

4. Інтелектуальна власність. Підрядник повинен гарантувати, що він має права на застосування всіх необхідних конструкторських рішень, інакше на

нього буде покладено додаткову відповідальність у разі порушення чужих авторських прав.

5. Право на розірвання договору. Положення статей 16.2, 15.2 та 15.5 Срібної книги передбачають досить обмежений перелік підстав для розірвання договору підрядником (неоплата або порушення умов контракту замовником). Натомість замовник має більше додаткових опцій, які пов'язані зокрема з договорами, що укладені з третіми сторонами, наданням або пропозицією надання хабара (неправомірної вигоди) третім особам чи працівникам замовника зі сторони підрядника тощо.

У своєму дослідженні Яно Піча, Алеш Томек та Гаррі Левіт дійшли висновку, що зі збільшенням розміру та складності в характері проектів умови будівельних контрактів також стають дедалі складнішими, що, як наслідок, призводить до збільшення кількості спорів окрім існуючих. Згідно наявних досліджень, попередній досвід підрядника в роботі з EPC-контрактами також є істотною передумовою для успішної реалізації проекту.

Дещо критичне дослідження Срібної книги здійснив юрист, партнер консалтингової фірми Mayer Brown Джонатан Хозі. У своєму дослідженні під назвою «EPC-контракт. Контроль надлишкових витрат у гірничодобувних проектах», автор аналізує EPC-контракт із боку підрядника і надає власне бачення проблем застосування відповідних положень Срібної книги [153].

Перший ризик, який є актуальним як для гірничодобувних проектів, так і для EPC-проектів у сфері ВДЕ, – це непередбачуваність умов здійснення підземних робіт. За словами Джонатана Хозі, проформи FIDIC багато в чому опирались на напрацювання стандартних форм договорів, що обули розроблені Інститутом цивільних інженерів. Так, договори ICE передбачали наявність так званою «критерією передбачуваності», умови якого містяться в пункті 12 Контракту ICE для проектування та будівництва (2021):

«Якщо під час виконання Робіт Підрядник зіткнувся з фізичними умовами (крім погодних умов чи умов, що пов'язані з погодою) або штучними перешкодами, у разі, якщо такі умови (перешкоди), на його думку, не можна

було заздалегідь передбачити контрактом, Підрядник повинен якомога раніше письмово повідомити про це Представника Замовника» [154].

Виявлення непередбачуваних умов надає можливість підряднику надалі продовжити термін виконання робіт або вимагати збільшення вартості договору. Червона та Жовта книга FIDIC (пункт 4.10), притримуються аналогічного підходу. Отже, Джонатан Хозі наголошує, що розподіл ризиків за наведеним прикладом передбачає покладення відповідальності за непередбачувані умови здійснення підземних робіт на замовника.

Однак Срібна книга врегульовує це питання інакше. Ще на етапі здійснення тендеру замовник має обов'язок із надання всієї необхідної інформації підрядникам, які в свою чергу здійснюють її перевірку чи інтерпретацію. При цьому замовник не несе відповідальності за повноту чи достовірність такої інформації. Згідно з підпунктом (c) пункту 4.12. Срібної книги FIDIC, ризик непередбачуваності умов здійснення підземних робіт повністю покладено на підрядника: «Договірна ціна не підлягає коригування у разі настання непередбачуваних труднощів чи витрат».

У зв’язку з цим Джонатан Хозі вважає, що при підписанні EPC-контракту сторонам слід звернутись до положень Червоної або Жовтої книги і перекласти ризик непередбачуваності умов здійснення підземних робіт на замовника.

З такою пропозицією важко погодитись, адже вона, по-перше, порушує Золоті принципи FIDIC, які не рекомендують змінювати баланс ризиків, що передбачені в Загальних умовах (Золотий принцип №3), а по-друге, такий підхід різниться з концепцією EPC-будівництва, за якою підрядник закладає в договірну ціну настання всіх імовірних ризиків, що дозволяє йому брати на себе зобов’язання, які є значно ширшими, за перелік, що передбачений у класичних будівельних контрактах.

Ще одним спостереженням Джонатана Хозі є те, що обмеження відповідальності (Limitations of liability) за EPC-контрактом також є важливою складовою переговорного процесу, адже це положення діє на користь замовника і підрядники намагаються домовитись про встановлення ліміту відповідальності на рівні 50% і нижче від ціни контракту, хоча стандартні

положення вказують на 100% від такої ціни. Домовленості щодо цього не порушують жодних Золотих принципів FIDIC, адже Срібна книга вказує на можливість установлення ліміту відповідальності у розмірі «до» 100% від ціни договору.

Також, розглядаючи питання збільшення часу на виконання робіт (Time for Completion), автор звертає увагу на невичерпність переліку підстав для продовження виконання робіт, що містяться в Срібній книзі. Так, підпунктом (b) пункту 8.4. передбачено:

«Підрядник має право згідно з пунктом 20.1 [Претензії Підрядника] на продовження строку завершення робіт тією мірою, в якій виконання цілей пункту 10.1 [Приймання частини робіт або робіт у цілому] затримується або буде затримано у зв'язку з настанням:

(b) причини затримки, що передбачена будь-яким пунктом цих (Загальних) Умов, або…»

Отже, автор зауважує, що з метою виявлення переліку причин для продовження строку завершення робіт необхідно враховувати всі відповідні пункти, що містить Срібна книга. Прикладом може слугувати пункт 4.24 [Копалини]:

«Усі скам'янілості, монети, цінні предмети чи предмети старовини, а також споруди та інші останки чи об'єкти, що становлять геологічний чи археологічний інтерес, знайдені на Будівельному майданчику, повинні бути передані під нагляд Замовника.

Замовник повинен надати вказівки щодо поводження з подібними предметами. У разі, якщо Підрядник нестиме додаткові витрати або буде вимушений зупинити виконання робіт у зв'язку з виконанням інструкцій Замовника, він має право згідно з пунктом 20.1 [Претензії Підрядника] на:

(a) продовження часу виконання робіт, якщо їх виконання буде відкладено, згідно з пунктом 8.4., та

(b) оплату додаткових витрат, вартість яких має бути доданою до договірної ціни.

У разі отримання Замовником відповідного повідомлення від Підрядника, він повинен діяти відповідно до пункту 3.5 [Узгодження] для вирішення питань, що виникають у зв'язку з цим пунктом.»

Як влучно зазначає Джонатан Хозі, подібні положення EPC-контракту не спонукають підрядника вживати заходів з уникнення чи пом'якшення наслідків затримок, а навпаки, мотивують його до того, щоб створювати подібні труднощі задля уникнення відповідальності за несвоєчасне виконання робіт у цілому.

Також Джонатан Хозі у своєму дослідженні звертає увагу на справу Obrascon Huarte Lain SA проти Уряду Гібралтару, що слухалась у Суді Гібралтару, а потім була передана, за згодою сторін, до Суду з питань технологій і будівництва Англії та Уельсу [155]. Спір між сторонами виник у зв'язку з невиконанням договору на будівництво тунелю компанією Obrascon Huarte Lain SA, яка вийшла за межі передбаченого календарного плану. Договір на будівництво було укладено на основі Жовтої книги FIDIC.

Цей судовий процес привернув увагу юристів, зокрема через тлумачення судом пункту 8.4 відповідного договору (переклад вище), який є ідентичним як для Жовтої, так і для Червоної та Срібної книг FIDIC.

Суддя звернув увагу на формулювання «затримується або буде затримано» і зазначив, що «подія або обставини, які є підставою для позову» можуть виникнути або тоді, коли стало зрозуміло, що затримка виникне (передбачувана затримка), або коли підстави для затримки лише почали виникати (ретроспективна затримка). Отже, подібне тлумачення узаконює дії підрядника, щодо повідомлення про продовження строку проведення робіт не з моменту, коли йому стало відомо про ймовірність виникнення цих обставин, а з моменту, коли вони фактично настали. Підхід судді, з яким не можна не погодитись, містить таке пояснення: «Положення пункту 8.4. *не прописані таким чином*: «Підрядник має право згідно з пунктом 20.1 [Претензії Підрядника] на продовження строку завершення робіт тією мірою, в якій виконання цілей пункту 10.1 [Приймання частини робіт або робіт у цілому] затримується або

буде затримано *залежно від того, що відбудеться раніше*, у зв'язку з настанням:…».

Як зазначає Джонатан Хозі, рішення по справі Obrascon Huarte Lain SA проти Уряду Гібралтару – це рішення прийняте згідно з англійським законодавством і воно застосовує принципи англійського загального права. Не обов'язково слідувати подібному рішенню в інших юрисдикціях.

Ще однією зі складових, яка якісно відрізняє EPC-контракт від інших видів договорів будівельного підряду, є його інвестиційна привабливість (bankability) для банків та фінансових інституцій. Партнер юридичної фірми DLA Piper, Деміан Макнейр, розглядає явище інвестиційної привабливості (bankability) EPC-контрактів через наявність у тексті угоди розподілу ризиків між підрядником і замовником, який задовольняє інтереси кредиторів. Як зазначає дослідник, кредитори звертають увагу на відсутність договірних положень, що не дають право підряднику вимагати компенсації додаткових витрат на реалізацію проекту, продовження терміну будівництва та наявність достатніх гарантій для виконання зобов'язань. Чим більше банківські установи задоволені наявністю згаданих положень – тим більший обсяг фінансування вони готові надати. Безумовно, ціна EPC-контракту також грає важливу роль, але вона розглядається окремо від його інвестиційної привабливості, оскільки безпосередньо пов'язана з прибутковістю проекту в цілому [156].

Оцінюючи інвестиційну привабливість, кредитори розглядають низку факторів й оцінюють договір загалом. Отже, ізольовано важко стверджувати, чи є той або інший підхід інвестиційно привабливим чи ні. Однак, як правило, кредитори вимагатимуть наступного:

- чіткої дати завершення проекту;
- твердої ціни контракту;
- відсутності або обмеженості технологічних ризиків;
- гарантованих обсягів відпуску електроенергії, готової продукції тощо;
- наявності заздалегідь оцінених збитків, як за затримку, так і за невиконання робіт;
- наявності гарантій від підрядника чи його материнської компанії;

- наявність високого ліміту відповідальності для підрядника;
- обмеження підрядника в можливості вимагати продовження терміну для виконання робіт чи покриття додаткових витрат.

Те, що Срібна книга FIDIC містить всі вищеперелічені вимоги, які задовольняють інтереси кредиторів, робить її настільки привабливою для реалізації великомасштабних енергетичних чи інфраструктурних проектів.

Проблематиці укладання та виконання EPC-контрактів у пострадянських державах у науковій літературі присвячено досить незначну кількість досліджень. Здебільшого вони стосуються загального огляду практики застосування положень договорів FIDIC в окремо взятій юрисдикції. Такі дослідження часто зумовлювались намаганнями окремих держав перейти до застосування будівельних норм, що ідентичні за змістом Єврокодам (Казахстан) або ж просто були спрямовані на імплементацію норм, розроблених FIDIC (Україна).

Серед особливостей, що якісно вирізняють практику укладення EPC-контрактів у пострадянських країнах від західного світу, є, насамперед, наявність високої ймовірності настання політичних ризиків, таких як: війна, зміна політичного режиму, збройна агресія, масові заворушення тощо. Збройна агресія російської федерації проти України є яскравим і, на жаль, трагічним підтвердженням цьому.

Повномасштабне вторгнення російської федерації на територію України змусило інвесторів переглянути систему управління ризиками. Це стосується і будівельної галузі, яка значною мірою постраждала від бойових дій. Багато проектів будівництва за моделлю EPC було призупинено, деякі взагалі згорнулись. Однак характер ведення бойових дій, на думку експертів та світових лідерів, буде затяжним, що змушує бізнес шукати новітні способи та механізми не лише для захисту існуючих проектів, але й для потенційного збереження перспективи відновлення проектів у майбутньому.

Аналізуючи практику укладення контрактів за проформами FIDIC у Республіці Казахстан, Ержан Есимханов зауважує, що застосування проформ FIDIC у Казахстані має цілу низку особливостей та специфічних рис, які мають

братися до уваги для того, щоб позитивний ефект від застосування таких форм міг проявитися належним чином. Деякі з цих специфічних рис пов'язані з особливостями функціонування казахстанського законодавства, інші, навпаки, з тим, що в Казахстані відповідної практики та нормативної бази поки що не утворилось [157].

Науковець перераховує деякі практичні питання застосування EPC-контрактів у Казахстані, зауважуючи, що перелік цих питань може бути набагато ширшим.

Форми FIDIC містять величезну кількість посилань до термінів «розумність», «обґрунтованість» та «прийнятність». Аналізуючи ці форми, часто можна побачити норми з приводу того, що виконавець має діяти «як розумний Виконавець, беручи до уваги найкращі інтереси Замовника». Аналогічно, і замовник має «демонструвати розумну/обґрунтовану поведінку».

Наявність подібних норм пояснюється тим, що навколо будь-якої стандартної форми FIDIC уже склалася сукупність звичаїв, що допомагає її застосовувати. І тому норми щодо «розумної поведінки», які в Казахстані, і не лише, виглядають простою декларацією, у більшості європейських країн мають цілком конкретний зміст. На відміну від країн Заходу, у Казахстані сторони договору вкладатимуть у такі норми свої значення, які часто кардинально відрізняються не лише одне від одного, але й від тлумачення, яке буде застосовано компетентним судом.

Однак взагалі видаляти або виправляти такі норми, використовуючи EPC-контракти в Казахстані, дослідник не рекомендує. Застосування цих норм залежить від того, якою саме судовою інстанцією розглядатимуться суперечки за договором. У разі якщо відповідний EPC-контракт, як це буває найчастіше, укладається між замовником та виконавцем, що зареєстровані в різних державах, і тому віддають перевагу переданню відповідної суперечки на розгляд до міжнародного арбітражного суду, є обґрунтована підстава перевірити, чи має судова інстанція відповідний досвід з розгляду справ, щодо спорів за контрактами FIDIC. Це дозволить сторонам оцінити якість тлумачення норм контракту і надасть їм впевненості в тому, що їх розуміння

договірних положень не буде йти в розріз тлумаченням суду. Зрозуміло, у разі використання арбітражу ad hoc це питання має менше значення, однак і у арбітрів, що призначаються рішенням сторін, може бути цілком конкретне бачення тих чи інших питань за договором.

Також рекомендується врегулювати питання узгодження проектної документації в разі застосування EPC-контракту у Казахстані. Це допоможе уникнути таких проблем, як, наприклад, неправильна оцінка виконавцем тимчасових рамок, що необхідні для завершення проекту – в разі, якщо за узгодження відповідає виконавець. Якщо ж за погодження відповідає замовник – необхідно детально визначити, які саме документи та в які терміни мають бути надані виконавцем для отримання погодження.

Ержан Есимханов у своєму дослідженні порушує досить цікаве питання, що стосується структури договору у разі застосуванні EPC-контракту в Казахстані – чи має сенс використовувати в цій країні складну двокомпонентну структуру договору? Причин, через які така структура не може бути застосована в Казахстані, немає. На практиці для спрощення договору багато хто воліє об'єднувати загальну та особливу частини шляхом перенесення положень особливої частини у загальну та включення їх до складу відповідних статей. Однак у цьому випадку, як і в разі будь-якої зміни початкової форми EPC-контракту, слід бути обережними, враховуючи те, що судова інстанція, що буде розглядати суперечку, орієнтуватиметься на стандартні положення FIDIC та, ймовірно, братиме до уваги підходи до їх тлумачення іншими інстанціями, у зв’язку з чим неуважність та відсутність техніко-юридичних правок можуть зіграти злий жарт зі сторонами контракту, що може призвести до неможливості його виконання.

Інший казахстанський науковець Камал Сабіров виокремлює ряд проблемних питань із якими можуть мати справу сторони, що укладають контракт за проформою FIDIC у Казахстані [158]:

1) проформи FIDIC не враховують такі важливі для роботи в Казахстані аспекти, як валютний контроль та низка податкових питань, а також отримання сертифікату резидентства тощо;

2) проформи FIDIC, зокрема й EPC-контракт, передбачають встановлення твердої ціни на весь обсяг робіт, що передбачений контрактом. Однак згідно з пункту 1 статті 654 Цивільного Кодексу Республіки Казахстан: «Підрядник зобов'язаний здійснювати будівництво та пов'язані з цим роботи відповідно до проектної документації, що визначає обсяг та зміст робіт, а також відповідно до кошторису, що визначає ціну робіт». При цьому сама проектно-кошторисна документація відіграє настільки важливу роль, що іноді розглядається як передумова для укладання договору будівельного підряду. Однак враховуючи, що проектно-кошторисна документація підлягає державній експертизі, можуть виникнути ситуації, за яких державна експертиза «схвалить» вартість робіт у розмірі, нижчому, ніж той, за яким сторони в цілому дійшли згоди в процесі переговорів чи в результаті тендеру;

3) контракти FIDIC включають окремі положення англійського права, зокрема таке поняття як «indemnity» (гарантія компенсації збитків), за якою одна сторона зобов'язується компенсувати певні збитки, понесені іншою стороною, навіть якщо вона не була причиною цих збитків. У законодавстві Республіки Казахстан, за винятком страхових випадків, подібне в комерційних контрактах не передбачається. Більше того, стаття 350 Цивільного кодексу Республіки Казахстан вказує, що боржник, який порушив зобов'язання, повинен відшкодувати кредитору спричинені порушенням збитки, а укладену до порушення зобов'язання угоду сторін про звільнення боржника від відшкодування збитків, спричинених таким порушенням, потрібно вважати недійсною, адже застосовується принцип особистої відповідальності;

4) структура більшості контрактів FIDIC є двокомпонентною. Такий підхід складання комерційних контрактів незвичний для більшості учасників будівельного ринку в Казахстані та може призвести до плутанини;

5) форми FIDIC передбачають особливі процедури вирішення спорів. Деякі, такі як арбітраж, уже знайомі казахстанській юридичній практиці, інші не мають аналогів у вітчизняній правовій системі. Наприклад, проформи FIDIC дозволяють використання процедури Adjudication (англ. «розгляд спору»), яка є процедурою «передачі спору на розгляд третьої особи (однієї особи або

декількох осіб) для вирішення по суті». У ролі «третьої особи» виступають загальновизнані фахівці в галузі будівельної індустрії, які обираються за угодою сторін контракту.

Камал Сабіров зауважує, що, як правило, адаптація проформ FIDIC відбувається шляхом банального вилучення з тексту контрактів, будь-яких положень, які можуть суперечити імперативним нормам законодавства. Подібна практика застосовується не лише в Казахстані, але й в інших країнах, чиє законодавство істотно відрізняється від європейських норм в галузі будівництва.

Однак просте вилучення положень із текстів проформ FIDIC, не дозволяє повною мірою уникнути проблем та протиріч казахстанського будівельного законодавства у порівнянні з міжнародними нормами. На думку дослідника, іноземні інвестори та будівельні компанії продовжуватимуть стикатися з проблемами та непорозуміннями. Камал Сабіров для вирішення порушених питань у казахстанському законодавстві пропонує [158]:

1. Усунути імперативну вимогу законодавства щодо здійснення робіт на основі кошторисної документації. На сьогоднішній день більшість спорів, що виникають за договором будівельного підряду, включає розбіжності між підрядником і замовником, що пов'язані з питанням визначення ціни будівельних робіт, що підлягають оплаті. Існуючі вимоги не відповідають світовій практиці застосування EPC-контрактів. Проте автор уважає за доцільне залишити вимоги про експертизу, що стосуються будівництва об'єктів, які фінансуються з бюджету, оскільки це гарантує контроль за витратою бюджетних коштів;

2. Вирішити проблему обмеження відповідальності підрядника (заздалегідь оцінені збитки). Моделі EPC-контрактів FIDIC передбачають можливість встановлення заздалегідь оцінених збитків, однак казахстанське право дозволяє виключення непрямих збитків, але забороняє виключення відповідальності щодо реальних збитків. Змінити ці норми можна в рамках імплементації англійського права, зокрема, шляхом включення до норм

національного законодавства такого поняття, як «indemnity» (гарантія компенсації збитків);

3. Усунути інші протиріччя, які можуть спричинити складнощі під час використання форм контрактів FIDIC (процедури розгляду спору, імплементувати окремі положення англійського права тощо).

Камал Сабіров у своєму дослідженні дійшов висновку з приводу того, що укладення сторонами неадаптованого чи погано адаптованого типового договору може спричинити труднощі у разі виникнення суперечок, і навіть визнання всього договору недійсним. Отже, проведений аналіз показав, що на даний час у будівельній галузі Казахстану існують великі перспективи для використання проформ контрактів FIDIC. Автор сподівається, що в найближчому майбутньому використання EPC-контрактів має стати повсюдним.

Ще одна дослідниця проблематики застосування проформ FIDIC у Казахстані – Ардак Ідаятова, вивчаючи досвід застосування Червоної книги FIDIC (яка в багатьох положеннях є ідентичною до Срібної книги), звернула увагу, зокрема, на таке [159]:

Залучення технічного та авторського нагляду. За казахстанським законодавством, замовник зобов'язаний забезпечити будівництво об'єкта супроводом з технічного та авторського наглядів (підпункт 3 пункту 2 статті 34-2 Закону Республіки Казахстан «Про архітектуру»). Технічний нагляд – це нагляд за будівництвом на всіх стадіях реалізації проекту, включаючи якість, терміни, вартість та приймання виконаних робіт, а також здачу об'єктів в експлуатацію (пункт 59 статті 1 Закону Республіки Казахстан «Про архітектуру»). Авторський нагляд є наглядом розробника проектної документації за відповідністю будівельних робіт вимогам такої проектної документації. У проформах FIDIC відсутні будь-які положення про технічний або авторський нагляд. Відповідно, для адаптації стандартних форм контрактів FIDIC до казахстанського законодавства, необхідно приділити увагу питанням імплементації положень про порядок здійснення технічного нагляду та авторського нагляду, а також питанням взаємодії та координації дій підрядника,

інженера та виконавців авторського та технічного наглядів на будівельному майданчику.

Прийом-передача робіт. Пункти 10 Червоної та Срібної книг FIDIC присвячені питанням приймання-передачі виконаних робіт. Вказана стаття не містить особливостей приймання будівельних об'єктів, установлених Законом Республіки Казахстан «Про архітектуру», у зв'язку з чим, під час погодження Особливих умов, Ардак Ідаятова рекомендує врахувати такі імперативні норми казахстанського законодавства:

1) приймання та введення в експлуатацію побудованого об'єкта проводяться замовником за умови його повної готовності;

2) приймання робіт здійснюється замовником за наявності відповідних висновків авторського та технічного нагляду, а також декларації підрядника про відповідність. Слід звернути увагу на положення пункту 10.1 Червоної та Срібної книг FIDIC, який передбачає, що за певних обставин – наприклад, ухилення замовника від приймання робіт – виконані роботи вважатимуться прийнятими замовником, а акт приймання-передачі підписаний сторонами. На думку дослідниці, це може виявитися нездійсненним на практиці. Зокрема, згідно із Законом Республіки Казахстан «Про архітектуру», введення збудованого об'єкта в експлуатацію оформлюється актом, який підписується замовником, підрядником та особами, які здійснюють технічний та авторський нагляди. Підписаний акт приймання надалі є підставою для внесення до кадастру відомостей про побудований об'єкт і є правовстановлюючим документом на нього. У зв’язку з чим, визнання будівництва завершеним без підписаного сторонами акту приймання-передачі побудованого об'єкта є неможливим. Крім того, згідно пункту 4 статті 663 Цивільного кодексу Республіки Казахстан, односторонній акт приймання результатів робіт може бути визнаний дійсним лише у судовому порядку.

Особа інженера-консультанта. Особа інженера-консультанта в проформах FIDIC є ключовою. Інженер-консультант представляє замовника на будівельному майданчику та уповноважений розв’язувати розбіжності, а також приймати рішення щодо претензій підрядника та замовника один до одного.

Для казахстанської практики роль інженера-консультанта залишається малозрозумілою. Якщо функція інженера-консультанта з представництва інтересів замовника на будівельному майданчику в цілому відповідає функціям інжинірингової компанії, і у цій частині особливих питань виникати не повинно, однак в тій частині, де інженер, по суті, вирішує суперечки між сторонами, виникає багато труднощів.

За загальним правилом, інженер-консультант має бути нейтральним і не повинен діяти на користь замовника. Однак практика застосування підходу до забезпечення нейтральності інженера є складним завданням. Значна частина суперечок, які супроводжувала юридична фірма AEQUITAS, у якій працює Ардак Ідаятова, найчастіше зводиться до заперечування підрядником рішень інженера-консультанта та звинувачення останнього в упередженості. Якщо для західної практики подвійність функцій інженера-консультанта не викликає питань і є допустимою, то в Казахстані вказана концепція викликає настороженість і недовіру до можливості забезпечення належної нейтральності [159].

Вбачається, що проблеми, з якими зіткнулися казахстанські юристи під час укладення та виконання EPC-контрактів за проформами FIDIC, цілком можуть мати місце і в Україні. Це зумовлено схожістю підходів до правового регулювання будівельної галузі і виявляється в ідентичності проблематики адаптації контрактів FIDIC, що була розглянута в другому розділі цього дослідження: відсутність законодавчого закріплення можливості обмеження відповідальності за договором, проблематика тлумачення формулювань, що поширені в англійському праві, розбіжність імперативних норм національного законодавства та положень контрактів FIDIC тощо.

Литовський учений Римантас Дауйотас у своєму дослідженні, присвяченому вивченню особливостей будівельних арбітражів у країнах Балтії (Литва, Латвія, Естонія), також звертає увагу на те, що використання типових контрактів Міжнародної федерації інженерів-консультантів набуло широкого поширення в Литві. При цьому дослідник виокремлює їх особливості, яка полягає в тому, що за контрактами FIDIC, виконання договору не повинно

припинятись, у разі передачі спору до суду, для забезпечення стабільності поставок обладнання та зменшення розміру збитків, які можуть понести обидві сторони угоди [160].

Наведений вище підхід враховує недоліки стандартної практики розгляду спорів, за якими сторони зупиняють виконання зобов'язань за договором в цілому, що негативно впливає як на ділову репутацію, так і на можливість реалізації будівельного проекту зокрема.

Отже, можна дійти висновку, що під час реалізації проектів із капітального будівництва за EPC-контрактами в пострадянських країнах, договірним сторонам слід враховувати настання не лише контрольованих ризиків: затримка в отриманні містобудівної документації, невчасна поставка комплектуючих та матеріалів, неналежна якість виконаних робіт, слід також звернути увагу на настання неконтрольованих ризиків, які часто мають політичний характер, зокрема: збройна агресія, війна, зміна політичного режиму, введення міжнародних санкцій тощо.

Саме зараз неконтрольовані ризики відіграють значну роль у гальмуванні розвитку будівельної галузі в Україні. Так, зокрема Торгово-промисловою платою України 28.02.2022 року було видано універсальний сертифікат, який засвідчує настання обставин непереборної сили – військову агресію російської федерації проти України, що стало підставою введення воєнного стану із 05 години 30 хвилин 24 лютого 2022 року [161]. Цей документ уможливив зняття відповідальності з договірних сторін за невиконання умов EPC-контрактів по всій території України. Однак говорити про повну зупинку галузі ще зарано. На підконтрольних територіях, проекти будівництва електростанцій з відновлювальних джерел, що за нашими даними частково реалізуються за концепцією EPC іноземними підрядниками, продовжують будівництво. Прикладом цього може бути проект Тилігульської ВЕС, що розташована у Миколаївській області, на території якої відбуваються активні бойові дії. Такого висновку можна дійти, проаналізувавши рішення національного Регулятора, від 14.06.2022 року про збільшення встановленої потужності

вітроелектростанції до 36 МВт [162] та відповідні повідомлення у ЗМІ щодо завершення будівництва першої черги електростанції [163].

Інша ситуація виникла на теренах Республіки Білорусь та російської федерації, де під впливом санкційного тиску проекти будівництва за концепцією EPC іноземними підрядниками призупиняються або повністю згортаються. Прикладом такого проекту є будівництва LNG-установки «Арктик СПГ 2» від участі в реалізації якого відмовилася французька Technip Energies, слідом за італійською Maire Tecnimont, яка також перестала приймати участь реалізації EPC-проектів у росії [164].

Про зупинку EPC-проектів в Білорусі майже нічого не відомо, ймовірно, через наявність високого рівня політичної цензури в країні.

Отже, найбільш стабільною та передбачуваною виглядає ситуація в Казахстані, де EPC-проекти не перебувають під такою високою загрозою, а політична автократія в країні не передбачає різкої зміни влади та гарантує політичну стабільність. Також показником цього є значна зацікавленість серед казахстанських науковців та достатня кількість правових досліджень застосування EPC-контрактів за проформами FIDIC, які були проаналізовані в цьому дослідженні.

Узагальнюючи вищенаведене, можна дійти висновку, що належна правова адаптація Срібної книги FIDIC до законодавства відповідної пострадянської країни є необхідною, однак не достатньою, умовою для уникнення ризиків пов’язаних з неможливістю або неналежним виконанням EPC-контрактів. Правникам слід звернути увагу не лише на форму основного договору (Contractual Agreement не містить істотних умов); дозволи та погодження; термінологію при перекладі на українську мову (works, employer, site); формулювання з англійського права (такі як «прийнятність», «розумність», «обґрунтованість»); арбітражне застереження; застосовну мову (договору, документації, листування); порядок прийняття об’єкта в експлуатацію, але й на можливість страхування настання т. зв. політичних ризиків. Такий підхід уможливлює покриття частини збитків (будемо відверті, страхові компанії, як правило, не зможуть відшкодувати весь розмір завданої шкоди у великих EPC-

проектах), що були завдані інвесторам у зв'язку зі збройною агресією чи накладенням санкцій третіми країнами, що унеможливлює реалізацію того чи іншого проекту [165].

Також убачається певна різниця підходів до вивчення EPC-контрактів західними науковцями та вченими з пострадянських країн. Можна помітити, що перші досить критично ставляться до проформ FIDIC та зосереджені на їх вдосконаленні або належному тлумаченні, другі – сприймають контракт FIDIC як чисту монету і вивчають проблеми їх належної адаптації до вимог національного законодавства, часто оминаючи необхідність у критичному ставленні до контрактних положень. Безумовно, з розвитком наукового інтересу до EPC-контрактів, вітчизняна наукова спільнота все більше наближується до необхідності належного тлумачення проформ FIDIC, однак для цього необхідно буде розвинути належну правову базу, яка дозволить уникнути перепон, що наразі існують.

3.2. Шляхи вдосконалення правового регулювання укладання та виконання EPC-контрактів для потреб відновлювальної енергетики

Вагомою перевагою EPC-контрактів перед національними договірними моделями, що передбачені вітчизняним господарським законодавством, на думку зарубіжних інвесторів, є спрямованість зазначених проформ на побудову якісної системи управління інвестиційно-будівельним проектом, зокрема і в сфері ВДЕ.

Наразі особливо гостро відчувається потреба у реформуванні будівельної галузі у зв'язку зі збройною агресією російської федерації проти України, що почалась 24 лютого 2022 року. Пов'язано це в першу чергу з тим, що низка західних країн погодилася фінансувати і підтримувати відбудову міст та цілих регіонів після перемоги над загарбниками. Для того, щоб процес відбудови був зрозумілим та прозорим, законодавство у сфері будівництва потрібно буде максимально наблизити до стандартів ЄС, враховуючи провідну бізнес-практику. Однією з важливих складових подібного реформування є, зокрема,

внесення змін до національного законодавства задля уможливлення укладення EPC-контрактів, без необхідності в їх суттєвій адаптації, вдосконалення стандартів будівельної галузі в Україні (остаточна заміна ДБН на сучасні Єврокоди), підтримка саморегуляції будівельної галузі, заохочення до розробки власних стандартів, відповідно до найкращих європейських практик [166].

Доцыльно зазначити, що з 2013 року в Україні імплементовані Єврокоди з національними додатками, які діють паралельно з чинними ДБН, однак жодної споруди не було запроектовано чи побудовано у відповідності до будівельних нормативних документів, що діють на території країн Євросоюзу по сьогоднішній день. Як зазначають експерти, наявні норми ДБН та стандарти, що діють у країні-агресорі, є однаковими, і це є вкрай недопустимим [167].

Діджиталізація сфери містобудування, що сприятиме максимальній автоматизації процесів та мінімізації «людського чинника» у сфері отримання дозвільної документації, також допоможе спростити бюрократичні процедури та надасть можливість учасникам будівельних відносин уникати ризиків затримки реалізації проектів будівництва об’єктів ВДЕ за EPC-контрактами.

Наприкінці минулого року було прийнято Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо реформування сфери містобудівної діяльності» від 13 грудня 2022 року N 2851-IX [168], що спрямований на здійснення комплексних змін у сфері містобудування.

Згідно з пояснювальною запискою до вищезгаданого закону, коли він перебував у статусі законопроекту, дозвільну діяльність у сфері будівництва експерти та правоохоронці вважають основним джерелом корупції в будівельній галузі, оскільки на стадії надання документів, що дають право на виконання підготовчих та будівельних робіт, прийняття в експлуатацію закінчених будівництвом об’єктів фіксується найбільша кількість зловживань та порушень. Система державного архітектурно-будівельного контролю в Україні є і залишається однією з найкорумпованіших, потребує повного перезавантаження та проведення реформи, яку ініціював Президент України [169].

На думку законотворців, важливим аспектом реформування містобудівної сфери є:

побудова прозорої ефективної системи управління, поетапне послаблення механізмів державного управління, як невід'ємної умови для забезпечення стійкого соціально-економічного зростання;

побудова якісної системи державного містобудівного контролю і нагляду, залучення юридичних осіб приватного сектора економіки до здійснення містобудівного контролю та їхнього функціонального поєднання.

До основних положень закону, які можуть суттєво вплинути на практику укладення EPC-контрактів належать:

1) удосконалення питань, пов'язаних з розробкою проектної документації на будівництво об'єкта та її експертизою. Зокрема:

врегулювання питання внесення проектної документації на будівництва об'єкта та відомостей про неї до Реєстру будівельної діяльності Єдиної державної електронної системи у сфері будівництва;

запровадження перевірки проектної документації на будівництво об'єкта та відомостей про неї на їх повноту, відповідність формату, логічність та достовірність автоматично, програмними засобами Єдиної державної електронної системи у сфері будівництва;

розширення переліку інформації, яка перевіряється під час експертизи проектної документації на будівництво об'єкта (наприклад, додатково буде перевірятися відповідність намірів забудови цільовому призначенню земельної ділянки; наявність/відсутність у об'єкта статусу пам'ятки культурної спадщини або щойно виявленого об'єкта культурної спадщини);

2) запровадження державної реєстрації у сфері містобудівної діяльності (права на виконання підготовчих та будівельних робіт, зміни у відомостях про таке право, зупинення, поновлення, припинення права на виконання підготовчих та будівельних робіт, завершення підготовчих робіт з демонтажу (знесення) об'єкта нерухомого майна (будинку, будівлі, споруди), прийняття в експлуатацію закінчених будівництвом об'єктів) шляхом внесення про це запису до Реєстру будівельної діяльності автоматично програмними засобами

електронної системи чи державним реєстратором у сфері містобудівної діяльності. При цьому значно розширюється перелік адміністративних послуг, пов'язаний з отриманням права на виконання підготовчих та будівельних робіт та прийняття в експлуатацію закінчених будівництвом об'єктів, які надаються автоматично з використанням електронної системи. Одночасно скасовується отримання документів дозвільного характеру для отримання права на будівництво та прийняття в експлуатацію закінчених будівництвом об'єктів;

3) покладення повноважень з державної реєстрації у сфері містобудівної діяльності на державних реєстраторів у сфері містобудівної діяльності:

нотаріусів;

посадових осіб виконавчого органу сільської, селищної або міської ради, Київської, Севастопольської міської, районної, районної у містах Києві та Севастополі державної адміністрації, на яких покладено повноваження державного реєстратора речових прав на нерухоме майно;

посадових осіб центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику з питань містобудівного контролю – щодо об'єктів, на які поширюється дія Закону України «Про державну таємницю», а також щодо реєстраційних дій, з яких прийнято рішення за наслідками адміністративного оскарження;

4) розмежування повноважень органів містобудівного контролю та містобудівного нагляду, зокрема органами з містобудівного контролю будуть:

центральний орган виконавчої влади, що реалізує державну політику з питань містобудівного контролю. Здійснюватиме містобудівний контроль щодо вичерпного переліку об'єктів, що за класом наслідків (відповідальності) належать до об'єктів з значними (СС3) наслідками (підвісні залізниці, злітно-посадкові смуги, мости, естакади, шляхопроводи, тунелі та метро та ін.); об'єктів, на інформацію щодо яких поширюється дія Закону України «Про державну таємницю»; об'єктів, замовниками будівництва яких є державні органи, органи місцевого самоврядування; пам'яток культурної спадщини національного значення, занесених до Державного реєстру нерухомих пам'яток України;

виконавчі органи сільських, селищних, міських рад. Здійснюватимуть містобудівний контроль щодо об'єктів самочинного будівництва; об’єктів, що за класом наслідків (відповідальності) належать до об’єктів з незначними (СС1), середніми (СС2) та значними (СС3) наслідками (крім об’єктів, містобудівний контроль щодо яких здійснюється центральним органом виконавчої влади, що реалізує державну політику з питань містобудівного контролю) - у разі якщо замовником будівництва обрано органом з містобудівного контролю відповідний виконавчий орган сільської, селищної, міської ради;

уповноважені особи з містобудівного контролю. Здійснюватимуть містобудівний контроль щодо об’єктів, що за класом наслідків (відповідальності) належать до об’єктів з незначними (СС1), середніми (СС2) та значними (СС3) наслідками (крім об’єктів, містобудівний контроль щодо яких здійснюватиметься вищезазначеними органами) – у разі якщо замовником будівництва обрано органом містобудівного контролю відповідну уповноважену особу з містобудівного контролю. Уповноважені особи з містобудівного контролю підлягатимуть реєстрації та обов’язковому страхуванню цивільно-правової відповідальності.

Новизною закону є застосування принципу альтернативності вибору, за яким замовник будівництва щодо низки об’єктів будівництва вправі сам обирати орган з містобудівного контролю.

Об’єктами нагляду будуть центральний орган виконавчої влади, який реалізує державну політику з питань містобудівного контролю, уповноважені особи з містобудівного контролю, виконавчі органи сільських, селищних, міських рад з питань містобудівного контролю, уповноважені органи містобудування та архітектури, експертні організації, саморегулівні організації у сфері архітектурної діяльності, виконавці окремих видів робіт (послуг), пов'язаних із створенням об'єктів архітектури.

Також, закон визначає права та обов’язки основних учасників будівництва (замовників будівництва; осіб, які здійснюють авторський та технічний нагляд; експертних організацій, які здійснюють експертизу проектної

документації на будівництво об’єкта; інженерів-консультантів, органів з містобудівного контролю);

Неймовірно важливою для належного укладення EPC-контрактів є новела, яка полягає в доповненні Закону України «Про регулювання містобудівної діяльності» статтею 61 під назвою «Інженер-консультант»:

«Стаття 64. Інженер-консультант

1. За рішенням замовника на всіх етапах реалізації проекту за договором про надання інженерно-консультаційних послуг у будівництві може залучатися інженер-консультант.

2. Примірна форма договору про надання інженерно-консультаційних послуг у будівництві затверджуються центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну політику у сфері будівництва, архітектури, містобудування.

3. Інженер-консультант повинен мати у своєму складі осіб, які отримали в органі з сертифікації персоналу, акредитованому у відповідній сфері згідно із законом, сертифікат за професією «інженер-консультант (будівництво)» та мають право виконувати роботи (послуги), визначені кваліфікаційними вимогами для відповідної або нижчої кваліфікаційної категорії працівників.

У разі надання інженерно-консультаційних послуг фізичною особою-підприємцем така особа може мати такий сертифікат особисто або залучати відповідних найманих працівників.

4. Інженер-консультант:

1) представляє інтереси замовника, здійснює управління проектом, забезпечує організаційне і консультаційне супроводження комплексу робіт, пов’язаних із створенням об’єкта будівництва, здійснює незалежний інженерний контроль, забезпечує взаємодію замовника з органами державної влади, місцевого самоврядування, підприємствами, установами, організаціями та громадськістю;

2) консультує замовника з питань формування інвестиційних намірів, управління ризиками, бере участь у передпроектних роботах, отриманні вихідних даних, підготовці завдання на проектування, матеріалів для

проведення оцінки впливу на довкілля, надає пропозиції щодо стадійності проектування, черг будівництва, удосконалення конструкторсько-інженерних рішень, методів виконання робіт, організації будівництва, вибору матеріалів та обладнання, супроводжує розроблення та експертизу проектної документації;

3) готує документацію, пов’язану із закупівлею товарів, робіт, послуг, перелік вимог і критеріїв до учасників, забезпечує проведення закупівель, організацію договірних відносин з урахуванням розподілу ризиків та відповідальності між замовником та підрядником, за погодженням із замовником та підрядником визначає сторону, відповідальну за страхування (за наявності);

4) забезпечує організацію управління з охорони праці на будівельному майданчику, розроблення плану з охорони праці, забезпечує координацію заходів з охорони праці;

5) здійснює моніторинг дотримання графіків виконання робіт, витрат, відповідності будівництва графікам фінансування;

6) вживає заходів з досудового врегулювання спорів, бере участь у організації підключення об’єкта будівництва до інженерних мереж та прийнятті в експлуатацію;

7) виконує інші функції, визначені договором про надання інженерно-консультаційних послуг.

5. За рішенням замовника на інженера-консультанта додатково може покладатися обов’язок щодо здійснення технічного нагляду та/або виконання частини функцій замовника, крім повноважень замовника щодо:

1) державної реєстрації на своє ім'я прав на виконання підготовчих і будівельних робіт, прийняття в експлуатацію закінчених будівництвом об'єктів;

2) затвердження проектної документації на будівництво об’єкта;

3) фінансування будівництва об’єкта (зокрема й шляхом залучення коштів інших фізичних та юридичних осіб);

4) оформлення на своє ім'я речових прав на об’єкт будівництва, його частини та/або закінчений будівництвом об’єкт;

5) здійснення повноважень розпорядника та одержувача бюджетних коштів.

У разі покладання на інженера-консультанта обов'язку щодо здійснення технічного нагляду у його складі повинні працювати чи залучатися особи, які отримали відповідні кваліфікаційні сертифікати (сертифікати) виконавців окремих видів робіт (послуг), пов'язаних із створенням об'єктів архітектури [169].»

Запропонована стаття є дуже показовою, адже її положення повністю відповідають розумінню посади інженера-консультанта, згідно проформ FIDIC, що зайвий раз підкреслює намагання законодавця наблизити правове поле, що регулює будівельну діяльність в Україні до найкращих міжнародних практик.

Натомість, вважаємо за необхідне зауважити, що пункт 6 частини 4 статті 64 проекту змін до Закону України «Про регулювання містобудівної діяльності», слід розділити на два окремих підпункти: перший – присвячений заходам з досудового врегулювання спорів, за наслідками якого інженер-консультант прийматиме рішення, що є зобов'язуючим для сторін договору, а другий – участі інженера-консультанта у організації підключення об'єкта будівництва до інженерних мереж та прийнятті в експлуатацію.

Також не можна оминути увагою можливість покладення на інженера-консультанта обов'язків з технічного нагляду, адже це якісно скорочує витрати підрядника і оптимізує контроль за здійсненням будівельних робіт, однак у такому разі інженер-консультант повинен мати належний рівень експертизи та широкий досвід у будівельній галузі.

Запропоновані законодавчі зміни є якісним доповненням до вже існуючої нормативно-правової бази, з огляду на те, що постановою Кабінету Міністрів України «Про внесення змін до Загальних умов укладення та виконання договорів підряду в капітальному будівництві» від 17.03.2021 року № 224 було доповнено Загальні умови укладення та виконання договорів підряду в капітальному будівництві такими положеннями:

1. Пункт 4 доповнено абзацами: «Сторони є вільними в укладенні договору підряду, виборі контрагента та визначенні умов договору з

урахуванням вимог Цивільного кодексу України, Господарського кодексу України, Закону України «Про архітектурну діяльність», інших актів законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості.

Під час укладання договорів підряду сторони мають право використовувати міжнародні форми договорів, звичаї та рекомендації міжнародних та вітчизняних організацій відповідно до законодавства України»

2. Загальні умови укладення та виконання договорів підряду в капітальному будівництві доповнено розділом такого змісту:

«Особливості використання міжнародних форм договорів

127. Сторони за їх згодою можуть використовувати міжнародні форми договорів у сфері будівництва.

128. У разі використання міжнародних форм договорів сторони зобов'язані керуватися умовами таких договорів з урахуванням вимог Цивільного кодексу України, Господарського кодексу України, інших актів законодавства.

129. Сторони вживають заходів для досудового врегулювання спорів за домовленістю між собою або у випадках, коли такі заходи є обов'язковими згідно із законом. Сторони можуть застосовувати механізми врегулювання спорів, передбачені у міжнародних формах договорів, що не обмежує право сторін на звернення до суду.»

Як зазначає Міністерство розвитку громад та територій України в пояснювальній записці до згаданої постанови Кабінету Міністрів України, зміни мали на меті:

закріпити можливість залучення замовником інженера-консультанта для забезпечення управління проектом будівництва і контролю за його реалізацією та визначення у договорі підряду його повноважень, а також зобов'язати підрядника надати доступ інженерові-консультанту до будівельного майданчика;

впровадити в Україні міжнародні форми договорів, зокрема контракти Міжнародної федерацій інженерів-консультантів (контракти FIDIC);

визначити особливості використання міжнародних форм договорів [170].

Безумовно, подібні ініціативи йдуть на користь будівельній галузі, але доцільність самого існування Загальних умов укладення та виконання договорів підряду в капітальному будівництві, виглядає сумнівною. Більш детально, це питання буде висвітлено в дослідженні згодом.

У 2020 році Київський офіс міжнародної юридичної компанії Baker McKenzie спільно з Європейським банком реконструкції та розвитку (ЄБРР) завершили звіт першого етапу проекту, спрямованого на підтримку реформування нормативно-правового регулювання будівельної галузі та більш широкого використання контрактів FIDIC в Україні (далі – Звіт) [171]. Замовником звіту виступало Міністерство розвитку громад та територій України. Це перше, досить ґрунтовне вивчення юристами-практиками можливості наближення національного законодавства до вимог контрактів FIDIC. У Звіті міститься план заходів зі сприяння в запровадженні міжнародно-визнаних форм договорів FIDIC у договірну практику України.

Для підготовки Звіту Baker McKenzie вивчала досвід запровадження контрактів FIDIC, а також законодавчу базу, яка регулює використання контрактів FIDIC в таких країнах як Велика Британія, Польща, Румунія, Чеська Республіка та інші.

Серед основних завдань, які ставили перед собою дослідники були зокрема: законодавчі обмеження на використання міжнародно визнаних форм контрактів в українській будівельній практиці; істотно вища складність регламентації будівельних питань на рівні Контрактів FIDIC порівняно з локальними прецедентами, що підвищує ризики порушення балансу інтересів сторін під час підготовки в конкретних проектах договірної документації за стандартами FIDIC; несистемність (подекуди – неповнота) правового регулювання статусу інженера-консультанта у підрядних відносинах замовника та виконавця, а також загалом у будівельній галузі України.

Серед законодавчих обмежень, що стосуються укладення контрактів FIDIC, та EPC-контрактів зокрема, Baker McKenzie виокремлює:

1. Імперативність Загальних умов укладення та виконання договорів підряду в капітальному будівництві, затверджених постановою Кабінету

Міністрів України від 1 серпня 2005 року № 668. Відповідно до пункту 2 Загальних умов, вони є обов'язковими для врахування під час укладення та виконання договорів підряду в капітальному будівництві незалежно від джерел фінансування робіт, а також форми власності замовника та підрядника (субпідрядників).

Обов'язковість Загальних Умов, що базуються на українських традиціях договірної практики оформлення взаємовідносин між сторонами будівельного підряду, істотно звужує поле для маневру під час врегулювання таких відносин, а інколи – виливається і у небажання сторін (перш за все, іноземних підрядників та іноземних банків, що розглядають можливість фінансування будівництва) розпочинати будівельні проекти в Україні у зв'язку з цим.

Можливими заходами щодо вирішення питання, на думку дослідників, є внесення змін до пункту 2 Загальних умов укладення та виконання договорів підряду в капітальному будівництві, відповідно до яких вони носитимуть рекомендаційний характер.

2. Істотна структурна та змістовна відмінність від контрактів FIDIC Примірного договору підряду в капітальному будівництві, затвердженого наказом Міністерства будівництва, архітектури та житлово-комунального господарства України від 27 жовтня 2005 року № 3 (далі – Примірний Договір).

Відповідно до статті 179 Господарського кодексу України, умови примірних (на відміну від типових) договорів є орієнтовними, і сторони мають право за взаємною згодою змінювати окремі з них або доповнювати зміст примірного договору.

Зважаючи на істотну структурну та змістовну відмінність Примірного договору від Контрактів FIDIC, адаптація Примірного Договору до стандартів FIDIC є надміру ускладненим та ресурсномістким процесом. Із практичних міркувань в окремих випадках це веде до значного уповільнення процесу реалізації будівельного проекту, а подекуди створює нездоланні проблеми в його реалізації.

Часткове вирішення цієї проблеми було запропоновано у проекті Плану дій з реалізації Стратегії реформування управління життєвим циклом

інфраструктурного проекту в Україні на 2020-2024 роки, який готується до затвердження розпорядженням Кабінету Міністрів України. Зокрема, цей проект пропонує розробити типові договори проектів з будівництва об'єктів інфраструктури на основі міжнародно визнаних форм договорів.

Шляхом розв’язання цієї проблеми Baker McKenzie бачать доповнення Загальних умов укладення та виконання договорів підряду в капітальному будівництві та Примірного договору положеннями про те, що вони можуть використовуватися, якщо замовником не застосовуються типові міжнародні форми договору підряду. В будь-якому разі, використання як Загальних умов укладення та виконання договорів підряду в капітальному будівництві та Примірного договору, так і міжнародно визнаних типових форм повинно підпорядковуватися принципу свободи договору, відповідно до якого сторони є вільними в укладенні договору, виборі контрагента та визначенні умов договору з урахуванням вимог актів цивільного законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості (стаття 627 ЦК України).

3. Відсутність передбаченого законом механізму досудового врегулювання спорів, які є невід’ємною складовою організації будівництва відповідно до принципів та умов міжнародно визнаних типових форм договорів (зокрема EPC-контрактів FIDIC).

У контексті загальноприйнятих підходів до застосування Контрактів FIDIC необхідно відзначити передбачену ними та таку, що зарекомендувала себе ефективною на практиці, процедуру досудового врегулювання спорів.

В Україні відсутній механізм обов'язкового досудового порядку урегулювання спору за Контрактами FIDIC. Відповідно до частини четвертої статті 124 Конституції України, для запровадження цього необхідно, щоб закон визначав таку обов'язковість.

Для розв’язання цієї проблеми Baker McKenzie пропонують передбачити обов'язковість досудового порядку урегулювання спорів за контрактами FIDIC на рівні закону України.

Також дослідники звернули увагу на необхідність удосконалення правового регулювання діяльності інженера-консультанта, адже його роль і місце в системі договірних відносин у будівництві визначено не повною мірою.

Як влучно зазначено в Звіті, частина третя статті 881 ЦК України закладає правове підґрунтя для залучення замовником інженера-консультанта в контексті відносин замовника та підрядника: «Замовник має право з метою здійснення контролю та нагляду за будівництвом і прийняття від свого імені відповідних рішень укласти договір про надання такого виду послуг із спеціалізованою організацією або спеціалістом. У цьому разі в договорі будівельного підряду визначаються функції та повноваження такого спеціаліста.» [43].

Водночас Baker McKenzie підкреслюють, що участь інженера-консультанта в межах відносин замовника будівництва та архітектора не передбачено. Загалом, діяльність інженерів-консультантів за стандартами FIDIC передбачає також і можливість участі таких фахівців впродовж всього процесу створення об'єкта, до чого FIDIC заохочує замовників будівництва.

В якості можливого варіанту вирішення цієї проблеми, пропонується внести доповнення до статті 887 Цивільного кодексу України, що регулює проектні та пошукові роботи, та до Закону України «Про архітектурну діяльність», якими необхідно прямо передбачити участь інженера-консультанта на стороні замовника в процесі проектування об'єкта будівництва та внести зміни до відповідних актів законодавства щодо поширення принципу взаємовідносин інженера-консультанта з підрядником на весь процес створення об'єкта.

Натомість, Baker McKenzie зауважують, що зміни до Закону України «Про регулювання містобудівної діяльності», внесені Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо вдосконалення порядку надання адміністративних послуг у сфері будівництва та створення Єдиної державної електронної системи у сфері будівництва» від 17 жовтня 2019 року № 199-IX, частково врегулювали термінологічну прогалину, ввівши до глосарію, що міститься в статті 1, поняття «інженер-консультант», за яким слід

розуміти фахівця із кваліфікаційним рівнем, підтвердженим органом із сертифікації персоналу, акредитованим у відповідній сфері згідно із законом, та/або суб'єкта господарювання, що має у своєму складі таких фахівців, який здійснює управління проектом, забезпечує організаційне і консультаційне супроводження комплексу робіт, пов'язаних із створенням об'єкта архітектури, приймає від імені замовника відповідні рішення та виконує інші функції, визначені договором [172].

Також у Звіті міститься пропозиція з приводу покладення на інженера-консультанта обов'язку зі здійснення технічного нагляду, аналогічна тій, що міститься в проекті змін до Закону України «Про регулювання містобудівної діяльності», які вже розглядались у цьому розділі дослідження.

Baker McKenzie звертають увагу на неоднозначність положень, що містяться в проекті Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України, щодо участі інженера-консультанта у реалізації будівельних проектів», який розміщений на веб-сайті Міністерства інфраструктури України [173] (далі – Законопроект щодо інженера-консультанта) і стосується інженера-консультанта в контексті визначення його статусу та повноважень.

Так, у Звіті зазначено, що Законопроект щодо інженера-консультанта має на меті встановлення обов'язковості для підрядника рішень, які прийматиме інженер-консультант від імені замовника, однак згідно з Контрактами FIDIC, обов'язковими для підрядника, у разі виникнення спорів, є рішення, що приймаються Радою з Вирішення Спорів (Dispute Adjudication Board), а не інженером (інженером-консультантом).

Тут відразу слід уточнити, що Baker McKenzie дійсно правильно підкреслили необхідність в розмежуванні ролі Ради з вирішення спорів (Dispute Adjudication Board), яка приймає рішення щодо спорів між сторонами, з можливістю звернення сторін до інженера-консультанта з проханням розглянути спірне питання реалізації проекту, за наслідками якого останній надає відповідні рекомендації чи висновки.

Законопроектом щодо інженера-консультанта також пропонується ввести норму про відповідальність інженера-консультанта перед підрядником. Це не

відповідає стандартам FIDIC, відповідно до яких інженер може нести таку відповідальність перед замовником, як особою, яка його залучає, а не безпосередньо перед контрагентами замовника (наприклад, перед підрядником), як пропонується.

Також, розробники звіту звернули увагу на відсутність можливості вказати в дозвільних документах на будівництво інформацію про здійснення технічного нагляду інженером-консультантом.

Відповідно до кваліфікаційних характеристик інженер-консультант, серед іншого, бере участь у проведенні технічного нагляду протягом усього періоду будівництва об'єкта. Однак у формах документів, що дають право на виконання будівельних робіт та засвідчують прийняття в експлуатацію закінченого будівництвом об'єкта (постанови Кабінету Міністрів України від 13 квітня 2011 року № 466 «Деякі питання виконання підготовчих і будівельних робіт» та № 461 «Питання прийняття в експлуатацію закінчених будівництвом об'єктів») не передбачено можливості зазначення інженера-консультанта як особи, що здійснює технічний нагляд.

Можливим заходом, який допоможе вирішити це питання, на думку Baker McKenzie, є передбачення можливості зазначення у формах документів, що дають право на виконання будівельних робіт та засвідчують прийняття в експлуатацію закінченого будівництвом об'єкта інформації про інженера-консультанта шляхом внесення змін до вищеназваних двох постанов Кабінету Міністрів України.

Подібна пропозиція виглядає досить сумнівною, адже для виконання технічного нагляду в будівництві, особі потрібно мати відповідний кваліфікаційний сертифікат інженера технічного нагляду за будівництвом будівель і споруд. Наявність відповідного сертифіката інженера-консультанта уможливлює зазначення його у відповідних документах, що дають право на виконання будівельних робіт та засвідчують прийняття в експлуатацію закінченого будівництвом об'єкта як особи, що здійснює технічний нагляд.

У тексті Звіту також звертається увага на те, що законодавство не встановлює ліцензійних та інших спеціальних вимог до замовника будівництва,

але, водночас, покладає на нього суттєві обов'язки (статті 26-40 Закону України «Про регулювання містобудівної діяльності») та встановлює досить жорстку відповідальність, визначену, зокрема, статтею 2 Закону України «Про відповідальність за порушення у сфері містобудівної діяльності» та статтями 96 і 961 Кодексу України про адміністративні правопорушення.

Водночас замовник має право з метою здійснення контролю та нагляду за будівництвом і прийняття від свого імені відповідних рішень укласти договір з інженером-консультантом, а до зведеного кошторисного розрахунку можуть додатково включатися кошти на оплату його послуг. Однак, на сьогодні відповідальність замовника будівництва не диференційована залежно від того, хто виконує конкретні функції: у будь-якому випадку санкції застосовуються до замовника, навіть якщо фактично ним укладено договір і передано частину функцій іншій особі, яка й припустилась порушення. З огляду на це, залишається неврегульованим питання щодо розподілу ризиків і відповідальності між замовником будівництва та інженером-консультантом (у разі його залучення).

Baker McKenzie пропонує передбачити в законодавстві можливість складання органами державного архітектурно-будівельного контролю приписів та накладення штрафів саме на інженера-консультанта (в частині виконуваних ним функцій і повноважень), якщо інформація про нього зазначена замовником у документах, що дають право на виконання будівельних робіт; цього можна досягти шляхом внесення змін до Закону України «Про регулювання містобудівної діяльності», Закону України «Про відповідальність за порушення у сфері містобудівної діяльності», Порядку виконання підготовчих та будівельних робіт, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 13 квітня 2011 року № 466, та Порядку здійснення державного архітектурно-будівельного контролю, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 23 травня 2011 року № 553.

Подібна ініціатива викликає багато питань, адже вона не має жодного стосунку до застосування проформ FIDIC, ускладнює притягнення до відповідальності замовників будівництва та закликає до втручання у приватні

господарські відносини, що жодним чином не відповідає сучасним викликам, які стоять перед країною.

Загальними рекомендаціями Baker McKenzie щодо впровадження Контрактів FIDIC в Україні є такі ініціативи:

- прямо передбачити в законодавчих актах України (Цивільний кодекс, Господарський кодекс тощо) можливість сторін використовувати умови контрактів FIDIC для регулювання проектних, будівельних та інших відносин в сфері будівництва об'єктів;
- внесення змін до пункту 2 Загальних умов укладення та виконання договорів підряду в капітальному будівництві, відповідно до яких вони носитимуть рекомендаційний характер;
- уточнення Загальних умов укладення та виконання договорів підряду в капітальному будівництві та Примірного Договору положеннями про те, що вони можуть використовуватись, якщо замовником не використовуються типові міжнародні форми договору підряду (в тому числі ті, що передбачені Контрактами FIDIC);
- запровадження на рівні закону України обов'язковості досудового порядку урегулювання спорів за контрактами FIDIC;
- внести доповнення до статті 887 ЦК України, що регулює проектні та пошукові роботи, та до Закону України «Про архітектурну діяльність», якими прямо передбачити участь інженера-консультанта в процесі проектування об'єкта будівництва; передбачити зміни до відповідних актів законодавства щодо поширення принципу взаємовідносин інженера-консультанта з підрядником на весь процес створення об'єкта будівництва;
- прямо передбачити на рівні закону положення про те, що діяльність інженера-консультанта є діяльністю з надання послуг (а не виконання робіт), що відповідає європейській практиці;
- передбачити можливість зазначення у формах документів, що дають право на виконання будівельних робіт та засвідчують прийняття в експлуатацію закінченого будівництвом об’єкта, інформації про інженера-консультанта шляхом внесення змін до постанови Кабінету Міністрів України від 13 квітня

2011 року № 466 «Деякі питання виконання підготовчих і будівельних робіт» та № 461 «Питання прийняття в експлуатацію закінчених будівництвом об’єктів»;

- передбачити в законодавстві можливість складання органами державного архітектурно-будівельного контролю приписів та накладення штрафів саме на інженера-консультанта (в частині виконуваних ним функцій і повноважень), якщо інформація про нього зазначена у документах, що дають право на виконання будівельних робіт; цього можна досягти шляхом внесення змін до Закону України «Про регулювання містобудівної діяльності», Закону України «Про відповідальність за порушення у сфері містобудівної діяльності», Порядку виконання підготовчих та будівельних робіт, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 13 квітня 2011 року № 466, та Порядку здійснення державного архітектурно-будівельного контролю, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 23 травня 2011 року № 553.

Все вищевикладене дозволяє дійти висновку про неабиякий інтерес серед урядовців, законотворців та юристів-практиків до проблематики укладення договорів в Україні за проформами, що розроблені міжнародними профільними організаціями. Більше того, ця зацікавленість буде зростати, адже вона стосується також й теоретичної площини, особливо зважаючи на наявну перспективу відбудови країни після закінчення воєнних дій та необхідність створення належної правової бази для цього. Наразі неминучість змін у правовому регулюванні будівельної галузі та договірних відносинах, що існують в цій сфері відчувається як ніколи гостро.

Разом з цим, вважаємо за необхідне запропонувати власне бачення змін до нормативно-правової бази, яка сприятиме усуненню перепон щодо належного укладення EPC-контрактів в Україні за проформами FIDIC.

Отже, питання, на яке неодноразово звертали увагу дослідники, – участь у вирішенні спорів замовника та підрядника через залучення інженера-консультанта, якою є досить сумнівною практикою з огляду на його фінансову залежність від замовника. Хоча проформи FIDIC вказують на можливість сторін врегульовувати спори у зазначений спосіб, навряд чи він матиме

популярність в Україні, адже у разі, якщо висновки чи рекомендації інженера-консультанта не будуть задовольняти одну зі сторін – вона завжди зможе звернутися за захистом своїх прав до суду. Це правило було підтверджено рішенням Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням Товариства з обмеженою відповідальністю «Торговий Дім «Кампус Коттон клаб» щодо офіційного тлумачення положення частини другої статті 124 Конституції України (справа про досудове врегулювання спорів) від 09.07.2002 № 15-рп/2002, згідно з яким:

«…Так, відповідно до статті 8 Конституції України звернення до суду для захисту конституційних прав і свобод людини і громадянина безпосередньо на підставі Конституції України, норми якої мають пряму дію та найвищу юридичну силу, гарантується. Частина четверта статті 13 Конституції України встановлює обов'язок держави забезпечити захист прав усіх суб'єктів права власності і господарювання, в тому числі у судовому порядку. До таких суб'єктів належать, зокрема, юридичні особи та інші суб'єкти господарських відносин. Тобто можливість судового захисту не може бути поставлена законом, іншими нормативно-правовими актами у залежність від використання суб'єктом правовідносин інших засобів правового захисту, у тому числі досудового врегулювання спору.

Обов'язкове досудове врегулювання спорів, яке виключає можливість прийняття позовної заяви до розгляду і здійснення за нею правосуддя, порушує право особи на судовий захист. Можливість використання суб'єктами правовідносин досудового врегулювання спорів може бути додатковим засобом правового захисту, який держава надає учасникам певних правовідносин, що не суперечить принципу здійснення правосуддя виключно судом. Виходячи з необхідності підвищення рівня правового захисту держава може стимулювати вирішення правових спорів у межах досудових процедур, однак їх використання є правом, а не обов'язком особи, яка потребує такого захисту.

Право на судовий захист не позбавляє суб'єктів правовідносин можливості досудового врегулювання спорів. Це може бути передбачено господарсько-правовим договором, коли суб'єкти правовідносин добровільно обирають засіб

захисту їхніх прав. Досудове врегулювання спору може мати місце також за волевиявленням кожного з учасників правовідносин і за відсутності у договорі застереження щодо такого врегулювання спору.

Обрання певного засобу правового захисту, у тому числі і досудового врегулювання спору, є правом, а не обов'язком особи, яка добровільно, виходячи з власних інтересів, його використовує. Встановлення законом обов'язкового досудового врегулювання спору обмежує можливість реалізації права на судовий захист.» [174].

Отже, будь-яке нормативне закріплення інженера-консультанта в статусі особи, яка здатна у позасудовому порядку надавати висновки чи рекомендації, щодо спорів за EPC-контрактами та проформами FIDIC не буде гарантувати максимальний захист прав і законних інтересів суб’єктів господарювання, оскільки є альтернативним, а отже добровільним способом. В Україні позасудове врегулювання спорів є виключно добровільним і не позбавляє права звернення до суду, хоча безумовно звернення до інженера-консультанта обійдеться сторонам в рази дешевше, а отримання висновку буде в рази швидшим, ніж винесення судом остаточного рішення по справі.

Ще однією імперативною нормою національного законодавства, яка суттєво відрізняється від положень EPC-контракту, є відсутність обмеження відповідальності сторін, у зв’язку з чим сторони EPC-контракту не можуть належним чином застосовувати положення про обмеження відповідальності (limitation of liability) та заздалегідь оцінені збитки (liquidated damages). Детальний аналіз цієї норми, що міститься в частині 3 статті 216 ГК України, було здійснено в підрозділі 2.3 цього дослідження. На нормативному рівні подібний недолік можна врегулювати, шляхом внесення змін до вищенаведеної статті ГК України, зокрема виклавши третій абзац частини 3 статті 216 ГК України у такій редакції: «у господарському договорі ~~неприпустимі~~ *допускаються* застереження щодо виключення або обмеження відповідальності виробника (продавця) продукції». Це дозволить наблизити договірну практику до вимог сьогодення.

Також убачається, необхідність переглянути положення наказу Міністерства будівництва, архітектури та житлово-комунального господарства України від 27 жовтня 2005 року № 3 щодо примірного договору підряду в капітальному будівництві та Загальних умов укладення та виконання договорів підряду в капітальному будівництві, затверджених постановою Кабінету Міністрів України від 1 серпня 2005 р. № 668. Це дозволить прибрати зайву зарегульованість договірних відносин у сфері будівництва. Оскільки за останні 30 років незалежності було укладено мільйони договорів будівельного підряду, які сформували сучасну договірну практику, що виключає потребу в їх регулюванні імперативними нормами національного законодавства. Більше того, такий підхід цілком відповідатиме принципам свободи договору та автономії волі, не обмежуючи їх змісту. Отже буде застосовано загальноправовий принцип верховенства права, що закріплений у статті 8 Конституції України «дозволено все, що прямо не заборонено законом».

Ще однією новелою, яка б якісно вплинула на практику укладення EPC-контрактів в Україні, є уповноваження суду здійснювати тлумачення положень господарських договорів за відсутності спору. Згідно з положеннями статті 20 Господарського процесуального кодексу України, тлумачення змісту договору можливе на сьогодні лише за наявності спору, тобто коли сторони мають різне уявлення щодо свого волевиявлення або волевиявлення іншої сторони (сторін) договору [175]. Виокремлення можливості тлумачення змісту договору, у тому числі такого, що був укладений за проформою, розробленою міжнародною профільною організацією, надасть сторонам можливість з’ясувати об’єктивний зміст норм EPC-контракту, не позиваючись одна до одної, за умови, що це не призведе до виникнення негативних правових наслідків. Подібне тлумачення слід було б здійснювати в рамках окремого (непозовного) провадження з можливістю диференціювання розміру судового збору в залежності від того, положення якого договору слід тлумачити – укладеного за законодавством України між двома резидентами або ж укладеного резидентом та нерезидентом. При цьому звернення до суду з приводу тлумачення норм договору, не позбавлятиме сторони права на позов у разі, якщо вони захочуть вирішити спір

у судовому порядку, однак рішення щодо тлумачення буде прийнято до уваги судом, який прийматиме рішення по справі.

ВИСНОВКИ ДО РОЗДІЛУ 3

1. Сучасний стан та перспективи розвитку укладення та виконання EPC-контрактів в Україні, в умовах збройної агресії та постійних ракетних обстрілів об'єктів цивільної інфраструктури є вкрай складними. Відповідно, говорити про стрімкий розвиток практики з укладення EPC-контрактів в Україні не доводиться. Однак, це не означає, що наявний досвід не слід враховувати у майбутніх договірних відносинах, які набудуть стрімкого розвитку в період післявоєнної відбудови України. І це є дуже важливо. Адже в першу чергу EPC-контракт є привабливим інструментом для залучення міжнародних інвестицій. Так прозорі підходи до звітування підрядника перед замовником, наявність альтернативних підходів до позасудового врегулювання спорів, закріплення меж фінансової відповідальності сторін та інше дозволяє захистити права та законні інтереси майбутнього інвестора. Однак трагічний досвід збройної агресії російської федерації проти України, який розпочався 24 лютого 2022 року буде змушувати сторони доповнювати договірні конструкції EPC-контрактів наступними положеннями. Зокрема, страхування політичних ризиків (війна, зміна політичного режиму, збройна агресія, масові заворушення), обов'язковість (за замовчуванням) санкційного застереження тощо. Наявність перелічених договірних конструкцій стане нагальною необхідністю, яка дозволить сторонам EPC-контракту зменшити збитки завданні настанням окремих неконтрольованих ризиків.

2. В рамках дослідження було надано пропозиції щодо удосконалення національного законодавства. 1) В частині доповнення статті 318 ГК України частиною 6 у наступній редакції: «6. Вимоги частини 1-5 цієї статті не застосовуються у разі, якщо сторони договору підряду на капітальне будівництво використовують типові проформи договорів, що розроблені міжнародними профільними організаціями». Дане положення дозволить

сторонам, застосовувати проформи типових договорів на здійснення будівництва, що розроблені профільними міжнародними організаціями в повному обсязі (реалізувати диспозитивний підхід до врегулювання договірних відносин), а також розширити договірні можливості сторін при реалізації проектів будівництва об'єктів відновлювальної енергетики. 2) Задля наближення договірної практики до вимог сьогодення, запропоновано викласти абзац третій частини 3 статті 216 ГК України у наступній редакції: «у господарському договорі ~~неприпустимі~~ *допускаються* застереження щодо виключення або обмеження відповідальності виробника (продавця) продукції». В роботі обгрунтовано, що вказана норма буде поширюватись лише на ті договори, які містять подібне застереження. За угодами, які такого застереження не мають – обмеження відповідальності не передбачатиметься. Це дозволить адаптувати положення EPC-контрактів, які прямо передбачають необхідність узгодження договірними сторонами максимального розміру завданих збитків (liquidated damages) до вимог національного законодавства. 3) Запропоновано та обґрунтовано пропозицію про внесення змін до процесуального законодавства щодо надання права суддям, в рамках окремого (непозовного) провадження, здійснювати тлумачення договірних положень (в тому числі і тих, що розроблені міжнародними профільними організаціями) за письмовим клопотанням сторін. Наявність останього не позбавлятиме сторони права на вирішення спору у рамках позовного провадження, однак рішення про тлумачення договірних положень має бути обов'язковим для врахування судом, який буде розглядати справу по суті.

ВИСНОВКИ

1. Однією з визначальних ознак юридичної термінології є її усталеність та однозначність, що зумовлює необхідність в постійному пошуку правильного змісту того чи іншого поняття. Цю особливість не оминуло і дане дисертаційне дослідження, в ході якого терміни «контракт» та «угода» розглядатися як синоніми поняття «договір». Подібний підхід є об'єктивно зумовлений та висвітлений в науковому доробку низки вітчизняних вчених-правників. Правовий інститут договору (контракту), посідає важливе місце в системі господарського права. Юристи-господарники завжди приділяли велику увагу вивченню правової природи, особливостей і видового різноманіття контрактів. Вивчення правової природи EPC-контрактів не є виключенням, адже будучи уніфікованою формою договору, що розроблена Міжнародною федерацією інженерів-консультантів, вона увібрала в себе найкращі міжнародні практики та звичаї ділового обороту, які серед учасників будівельних відносин в Україні вважаються досить прогресивними, однак є маловивченими. Досліджуючи правову природу EPC-контракту було з'ясовано, що даний вид договору за своєю природою є взаємним, непойменованим, оплатним, двостороннім або багатостороннім, консенсуальним, основним, міновим, змішаним угодою, яка поєднує в собі елементи таких договорів як: договір поставки, договір генерального підряду, договір інжинірингу (проектування), договір з надання послуг (пуско-налагоджувальні роботи), що укладається в письмовій формі, відповідно до проформ розроблених FIDIC. Аналіз правової природи EPC-контракту дозволив сформулювати основні його ознаки, а саме: обов'язковість укладання у письмовій формі, вичерпний перелік прав та обов'язків підрядника, тісний зв'язок з термінологією, що застосовується в англійському праві, можливість доповнення додатковими договірними конструкціями, обмеження відповідальності сторін в межах визначеного розміру Contract Price, обмеження прав замовника у здійсненні впливу на субпідрядників тощо.

2. Укладення EPC-контрактів в Україні можливе завдяки наявності двох загальноправових принципів: свободи договору та автономії волі.

Основним принципом, що покладається в основу укладення та виконання EPC-контракту в Україні є принцип свободи договору. Адже він дозволяє укладати змішані договори, що представляють собою комбінацію різних цивільно-правових та господарських угод в рамках однієї договірної конструкції. Разом з тим, слід зазначити, що українському законодавству притаманний комплексний підхід до обмеження принципу свободи договору, в основу якого покладено доктрину ex post, що доповнена положеннями доктрини ex ante. Перша передбачає презумпцію правомірності договору укладеного сторонами доти, доки суд не дійде зворотного висновку, а друга полягає в тому, що законодавець вже здійснив оцінку прийнятності змісту договору, а суд, що розглядає конкретний спір, застосовує відповідну заборону і визнає весь договір чи окремі його умови недійсними. Іншим фундаментальним принципом, який застосовується при укладенні зовнішньоекономічних договорів і дозволяє сторонам EPC-контракту (за наявності іноземного елементу) самостійно здійснювати вибір юрисдикції для різних елементів угоди є принцип автономії волі. Наявний законодавчий підхід до обмеження згаданого принципу полягає в недопущені зловживань з боку учасників договірних відносин, якщо застосування права іноземної держави призведе до наслідків, які будуть явно суперечити основами правопорядку України. Таким чином, належне застосування принципу автономії волі, є важливою складовою правової адаптації EPC-контракту до вимог імперативних норм, що містяться в національному законодавстві.

3. Сформульовано поняття «EPC-контракт»**,** під яким розуміємо особливий вид змішаного договору на здійснення капітального будівництва «під ключ», що укладається відповідно до типових форм, затверджених міжнародними профільними організаціями, згідно з яким підрядник відповідає за проектування, поставку, будівництво, пусконалагоджувальні роботи та введення об’єкта в експлуатацію у визначені строки, а замовник зобов’язаний передати в належному стані будівельний майданчик підряднику та оплатити роботи за «твердою ціною» згідно з затвердженим графіком платежів. Дане визначення дозволить змінити на доктринальному рівні підхід до EPC-

контракту, оскільки в науковій літературі як правило, його зміст розкривався через поняття «engineering, procurement, and construction», що значно звужує правову природу цього договору.

4. Великі енергетичні проекти в сфері відновлювальних джерел енергії, як правило, реалізується шляхом укладення договорів за типовими формами розробленими Міжнародною федерацією інженерів-консультантів. Більшість таких контрактів аналізуються юристами практиками як з метою з'ясування економічної вигоди для сторін так і захисту інтересів відповідного клієнта. Що, по суті, є надання юридичної послуги. Разом з тим, в теорії права поняття «правовий аналіз» має дещо інше призначення. Відповідно у роботі проаналізовано поняття «правовий аналіз», «юридичний аудит» та «дью-диліджене» та з'ясовано їх особливості застосування на практиці.

Зокрема,. перші дві дефініції є широко вживаними саме в наукових дослідженнях, що присвячені висвітленню проблем договірних відносин, в свою чергу поняття «дью-диліджене» більш притаманне M&A угодам. У роботі встановлено, що найбільш широким та всеохоплюючим поняттям в цьому випадку буде саме правовий аналіз, який може бути виражений як в формі юридичного аудиту, так і в формі правового дью-диліджену, два останні поняття є тотожними. Це пов'язано з тим, що правовий аналіз, як явище, був сформований задовго до того, як виник юридичний аудит та дью-диліджене і перший увібрав в себе риси притаманні аналізу в формальній логіці, поклавши їх на полотно юридичної науки з обов'язковим застосуванням норм, що містяться в загальних принципах права (принцип правової визначеності, пропорційності, законності тощо).

5. Для EPC-контрактів правовий аналіз має велике значення, оскільки якість його здійснення юристами практиками, які супроводжують укладення угоди безпосередньо впливає на успішність реалізації проекту будівництва в майбутньому. У проведеному дослідженні обґрунтувало нерозривність процесу аналізу та синтезу, як методів наукового пізнання, що мають безпосереднє відношення до здійснення правового аналізу контрактів за типовими формами FIDIC та EPC-контрактів зокрема. Також запропоновано авторське визначення

поняття «правового аналізу EPC-контракту»), під яким слід розуміти основоположний метод дослідження угод чи договірних конструкцій, що полягає у виокремленні елементів, які складають їх структуру, знаходження логічних зв'язків між ними, співставлення цих елементів з нормами чинного законодавства та теорії права, з метою подальшого синтезу отриманих результатів в якісну оцінку умов договору (контракту). Результати, що були отримані в рамках вивчення проблематики правового аналізу контрактів за типовими формами FIDIC сформували підґрунтя для подальшого вивчення особливостей структурування, укладення та виконання EPC-контрактів, що були здійснені в підрозділі 2.2. цього дисертаційного дослідження.

6. Поширення такого правового інституту як естопель в межах прецедентного англійського права, зумовило наявність багатьох договірних конструкцій, що містяться в проформах FIDIC, але малопоширені у національному законодавстві. За загальним правилом, під естопелем слід розуміти позбавлення права сторони на заперечення через її попередню поведінку, що дозволяє судам встановлювати істинну суть договірних правовідносин з метою заповнення прогалин та неоднозначностей. Вказаний підхід міститься в значній частині договірних конструкцій, що містить EPC-контракт, згідно якого сторони повинні діяти керуючись принципами справедливості й чесної ділової практики. Наведені принципи займають чільне місце серед положень, які застосовуються в англійському праві та слугують основою для естопелю.

7. У роботі, на підставі аналізу практики застосування EPC-контрактів, сформульовано орієнтовний, але «не вичерпний» перелік особливостей, які важливо враховувати юристам при здійсненні юридичного супроводу укладення EPC-контрактів. Зокрема розділення EPC-контракту на офшорну та оншорну частину, як правило, зумовлюється комерційними міркуваннями і не має жодного правового підґрунтя, що, як наслідок, призводить до виникнення проблемних питань, які потребують врегулювання в договірному порядку. У розділі 2 дисертаційної роботи було висвітлено низку важливих деталей, які вимагають особливої уваги: невизначеність специфікації, проблеми з термінами

виконання, колізії при застосуванні правових норм різних юрисдикцій, обмеження відповідальності сторін, форс-мажору, припинення або призупинення дії договору тощо. Встановлено, що неякісне розділення EPC-контракту може в майбутньому призводити до збільшення кількості договірних ризиків, наявність яких необхідно буде врегульовувати або контролювати згодом.

8. Досліджено особливості застосування «Золотих принципів» FIDIC при укладенні EPC-контрактів, використання яких покликане допомагати сторонам здійснювати оптимальний розподіл ризиків. Також, доведено, що врахування стронами зазначених принципів з принципами Абрахамсона та удосконаленими принципами Наеля Банні дозволяє знаходити баланс між договірними інтересами сторін та наявним правовим регулюванням відповідних суспільних відносин. При цьому наголошено, що у разі відсутності кваліфікованої правової допомоги та зважаючи на законодавчі норми чи усталену ділову практику ймовірність покладення ризику на сторону, яка не може його нести є досить високою. Серед ризиків, які можуть виникнути при укладенні та виконанні EPC-контрактів можна виділити наступні: 1) непередбачуваність особливостей будівельного майданчику; 2) перевищення повноважень представником сторони в рамках укладення чи виконання договору; 3) дублювання положень щодо застосування штрафних санкцій (наприклад, затримка виконання офшорних зобов’язань призводить до відтермінування робіт в рамках оншорної частини договору); 4) неузгодженість положень EPC-контракту з імперативними нормами українського законодавства; 5) невизначеність специфікації; відсутність перехресних посилань між оншорною та офшорною частиною EPC-контракту тощо.

9. Сформульовано поняття «інженер-консультант» під яким розуміємо спеціалізовану організацію (суб’єкт господарювання), що залучена до реалізації проектів будівництва на боці замовника, забезпечує неупереджене організаційне та консультаційне супроводження проекту будівництва на всіх стадіях та несе відповідальність за дотримання норм законодавства у частині делегованих замовником повноважень. За своєю правовою природою інженер-консультант є

суб'єктом господарювання, який одночасно поєднує в собі ознаки особи, що здійснює технічний нагляд за будівництвом та медіатора, який здатен вирішити незначні спори, що виникають у сторін EPC-контракту під час його виконання. Залучення інженера-консультанта не обмежується лише контрактами FIDIC, однак наразі є доволі поодинокою практикою в капітальному будівництві, що в перспективі може набути популярності після внесення відповідних змін до нормативно-правової бази, що проаналізована в цьому дослідженні.

10. Сучасний стан та перспективи розвитку укладення та виконання EPC-контрактів в Україні, в умовах збройної агресії та постійних ракетних обстрілів об'єктів цивільної інфраструктури є вкрай складними. Відповідно, говорити про стрімкий розвиток практики з укладення EPC-контрактів в Україні не доводиться. Однак, це не означає, що наявний досвід не слід враховувати у майбутніх договірних відносинах, які набудуть стрімкого розвитку в період післявоєнної відбудови України. І це є дуже важливо. Адже в першу чергу EPC-контракт є привабливим інструментом для залучення міжнародних інвестицій. Так прозорі підходи до звітування підрядника перед замовником, наявність альтернативних підходів до позасудового врегулювання спорів, закріплення меж фінансової відповідальності сторін та інше дозволяє захистити права та законні інтереси майбутнього інвестора. Однак трагічний досвід збройної агресії російської федерації проти України, який розпочався 24 лютого 2022 року буде змушувати сторони доповнювати договірні конструкції EPC-контрактів наступними положеннями. Зокрема, страхування політичних ризиків (війна, зміна політичного режиму, збройна агресія, масові заворушення), обов'язковість (за замовчуванням) санкційного застереження тощо. Наявність перелічених договірних конструкцій стане нагальною необхідністю, яка дозволить сторонам EPC-контракту зменшити збитки завданні настанням окремих неконтрольованих ризиків.

11. В рамках дослідження було надано пропозиції щодо удосконалення національного законодавства. 1) В частині доповнення статті 318 ГК України частиною 6 у наступній редакції: «6. Вимоги частини 1-5 цієї статті не застосовуються у разі, якщо сторони договору підряду на капітальне

будівництво використовують типові проформи договорів, що розроблені міжнародними профільними організаціями». Дане положення дозволить сторонам, застосовувати проформи типових договорів на здійснення будівництва, що розроблені профільними міжнародними організаціями в повному обсязі (реалізувати диспозитивний підхід до врегулювання договірних відносин), а також розширити договірні можливості сторін при реалізації проектів будівництва об'єктів відновлювальної енергетики. 2) Задля наближення договірної практики до вимог сьогодення, запропоновано викласти абзац третій частини 3 статті 216 ГК України у наступній редакції: «у господарському договорі ~~неприпустимі~~ *допускаються* застереження щодо виключення або обмеження відповідальності виробника (продавця) продукції». В роботі обгрунтовано, що вказана норма буде поширюватись лише на ті договори, які містять подібне застереження. За угодами, які такого застереження не мають – обмеження відповідальності не передбачатиметься. Це дозволить адаптувати положення EPC-контрактів, які прямо передбачають необхідність узгодження договірними сторонами максимального розміру завданих збитків (liquidated damages) до вимог національного законодавства. 3) Запропоновано та обґрунтовано пропозицію про внесення змін до процесуального законодавства щодо надання права суддям, в рамках окремого (непозовного) провадження, здійснювати тлумачення договірних положень (в тому числі і тих, що розроблені міжнародними профільними організаціями) за письмовим клопотанням сторін. Наявність останього не позбавлятиме сторони права на вирішення спору у рамках позовного провадження, однак рішення про тлумачення договірних положень має бути обов'язковим для врахування судом, який буде розглядати справу по суті.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Никитченко Н. В., Остринський В. О. Правова генеза поняття EPC-контракт, як особливого виду змішаного договору. *Підприємництво, господарство і право*. 2019. Випуск 12. С. 113–118.

2. Міжнародна федерація інженерів-консультантів. URL : https://fidic.org/ (дата звернення: 31.08.2022).

3. Трибунал щодо спільних контрактів. URL : https://www.jctltd.co.uk/ (дата звернення: 31.08.2022).

4. Інститут цивільних інженерів. ICE. URL : https://www.ice.org.uk/ (дата звернення: 31.08.2022).

5. Петлеванна В. В., Матущак М. Історичні аспекти становлення договору як правового інституту в Україні. *Вісник Одеського національного університету*. *Правознавство.* 2011. Т. 16, вип. 19. С. 180–191.

6. Подоляк С. А. Господарський договір та його юридичні конструкції – недійсність, нікчемність, неукладеність – в сучасних умовах. Проблеми цивільного та підприємницького права в Україні. *Часопис Київського університету права*. 2009. № 3. С. 146–150.

7. Gibbon E. The History of the Decline and Fall of the Roman Empire. 1835. 23 с.

8. Підопригора О. А., Харитонов Є. О. Римське право : підручник. Київ, 2003. 512 с.

9. Борисова В. І., Баранова Л. М. Основи римського приватного права : підручник. Харків : Право, 2008. 224 с.

10. Олійник О. С. Історичні передумови поділу договорів на реальні та консенсуальні на прикладі права Стародавнього Риму. *Матеріали круглого столу кафедри цивільного права Юридичного інституту Прикарпатського національного університету імені Василя Стефаника.* Івано-Франківськ, 2014. 39 с.

11. Прокопенко В. І. Трудове право України : підручник. Харків : Фірма «Консум», 1998. 480 с.

12. Багатомовний юридичний словник-довідник / І. О. Голубовська, В. М. Шовковий, О. М. Лефтерова та ін. Київ : Видавничо-поліграфічний центр «Київський університет», 2012. 543 с.

13. Яковенко О. А. Тенденції правового регулювання контракту як особливого виду трудового договору. *Часопис Київського університету права.* 2014. № 1. С. 391–394. URL : http://www.irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?C21COM=2&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN&IMAGE_FILE_DOWNLOAD=1&Image_file_name=PDF/Chkup_2014_1_92.pdf (дата звернення: 31.08.2022).

14. Ключник А. В. Теоретичний аналіз зовнішньоторговельного контракту. *Причорноморські економічні студії.* 2016. № 8. С. 20–24. URL : http://bses.in.ua/journals/2016/8-2016/6.pdf (дата звернення: 31.08.2022).

15. Саксонов В. Б. Правові особливості зовнішньоекономічних договорів (контрактів) України. *Електронна бібліотека юридичної літератури.* URL : http://www.pravoznavec.com.ua/period/article/42413/%C2 (дата звернення: 31.08.2022).

16. Кредісов А. І. Управління зовнішньоекономічною діяльністю : навчальний посібник. Київ : ВІРА-В, 2002. 552 с.

17. Зборовська О. М. Характерні особливості зовнішньоекономічних контрактів промислових підприємства. *Бюлетень Міжнародного Нобелівського економічного форуму.* 2013. № 1 (6). С. 146–151.

18. Господарський кодекс України : Закон України від 16.01.2003 № 436-IV. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/436-15 (дата звернення: 31.08.2022).

19. Про зовнішньоекономічну діяльність : Закон України від 16.04.1991 № 959-XII. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/959-12#Text (дата звернення: 31.08.2022).

20. Нежевело В. В. Реалізація прав учасників орендних земельних відносин як предмет теоретичних досліджень. *Право. Людина. Довкілля.* 2019. Т. 10, № 3. С. 49–56. DOI : https://doi.org/10.31548/law2019.03.007 (дата звернення: 31.08.2022).

21. Романюк У. В. Правова природа та зміст договору про патронат. *Університетські наукові записки*. 2018. № 2. С. 95–110. URL : http://old.univer.km.ua/visnyk/1764.pdf (дата звернення: 31.08.2022).

22. Комаров О. С. Типовий контракт: як уникнути невизначеності. *Ділові зв'язки*. 1993. № 5. С. 108–109.

23. Гиренко І. В., Пінчук Д. О. Недержавне регулювання зовнішньоекономічних договорів проформами міжнародних асоціацій. *Інтернаука* : міжнародний науковий журнал. 2018. № 8. URL : https://www.inter-nauka.com/issues/law2018/8/4317 (дата звернення: 31.08.2022).

24. Оберкович С. О. EPC контракт в Україні: ризики та нюанси реалізації. *GOLAW.* URL : https://golaw.ua/ua/insights/publication/epc-contracting-in-ukraine-implementation-features-and-risks/ (дата звернення: 31.08.2022).

25. Годдард І. А. EPC/EPCM-контракти як інструмент договірного регулювання міжнародного будівництва. URL : https://www.academia.edu/35649963/%D0%95%D0%A0%D0%A1_%D0%BA%D0%BE%D0%BD%D1%82%D1%80%D0%B0%D0%BA%D1%82%D1%8B_pdf (дата звернення: 31.08.2022).

26. Ostrynskyi, V., Nykytchenko, N., Sopilko, I., Krykun, V., & Mykulets, V. (2022). EPC-contracts using in renewable energy: Legal and practical aspect. Amazonia Investiga, 11 (52), 309–317. URL : https://doi.org/10.34069/AI/2022.52.04.33 Web of Science.

27. Новицька Н. Б., Устименко В. А., Теремецький В. І. Правове регулювання укладання EPC-контрактів для потреб відновлювальної енергетики. *Екологічне право.* 2022. № 3–4. С. 40–45. URL : http://ecolaw.idpnan.kyiv.ua/archive/2022/3-4/9.pdf (дата звернення: 11.04.2023).

28. Сухоставець І. В. Контракти FIDIC. Практичне застосування в Україні. *ЮРЛІГА.* URL : https://jurliga.ligazakon.net/analitycs/186294_kontrakti-fidic-praktichne-zastosuvannya-v-ukran (дата звернення: 31.08.2022).

29. Апаров А. М. Юридична природа поняття господарського договору: огляд наукових і нормативних підходів. *Підприємництво, господарство і право.* 2016. № 10. С. 42–46. URL : http://nbuv.gov.ua/UJRN/Pgip_2016_10_9 (дата звернення: 31.08.2022).

30. Рим Т. Я. Правова природа та зміст договору про участь у фонді фінансування будівництва. *Knowledge, Education, Law, Management.* 2020. № 4 (32). С. 126–133. URL : http://kelmczasopisma.com/viewpdf/1587 (дата звернення: 31.08.2022).

31. Паскевич Ю. В. Правова природа договору найму (оренди). *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. 2013. С. 197–200. URL : https://dspace.uzhnu.edu.ua/jspui/handle/lib/1287 (дата звернення: 31.08.2022).

32. Мазаракі Н. А. Правова природа і зміст договору про проведення медіації. *Право і суспільство*. 2018. № 1. С. 27. URL : http://elar.naiau.kiev.ua/handle/123456789/7703 (дата звернення: 31.08.2022).

33. Згама А. О. Правова природа договору умовного депонування (ескроу). *Юридичний науковий електронний журнал.* 2018. № 1. С. 36–39. URL : http://lsej.org.ua/1_2018/11.pdf (дата звернення: 15.10.2020).

34. Шишка Р. Б. Характеристика договорів. *Юридичний вісник. Повітряне і космічне право*. 2013. № 4. С. 119–125. URL : http://irbis-nbuv.gov.ua/cgi-http://surl.li/ggqao (дата звернення: 31.08.2022).

35. Мигалюк Л. В. Місце та роль непоіменованих договорів у цивільному праві України. *Університетські наукові записки: часопис. Хмельниц. ун-т. упр. та права.* 2011. № 2 (38). С. 173. URL : http://www.irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?I21DBN=LINK&P21DBN=UJRN&Z21ID=&S21REF=10&S21CNR=20&S21STN=1&S21FMT=ASP_meta&C21COM=S&2_S21P03=FILA=&2_S21STR=Unzap_2011_2_29 (дата звернення: 31.08.2022).

36. Гаро Г. О. Непоіменовані договори: головне – визначити правила гри. *Закон і бізнес.* URL : https://zib.com.ua/ua/130675.html (дата звернення: 31.08.2022).

37. Сурай Д. Ю. Змішані договори та їх відмінності від інших договорів. *Науковий вісник Ужгородського національного університету : Серія: Право*. 2015. № 30. С. 165–168. URL : http://www.irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?I21DBN=LINK&P21DBN=UJRN&Z21ID=&S21REF=10&S21CNR=20&S21STN=1&S21FMT=ASP_meta&C21COM=S&2_S21P03=FILA=&2_S21STR=nvuzhpr_2015_33(1)__42 (дата звернення: 31.08.2022).

38. Лідовець Р. А. Поняття та зміст змішаного договору. *Наукові записки. Серія «Право». Острог*. 2005. Випуск 6. С. 266–273. URL : https://eprints.oa.edu.ua/819/ (дата звернення: 31.08.2022).

39. Веретельник Л. К. Проблема систематизації договорів у цивільному праві. *Форум права*. 2011. № 1. С. 180–189. URL : http://nbuv.gov.ua/j-pdf/FP_index.htm_2011_1_34.pdf (дата звернення: 31.08.2022).

40. Тупицька Є. О. Щодо питання поіменованості чи непоіменованості договору новації боргу у позикове зобов'язання. *Форум права.* 2009. № 3. С. 621–626.

41. Вавженчук С. Я. До питання класифікації договорів на односторонні та взаємні, відплатні й безвідплатні. *Підприємництво, господарство і право*. 2021. № 6. С. 5–10. URL : http://pgp-journal.kiev.ua/archive/2021/6/1.pdf (дата звернення: 31.08.2022).

42. Вавженчук С. Я. Договірне право : навч. посіб. Київ : КНЕУ, 2011. 584 с.

43. Цивільний кодекс України : Закон України від 16.01.2003 № 435-IV. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15 (дата звернення: 31.08.2022).

44. Паращук Л. Г. Свобода договору як один із засобів реалізації принципу верховенства права в Україні. *Юридичний журнал*. 2011. № 11. С. 62–66. URL : http://surl.li/ggqav (дата звернення: 31.08.2022).

45. Бітюк П. О. До питання про співвідношення добросовісності та свободи договору. *Господарське право і процес*. 2017. № 8. С. 65–70. URL : http://pgp-journal.kiev.ua/archive/2017/8/14.pdf (дата звернення: 31.08.2022).

46. Беляневич О. А. Принцип свободи договору за Цивільним та Господарським кодексами України. *Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридична наука*. 2004. № 60–62. С. 64–68.

47. Луць А. В. Свобода договору в цивільному праві України : автореф. дис. на здобуття наук. ступекня канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2001. 20 с.

48. Яворська О. С. Договірні зобов'язання про передання майна у власність: цивільно-правові аспекти : монографія. Тернопіль : Підручники і посібники, 2009. 384 с.

49. Басай О. В. Принципи цивільного права України: теорія і практика : монографія. Івано-Франківськ : Сімик, 2013. 428 с.

50. Мельниченко Р. В. Обмеження договірної свободи сторін у цивільному праві України. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. *Серія: Право.* 2015. № 30. С. 140–144. URL : http://surl.li/ggqbm (дата звернення: 31.08.2022).

51. Кисіль В. І. Право, що застосовується до зовнішньоторговельних договорів: тенденції розвитку законодавчого регулювання. *Юридичний журнал.* 2004. № 2. Василь Кисіль та партнери. URL : https://vkp.ua/ua/publication/the_law_regarding_foreign_trade_agreements_regulatory_development_trends (дата звернення: 31.08.2022).

52. Про міжнародне приватне право : Закон України від 23.06.2005 № 2709-IV. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2709-15#Text (дата звернення: 31.08.2022).

53. Giuliano M., Lagarde P. Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations. Archive of European Integration. *University of Pittsburg*. URL : http://aei.pitt.edu/1891/ (дата звернення: 31.08.2022).

54. Остринський В. О. Проблеми вибору права та його обмеження при укладенні ЕРС-контрактів. *Часопис Київського університету права*. 2020. № 2. С. 218–223. URL : https://chasprava.com.ua/index.php/journal/article/view/376/357 (дата звернення: 31.08.2022).

55. Лещенко Н. Окремі аспекти укладення зовнішньоекономічного договору: умова про вибір права. *Погляд юриста* :юридичний блог компанії Jurimex. URL : http://jurblog.com.ua/2014/03/okremi-aspekti-ukladennya-zovnishnoekonomichnogo-dogovoru-umova-pro-vibir-prava/ (дата звернення: 31.08.2022).

56. Цірат К. Г. Сучасні підходи до регулювання проблеми конфлікту стандартних положень на прикладі Принципів вибору права в міжнародних

комерційних договорах. *Альманах міжнародного права*. 2017. № 17. С. 134–143. URL : http://surl.li/ggqcm (дата звернення: 31.08.2022).

57. Рішення Міжнародного комерційного арбітражного суду при ТПП України у справі № 40 від 15 жовтня 2009 року / Міжнародний комерційний арбітражний суд при Торгово-промисловій палаті України. ICAC. URL : http://arb.ucci.org.ua/icac/cases/2006-2010/caseNo40.pdf (дата звернення: 31.08.2022).

58. Використання і неналежне застосування форм FIDIC в Польщі / Клі Л., Мареж О., Скорупський М., Непомнящий О. *Міжнародна Гільдія Інженерів Консультантів*. URL : https://iceg.com.ua/vikoristannya-i-nenalezhne-zastosuvannya-form-fidic-v-polshhi/ (дата звернення: 31.08.2022).

59. Важинський С. Е., Щербак Т І. Методика та організація наукових досліджень : навч. посіб. Суми : СумДПУ імені А. С. Макаренка. 2016. 260 с. URL : https://pedagogy.lnu.edu.ua/wp-content/uploads/2017/03/vajinskii-posibnyk.pdf (дата звернення: 31.08.2022).

60. Шуменко О. А. Основи наукових досліджень : конспект лекцій. Суми : Сумський державний університет, 2020. 60 с. URL : https://core.ac.uk/download/pdf/324260608.pdf (дата звернення: 31.08.2022).

61. Грабченко А. І., Федорович В. О., Гаращенко Я. М. Методи наукових досліджень : навч. посібник. Харків : НТУ «ХПІ», 2009. 142 с. URL : http://repository.kpi.kharkov.ua/bitstream/KhPI-Press/5823/1/Hrabchenko_Metody_naukovykh_2009.pdf (дата звернення: 31.08.2022).

62. Поліщук О. П. Аналіз і синтез / Велика українська енциклопедія. URL : https://vue.gov.ua/index.php?title=%D0%90%D0%BD%D0%B0%D0%BB%D1%96%D0%B7_%D1%96_%D1%81%D0%B8%D0%BD%D1%82%D0%B5%D0%B7&oldid=202518 (дата звернення: 31.08.2022).

63. Костицький М. В. Логіка як методологія наукового пізнання (зокрема в правознавстві). *Філософські та методологічні проблеми права*. 2014. № 1. С. 3–13. URL : http://elar.naiau.kiev.ua/bitstream/123456789/928/1/3.pdf (дата звернення: 31.08.2022).

64. Кант І. Рефлексії до критики чистого розуму. Київ, 2004. 464 с. URL : https://chtyvo.org.ua/authors/Kant_Immanuel/Refleksii_do_krytyky_chystoho_rozumu/ (дата звернення: 31.08.2022).

65. Арістотель. Політика. Київ, 2000. С. 15–34. URL : http://litopys.org.ua/aristotle/arist02.htm (дата звернення: 31.08.2022).

66. Методи наукового дослідження та їх роль у науковому пізнанні. Лекція / Хмельницький національний університет. URL : http://surl.li/ggqct (дата звернення: 31.08.2022).

67. Щерба С. П., Щедрін В. К., Заглада О. А. Філософія : навч. посібник. Київ : МАУП, 2004. 216 с. URL : http://politics.ellib.org.ua/pages-216.html (дата звернення: 31.08.2022).

68. Бежевець А. М. Порівняльно-правовий аналіз категорії «Інформація». *Вісник НТУУ «КПІ». Політологія. Соціологія. Право* : збірник наукових праць. 2009. № 3. С. 5–12. URL : https://ela.kpi.ua/bitstream/123456789/6259/1/1_Bejevets.pdf (дата звернення: 31.08.2022).

69. Лебедєва О. В. Співвідношення держави та права: теоретико-правовий аналіз. *Вісник НТУУ «КПІ». Політологія. Соціологія. Право* : збірник наукових праць. 2010. № 2 (6). С. 127–130. URL : https://ela.kpi.ua/bitstream/123456789/5860/1/10%20-%202%286%29%20-%2022.pdf (дата звернення: 31.08.2022).

70. Складання та правовий аналіз договорів. *Global Consulting.* URL : https://gc.ua/uk/skladannya-i-pravoviy-analiz-dogovoriv/ (дата звернення: 31.08.2022).

71. Юридичний аналіз договору. *ЮК «Олексій Пуха і Партнери».* URL : https://puhaipartnery.com.ua/ua/YUridicheskie-uslugi/view/2169/ (дата звернення: 31.08.2022).

72. Due Diligence. *АФ «Грамацький і Партнери».* URL : https://gramatskiy.com/uk/due-diligence (дата звернення: 31.08.2022).

73. Правовий аудит (Due Diligence). *АО «Winner Lex».* URL : https://winnerlex.ua/services/gospodarska-praktika/pravovij-audit-due-dilligence/ (дата звернення: 31.08.2022).

74. Касич А. О., Яковенко Я. Ю. Дью Дилидженс як ключовий інструмент аналізу доцільності інвестування. *Фінанси та оподаткування*. 2015. № 8. С. 92–97. URL : https://ir.kneu.edu.ua/bitstream/handle/2010/17443/92-97.pdf?sequence=1&isAllowed=y (дата звернення: 31.08.2022).

75. Ткачук І. М. Чи є DUE DILIGENCE юридичним аудитом? *Економічні науки. Серія: Облік і фінанси*. 2012. № 9(3). С. 399–405. URL : http://surl.li/ggqfk (дата звернення: 31.08.2022).

76. Складення та правовий аналіз договорів. Юридичний супровід укладення договорів. *KPD Consaltin Law Firm.* URL : https://jurist-blog.com.ua/skladanna-dogovoriv.html (дата звернення: 31.08.2022).

77. Типові проформи контрактів FIDIC / Інформаційна довідка. «Гільдія інженерів технічного нагляду за будівництвом об'єктів архітектури». URL : http://www.gitn.org.ua/news/TipoviproformikontraktivFIDICInformatsiynadovidka/ (дата звернення: 31.08.2022).

78. Ellis Baker, Ben Mellors, Scott Chalmers, Anthony Lavers. FIDIC Contracts: Law and Practice. *Informa.* 2009. 397 с. URL : https://books.google.com.ua/books?id=FZY3AAAAQBAJ&printsec=copyright&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false (дата звернення: 31.08.2022).

79. The Short Form of Contract (First Edition, 1999). Agreement, General Conditions, Rules for Adjudication and Notes for Guidance. FIDIC. 30 с. URL : https://www.academia.edu/24897045/FIDIC_SHORT_FORM_OF_CONTRACT (дата звернення: 31.08.2022).

80. Notes and Commentary on The FIDIC Short Form of Contract. FIDIC. 2004. URL : https://pdf4pro.com/fullscreen/fidic-short-form-text-nadr-97615.html (дата звернення: 31.08.2022).

81. Про захист економічної конкуренції : Закон України від 11.01.2001 № 2210-III. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2210-14#Text (дата звернення: 31.08.2022).

82. Рішення Господарського суду Рівненської області від 28.09.2020 у справі № 918/769/20 / YOU CONTROL : вебсайт. URL : https://youcontrol.com.ua/catalog/court-document/91939184/ (дата звернення: 31.08.2022).

83. England and Wales Court of Appeal (Civil Division) Decisions in Case No: A1/2003/2226 / British and Irish Legal Information Institute : вебсайт. URL : http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2004/115.html (дата звернення: 31.08.2022).

84. Авторський колектив коментар до Цивільного кодексу України. *ЛігаЗакон.* URL : https://ips.ligazakon.net/document/KK00002I (дата звернення: 31.08.2022).

85. Бакалінська О. О. Концептуальні підходи до визначення змісту поняття добросовісність у західній правовій доктрині. *Часопис Київського університету права*. 2012. № 2. URL : http://kul.kiev.ua/images/chasop/2012_2/150.pdf (дата звернення: 31.08.2022).

86. The Unfair Terms in Consumer Contracts 1999. No. 2083. UK Parliament. Legislation.gov.uk. URL : https://www.legislation.gov.uk/uksi/1999/2083/made (дата звернення: 31.08.2022).

87. Абдрахманова С. Ж. Соотношение понятий «добросовестность» и «эстоппель». *Вестник Института законодательства Республики Казахстан*. 2017. № 2. URL : https://cyberleninka.ru/article/n/sootnoshenie-ponyatiy-dobrosovestnost-i-estoppel/viewer (дата звернення: 31.08.2022).

88. Справа Хьюза проти Метрополитен Рейлвей Ко / Вікіпедія. URL : https://ru.xcv.wiki/wiki/Hughes_v_Metropolitan_Railway_Co (дата звернення: 31.08.2022).

89. Мануїлова А. І. Становлення принципу естопеля в міжнародному праві. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія ПРАВО*. 2018. № 2. URL : https://journals.indexcopernicus.com/api/file/viewByFileId/715852.pdf (дата звернення: 31.08.2022).

90. Дрогозюк К. Б. Застосування принципу естопель у доказуванні в цивільному процесі України. *Правове життя сучасної України* : матеріали Міжнар. наук.-практ. конф. : у 3 томах. Т. 2. Одеса : Гельветика, 2020. С. 334–336. URL : http://surl.li/ggqft (дата звернення: 31.08.2022).

91. Томаров І. Є. Фантастичні естопелі та де їх шукати в Україні. *Юридична Газета.* URL : https://yur-gazeta.com/dumka-eksperta/fantastichni-estopeli-ta-de-yih-shukati-v-ukrayini.html (дата звернення: 31.08.2022).

92. UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS. 2016. URL : https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016/ (дата звернення: 31.08.2022).

93. Study Group on a European Civil Code. Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group). Principles, definitions and model rules of european private law. URL : http://surl.li/gfylc (дата звернення: 31.08.2022).

94. Постанова Львівського апеляційного господарського суду від 13.06.2017 у справі № 914/2622/16. *YOU CONTROL*. URL : https://youcontrol. com.ua/ru/catalog/court-document/67157386/ (дата звернення: 31.08.2022).

95. Постанова Верховного Суду України від 09.04.2018 у справі № 903/394/18. *ZakonOnline*. URL : https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/81112581 (дата звернення: 31.08.2022).

96. Постанова Верховного Суду України від 17.11.2018 у справі № 911/205/18. Протокол. URL : https://protocol.ua/ru/postanova_kgs_vp_vid_17_11_2018_roku_u_spravi_911_205_18/ (дата звернення: 31.08.2022).

97. Про затвердження Загальних умов укладення та виконання договорів підряду в капітальному будівництві : Постанова Кабінету Міністрів України від 1 серпня 2005 р. № 668. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/668-2005-%D0%BF#Text (дата звернення: 31.08.2022).

98. The FIDIC Golden Principles. First Edition 2019. FIDIC. URL : https://fidic.org/sites/default/files/_golden_principles_1_12.pdf (дата звернення: 31.08.2022).

99. ТОП-5 інструментів залучення «зелених» інвестицій. *Вісник офіційно про податки.* 2017. URL : https://web.archive.org/web/20190518144559/http://www.visnuk.com.ua/ru/publication/100005817-top-5-instrumentiv-zaluchennya-zelenikh-investitsiy (дата звернення: 31.08.2022).

100. Довгань Т., Вікторія С. Важливими елементами структурування угоди є її економічна сутність та комерційна обґрунтованість рішень в

плануванні операції, прозорість угоди і всіх її елементів. *Освітня платформа Legal High School.* URL : https://lhs.net.ua/ua-bilshist-uhod-m-a-v-ukraini-strukturuiutsia-iak-kupivlia-aktsii-kompanii-tetiana-dovhan-i-viktoriia-stavchuk-ru-bolshynstvo-sdelok-m-a-v-ukrayne-strukturyruiutsia-kak-pokupka-aktsyi-kompanyy-tatian/ (дата звернення: 31.08.2022).

101. Лукашенко М. Від А до Я: юридичний супровід M&A-угод. *Юрист & Закон.* URL : https://uz.ligazakon.ua/ua/magazine_article/EA010985 (дата звернення: 31.08.2022).

102. Ігнатенко В. В., Хлопенко О. Способи та форми структурування угод M&A. *Національний юридичний журнал: теорія і практика*. 2016. С. 150–153. URL : http://www.jurnaluljuridic.in.ua/archive/2016/3/31.pdf (дата звернення: 31.08.2022).

103. Структурування угод з купівлі об'єктів нерухомості. *Activist.* URL : https://web.archive.org/web/20210418225223/https://activitis.com/blog/strukturirovanie-sdelok-po-pokupke-obektov-nedvizhimosti (дата звернення: 31.08.2022).

104. Кулаковська Л. П., Піча Ю. В. Організація і методика аудиту : навч. посібник. Київ : Каравела, 2004. 568 с. URL : https://pidru4niki.com/11570718/buhgalterskiy_oblik_ta_audit/struktura_dogovoru (дата звернення: 31.08.2022).

105. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення залучення інвестицій та запровадження нових фінансових інструментів : Закон України від 19.06.2020 № 738-IX. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/738-20#n3313 (дата звернення: 31.08.2022).

106. Про електронні довірчі послуги : Закон України від 05.10.2017 2155-VIII. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2155-19#Text (дата звернення: 31.08.2022).

107. Мілаш В. С. Перспективи модернізації договірних правовідносин у сфері господарювання : монографія. Харків : ХНУМГ, 2014. 227 с.

108. Мокієнко Т. В., Прийдак Т. Б., Ліпський Р. В. Господарські договори: сутність, значення, види та порядок укладання. *Ефективна економіка.* URL : http://www.economy.nayka.com.ua/pdf/4_2019/57.pdf (дата звернення: 31.08.2022).

109. Кучаровська Н. О. Правове регулювання укладення електронних господарських договорів. *Зовнішня торгівля: економіка, фінанси, право*. 2016. № 6. С. 62–74. URL : http://zt.knute.edu.ua/files/2016/6(89)/07.pdf (дата звернення: 31.08.2022).

110. Про затвердження Порядку взаємного визнання українських та іноземних сертифікатів відкритих ключів, електронних підписів, а також використання інформаційно-телекомунікаційної системи центрального засвідчувального органу для забезпечення визнання в Україні електронних довірчих послуг, іноземних сертифікатів відкритих ключів, що використовуються під час надання юридично значущих електронних послуг у процесі взаємодії між суб'єктами різних держав : постанова Кабінету Міністрів України від 23 січня 2019 р. № 60. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/60-2019-%D0%BF#Text (дата звернення: 31.08.2022).

111. Лист Міністерства цифрової трансформації України від 26.11.2020 № 1/04-9-6238. URL : https://infobox.prozorro.org/upload/files/main/1412/553/1c3fc433-002e-43f5-a2d5-abc6287a4182-2.pdf (дата звернення: 31.08.2022).

112. Де може отримати КЕП нерезидент України? Головне управління ДПС у Київській області. URL : https://kyivobl.tax.gov.ua/media-ark/news-ark/493400.html (дата звернення: 31.08.2022).

113. FIDIC Conditions of Contract for EPC/TURNKEY PROJECTS Second Edition. 2017. 228 с.

114. Сухоставець І. В. Контракти FIDIC в Україні – вже невідворотний процес. *Юридична Газета.* URL : https://yur-gazeta.com/interview/kontrakti-fidic-v-ukrayini--vzhe-nevidvorotniy-proces.html (дата звернення: 31.08.2022).

115. FIDIC 2017…Там, де закінчується Веселка? *Міжнародна Гільдія Інженерів Консультантів.* URL : https://iceg.com.ua/fidic-2017-tam-de-zakinchuyetsya-veselka/ (дата звернення: 31.08.2022).

116. The meaning and contestability of fair risk allocation in commercial contracting. BELL GULLY. Legal 500. URL : https://www.legal500.com/developments/thought-leadership/the-meaning-and-contestability-of-fair-risk-allocation-in-commercial-contracting/ (дата звернення: 31.08.2022).

117. Грицишина М. С. На ВЕС золота: особливості укладання договорів постачання та установки вітрових турбін. *Mind.* URL : https://mind.ua/openmind/20224385-na-ves-zolota-osoblivosti-ukladannya-dogovoriv-postachannya-ta-ustanovki-vitrovih-turbin (дата звернення: 31.08.2022).

118. Остринський В. О. Проблеми правового регулювання розділення EPC-контрактів в сфері відновлювальних джерел енергії. *Правотворчість та правозастосування у демократичній державі: теорія і практика* : Міжнародна юридична науково-практична конференція. 2019. СЕКЦІЯ № 4. URL : http://legalactivity.com.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=2094%3A030919-11&catid=249%3A4-102019&Itemid=307&lang=ru (дата звернення: 31.08.2022).

119. Damian McNair. Splitting an EPC Contract. PWC. URL : https://www.pwc.com.au/legal/assets/investing-in-infrastructure/iif-9-splitting-epc-contract-feb16-3.pdf (дата звернення: 31.08.2022).

120. Деякі питання виконання підготовчих і будівельних робіт : Постанова Кабінету Міністрів України від 13 квітня 2011 р. № 466. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/466-2011-%D0%BF#Text (дата звернення: 31.08.2022).

121. Шаповалова О. В. Тлумачення господарських ризиків, пов'язаних з державно-приватним партнерством. *Правничий часопис Донецького університету.* 2013. № 2. С. 27–34. URL : http://www.irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?I21DBN=LINK&P21DBN=UJRN&Z21ID=&S21REF=10&S21CNR=20&S21STN=1&S21FMT=ASP_meta&C21COM=S&2_S21P03=FILA=&2_S21STR=Pchdu_2013_2_6 (дата звернення: 31.08.2022).

122. Циба Я. В. Підходи до розуміння поняття «ризик». *Ефективна економіка*. 2014. № 2. URL : http://nbuv.gov.ua/UJRN/efek_2014_2_38

123. Беззубов Д. О. Про тлумачення «ризикознавства» в юридичній науці України. *Держава і право* : зб. наук. праць. Юрид. і політ. науки. Київ : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2009. № 45. С. 275–281. URL : http://dspace.nbuv.gov.ua/bitstream/handle/123456789/11180/48%20-%20Bezzubov.pdf?sequence=1 (дата звернення: 31.08.2022).

124. Гончар Г. П. Ризики у сфері зовнішньоекономічної діяльності. *Економіка і суспільство*. 2017. № 12. URL : http://dspace.wunu.edu.ua/bitstream/316497/39002/1/%D0%93%D0%BE%D0%BD%D1%87%D0%B0%D1%80_%D1%81%D1%82%D0%B0%D1%82%D1%82%D1%8F.pdf (дата звернення: 31.08.2022).

125. Про затвердження Методики виявлення ризиків здійснення державно-приватного партнерства, їх оцінки та визначення форми управління ними : Постанова Кабінету Міністрів України від 16 лютого 2011 р. № 232. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/232-2011-%D0%BF#Text (дата звернення: 31.08.2022).

126. Возняковська К. А. Ризик у господарському договірному праві. *Право та державне управління*. 2015. № 2. С. 77–81.

127. Ойгензихт В. А. Проблема «ризику» в цивільному праві. Душанбе : ІРФОН, 1972. 224 с.

128. Харитонов Е. О. Нариси порівняльного правознавства: традиції приватного (громадянського) права у Європі. Одеса : Фенікс, 2013. 639 с.

129. Правовий аналіз підходів до розподілу ризиків за EPC-контрактами в Україні / Устименко В. А., Теремецький В. І., Деревянко Б. В., Рябченко О. П. *Наукові записки. Серія: Право.* 2021. Вип. 10. Спецвипуск. С. 117–121. URL : https://www.cuspu.edu.ua/images/nauk_zapiski/pravo/10_spec_2021/117-121.pdf (дата звернення: 11.04.2023).

130. Конвенція Організації Об’єднаних Націй про договори міжнародної купівлі-продажу товарів від 11 квітня 1980 року. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_003#Text (дата звернення: 31.08.2022).

131. Goldman B. The applicable law: general principles of law – the lex mercatoria. In: Lew J.D.M. Contemporary Problems in International Arbitration. Springer, Dordrecht. 1982. URL : https://doi.org/10.1007/978-94-017-1156-2_11 (дата звернення: 31.08.2022).

132. Гончаренко О. М. Транснаціональне торгове право як форма нормативного саморегулювання. *Зовнішня торгівля: економіка, фінанси, право*. 2020. № 1. С. 32–42.

133. Effort Shipping Co Ltd v Linden Management SA and Another, The Giannis IVK. 1998. URL : https://cmlcmidatabase.org/effort-shipping-company-ltd-v-linden-management-sa (дата звернення: 31.08.2022).

134. Воловик О. А. Еволюція мети договірного права крізь призму економічного підходу:(історія та сучасні тенденції). *Вісник Вищої ради юстиції*. 2013. № 2 (14). С. 125–138.

135. Великанова М. М. Ризик та цивільно-правова відповідальність: огляд доктринальних підходів щодо проблеми їх співвідношення. *Часопис Київського університету права.* 2018. № 1. С. 132–135. URL : http://nbuv.gov.ua/UJRN/Chkup_2018_1_30 (дата звернення: 31.08.2022).

136. The Asbestos (Prohibitions) (Amendment) Regulations. 1999. No 2373. UK Parliament / Legislation.gov.uk. URL : https://www.legislation.gov.uk/uksi/1999/2373/made?view=extent (дата звернення: 31.08.2022).

137. The Control of Asbestos Regulations. 2012 No 632. UK Parliament / Legislation.gov.uk. URL : https://www.legislation.gov.uk/uksi/2012/632/contents/made (дата звернення: 31.08.2022).

138. Кравченко В. І. Основи житлової економіки. Київ : Основа, 2007. 416 с.

139. Гаврилов А. В. Ризики у договірних відносинах у будівництві. *Держава та регіони. Серія «Державне управління».* 2018. № 4. С. 42–47. URL : http://www.pa.stateandregions.zp.ua/archive/4_2018/10.pdf (дата звернення: 31.08.2022).

140. Килимник І. І., Висоцька В. Г. Використання будівельних контрактів ФІДІК під час впровадження інфраструктурних проектів у будівництві в Україні. *Економіко-правові засади формування та розвитку регіональної інфраструктури в умовах децентралізації економіки України* : інтернет-конференція ХНУМГ ім. О. М. Бекетова. 2018. С. 155–158. URL : https://core.ac.uk/download/pdf/162019567.pdf (дата звернення: 31.08.2022).

141. Костюченко О. Є. Удосконалення договірних відносин щодо відновлення і розвитку енергетичної галузі в Україні на основі EPC контрактів. НАУКОВІ ЗАПИСКИ. СЕРІЯ: ПРАВО. Випуск 14 2023. С. 59-65.

142. Nael G. Bunni. Biography. *International Arbitration Institute.* URL : https://www.iaiparis.com/profile/nael.bunni (дата звернення: 31.08.2022).

143. Nael G. Bunni. The four criteria of risk allocation in construction. *International Construction Law Review.* URL : https://www.i-law.com/ilaw/doc/view.htm?id=208142 (дата звернення: 31.08.2022).

144. James Williams. Risk in EPC Contracts. *Al Tamim&Co.* URL : https://www.tamimi.com/law-update-articles/risk-in-epc-contracts/ (дата звернення: 31.08.2022).

145. Dr. Patricia D. Galloway. The Art of Allocating Risk in an EPC Contract to Minimize Disputes. *The Construction Lawyer.* URL : https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/conlaw38&div=44&id=&page (дата звернення: 31.08.2022).

146. Організація будівельного виробництва. ДБН А. 3.1.-5:2016 : наказ Мінрегіону від 05.05.2016 № 115. URL : https://www.minregion.gov.ua/wp-content/uploads/2016/01/A315_Organizatsiya-budivelnogo-virobnitstva.pdf (дата звернення: 31.08.2022).

147. Податковий кодекс України : Закон України від 02.12.2010 № 2755-VI. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2755-17 (дата звернення: 31.08.2022).

148. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо участі інженера-консультанта у реалізації будівельних проектів : проект Закону України / Міністерство інфраструктури України. URL : https://mtu.gov.ua/news/32624.html (дата звернення: 31.08.2022).

149. Правила визначення вартості будівництва. ДСТУ Б Д.1.1-1:2013 : наказ Міністерства регіонального розвитку, будівництва та житлово-комунального господарства України від 05.07.2013 № 293. URL : https://www.minregion.gov.ua/wp-content/uploads/2015/12/DSTU1.1-1_z_-Zm_noyu-1.pdf (дата звернення: 31.08.2022).

150. Про бухгалтерський облік та фінансову звітність в Україні : Закон України від 16.07.1999 № 996-XIV. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/996-14#Text (дата звернення: 31.08.2022).

151. Joseph A. Huse. Understanding and Negotiating Turnkey and EPC Contracts. *Sweet & Maxwell*. 2002 973 с. URL : https://books.google.com/books/about/Understanding_and_Negotiating_Turnkey_an.html?id=XiaDaHHhtBEC (дата звернення: 31.08.2022).

152. JanPícha, AlešTomek, HarryLöwitt. Application of EPC Contracts in International Power Projects. *Procedia Engineering*. 2015. Vol. 123. С. 397–404. URL : https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1877705815031628 (дата звернення: 31.08.2022).

153. Jonathan Hosie. EPC Contracts. Controlling cost blowouts on mining developments. 2015. 28 с. URL : https://www.mayerbrown.com/-/media/files/perspectives-events/publications/2015/01/epc-contracts--controlling-cost-blowouts-on-mining/files/epc_contracts_jan15_hosie/fileattachment/epc_contracts_jan15_hosie.pdf (дата звернення: 31.08.2022).

154. ICE Conditions of Contract Target Cost Version, First Edition. URL : http://surl.li/ggqhj (дата звернення: 31.08.2022).

155. Obrascon Huarte Lain Sa v Her Majesty's Attorney General For Gibraltar. URL : https://www.eversheds-sutherland.com/global/en/what/articles/index.page?ArticleID=en/Construction_And_Engineering/Interpreting_provisions_in_FIDIC (дата звернення: 31.08.2022).

156. Damian McNair. EPC-Contracts in the process plant sector. DLA Piper : вебсайт. URL : https://www.dlapiper.com/~/media/files/insights/publications/2012/03/epc-contracts-in-the-process-plant-sector/files/epccontractsprocessplantsector/fileattachment/epccontractsprocessplantsector.pdf (дата звернення: 31.08.2022).

157. Ержан Есимханов. Застосування EPC-контрактів в Республіці Казахстан. Kazservice : вебсайт. 2013. URL : https://online.zakon.kz/Document/?Doc_id=35524916&pos=5;-106#pos=5;-106 (дата звернення: 31.08.2022).

158. Камал Сабіров. Деякі особливості та проблеми юридичної адаптації форм будівельних контрактів FIDIC у Республіці Казахстан. *Вісник Інституту законодавства РК*. 2018. № 4 (58). С. 177–183. URL : http://surl.li/ggqho (дата звернення: 31.08.2022).

159. Ардак Ідаятова. Особливості адаптації Контрактів FIDIC до казахстанського законодавства. *PETROLEUM*. 2019. № 6. С. 50–57. URL : https://www.aequitas.kz/upload/files/publications/2020/PETROLEUM6%28120%29 2019.pdf (дата звернення: 31.08.2022).

160. Rimantas Daujotas. Construction Arbitration in the Baltic States (Lithuania, Latvia, Estonia). URL : https://rdaujotas.com/wp-content/uploads/ 2022/02/R.-Daujotas.-Construction-Arbitration-in-the-Baltic-states_Lithuania_Latvia_Estonia.-2017.pdf (дата звернення: 31.08.2022).

161. Лист Торгово-промислової палати України від 28/02/2022 № 2024/02.0-7.1 URL : https://ucci.org.ua/uploads/files/621ce831ac29f951072237. pdf (дата звернення: 31.08.2022).

162. Нацрегулятор погодив збільшення потужності Тилігульської ВЕС. Українська енергетика. URL : https://ua-energy.org/uk/posts/natsrehuliator-pohodyv-zbilshennia-potuzhnosti-tylihulskoi-ves (дата звернення: 31.08.2022).

163. На Миколаївщині завершили будівництво Тилігульської вітроелектростанції. *Екополітика.* URL : https://ecopolitic.com.ua/ua/news/na-mikolaivshhini-zavershili-budivnictvo-tiligulskoi-vitroelektrostancii/ (дата звернення: 31.08.2022).

164. Санкции ЕС на товары для СПГ и нефтепереработки заработали для контрактов до 26 февраля. *Интерфакс.* URL : https://www.interfax.ru/world/ 843222 (дата звернення: 31.08.2022).

165. Political Risk Insurance May Cover Business Losses Resulting From Russia's Invasion of Ukraine. *Jonesday.* URL : https://www.jonesday.com/en/ insights/2022/03/political-risk-insurance-may-cover-business-losses-resulting-from-russias-invasion-of-ukraine (дата звернення: 31.08.2022).

166. Остринський В. О. Перспективи розвитку ринкової саморегуляції будівельної галузі: господарсько-правовий аспект. *Треті наукові читаннях пам'яті академіка В. К. Мамутова, 20 липня 2021 року.* С. 202–207.

167. Давиденко О. О. Концепція відродження мостової та дорожньої галузі. URL : https://drive.google.com/file/d/1tohzPAfM3benOU_rcvj8YOSfkqAFvO4K/vi ew (дата звернення: 31.08.2022).

168. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо реформування сфери містобудівної діяльності : Закон України від 13 грудня 2022 року № 2851-IX. URL : https://ips.ligazakon.net/document/view/JI05429G?an=4089 (дата звернення: 31.08.2022).

169. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо реформування сфери містобудівної діяльності : проект Закону України від 11.06.2021 № 5655 / Верховна Рада України. URL : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=72212 (дата звернення: 31.08.2022).

170. Про внесення змін до Загальних умов укладення та виконання договорів підряду в капітальному будівництві : постанова Кабінету Міністрів України від 17 березня 2021 р. № 224. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/224-2021-%D0%BF#Text (дата звернення: 31.08.2022).

171. Підсумковий звіт. Україна: реформування нормативно-правового регулювання будівельної галузі України. *Baker McKenzie* / Мінрегіон. URL : https://www.minregion.gov.ua/wp-content/uploads/2021/04/pidsumkovyj-zvit.pdf (дата звернення: 31.08.2022).

172. Про регулювання містобудівної діяльності : Закон України від 17.02.2011 № 3038-VI. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3038-17#Text (дата звернення: 31.08.2022).

173. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України, щодо участі інженера-консультанта у реалізації будівельних проектів : проект Закону України / Міністерство інфраструктури України. URL : https://mtu.gov.ua/projects/233 (дата звернення: 31.08.2022).

174. Рішення Конституційного Суду України у справі № 1-2/2002 від 09.07.2002 у справі за конституційним зверненням Товариства з обмеженою відповідальністю «Торговий Дім «Кампус Коттон клаб» щодо офіційного тлумачення положення частини другої статті 124 Конституції України (справа про досудове врегулювання спорів) / Офіційний вебпортал парламенту України. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v015p710-02#Text (дата звернення: 31.08.2022).

175. Господарський процесуальний кодекс України : Закон України від 06.11.1991 № 1798-XII. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1798-12#Text (дата звернення: 31.08.2022).

ДОДАТКИ

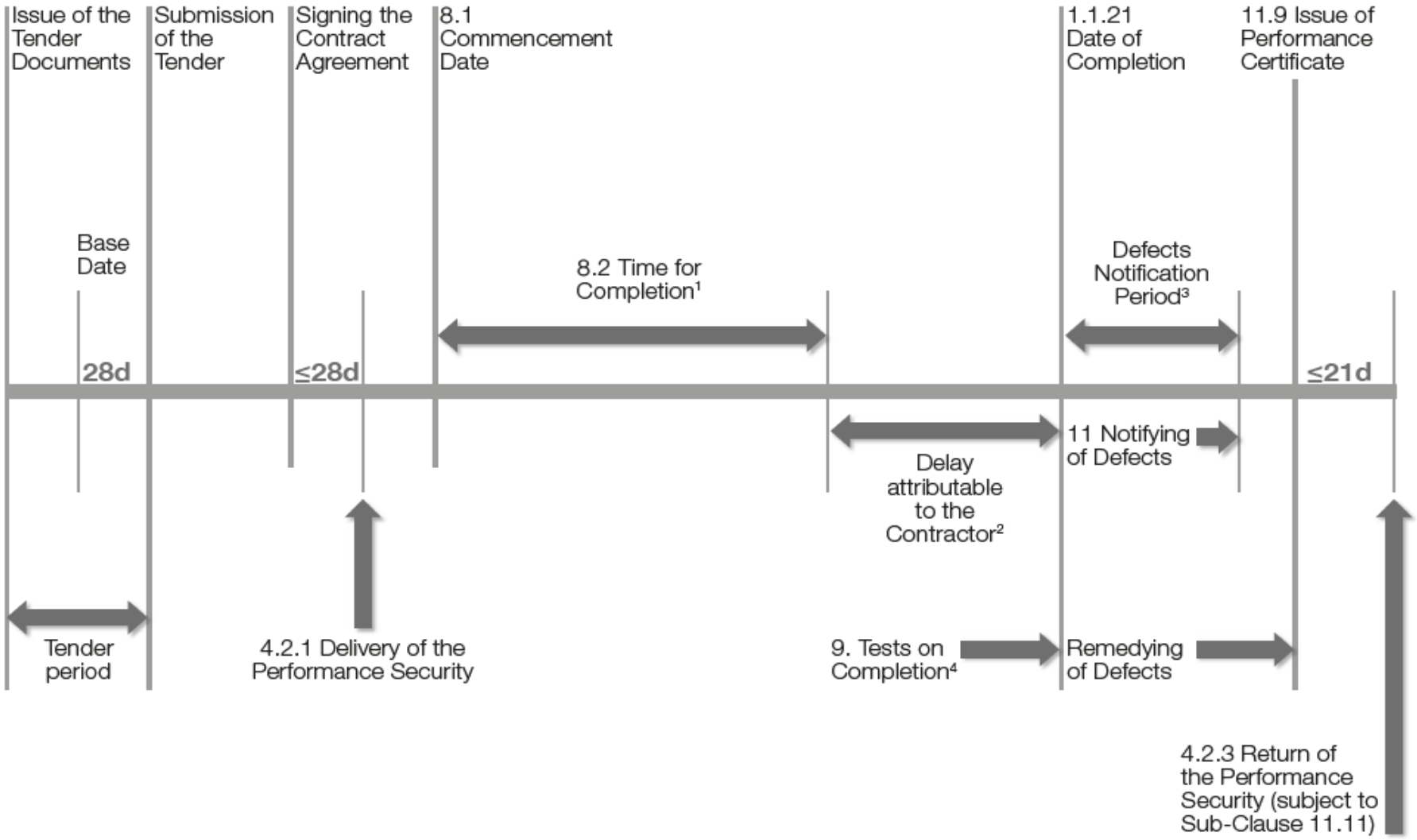
ДОДАТОК А

ОСОБЛИВОСТІ ФОРМ КОНТРАКТІВ FIDIC, ВИДАНИХ ПІСЛЯ 1999 РОКУ



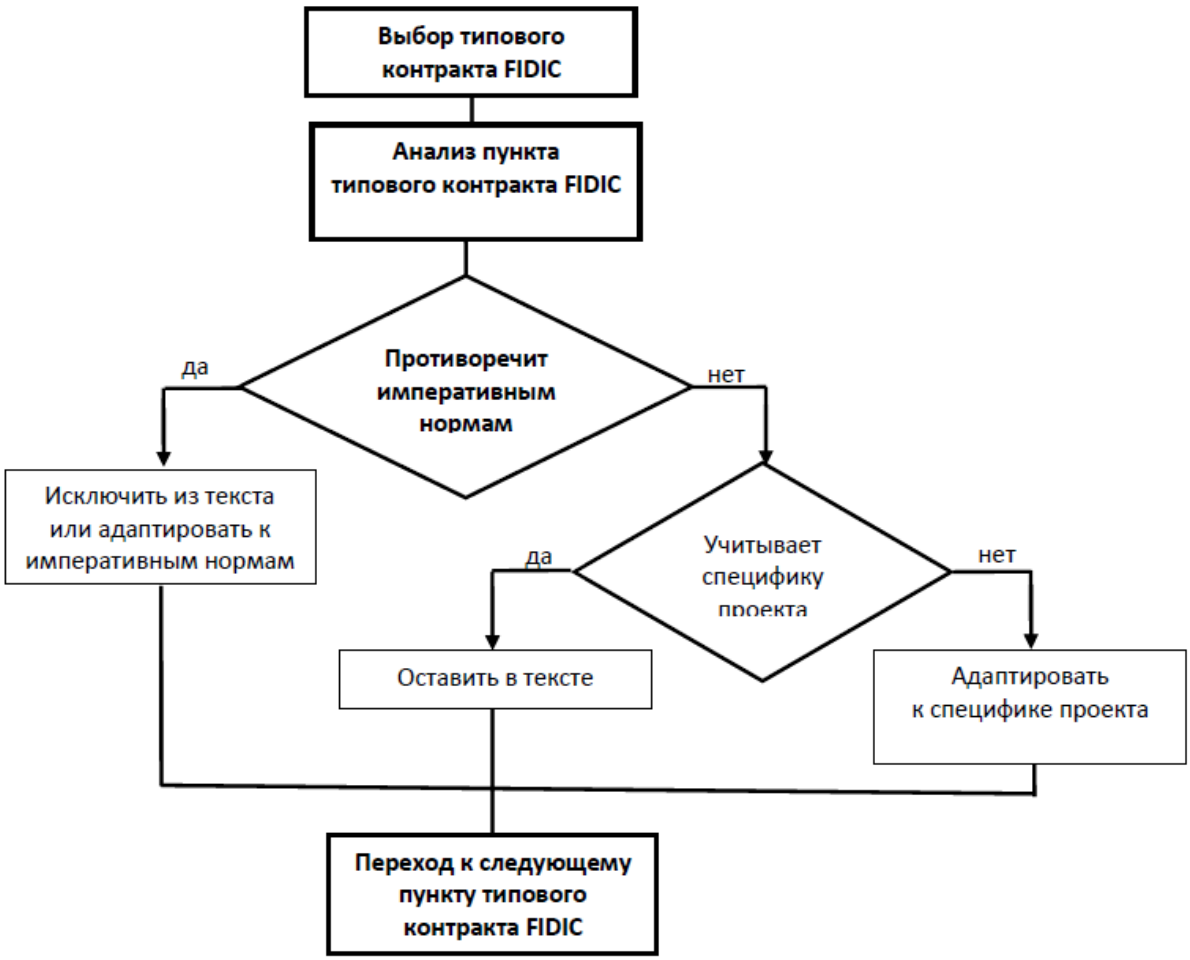
ДОДАТОК Б

ТИПОВА ПОСЛІДОВНІСТЬ ОСНОВНИХ ПОДІЙ ПІД ЧАС ВИКОНАННЯ EPC-КОНТРАКТУ



ДОДАТОК В

СПРОЩЕНИЙ АЛГОРИТМ АДАПТАЦІЇ ПОЛОЖЕНЬ ТИПОВОГО КОНТРАКТУ FIDIC



ДОДАТОК Д

ФОРМА ГАРАНТІЇ МАТЕРИНСЬКОЇ КОМПАНІЇ

PARENT COMPANY GUARANTEE

This **PARENT COMPANY GUARANTEE** (the "**Guaranty**") is made as of the _____ day of _____, 20__, by _____, a corporation duly organized and existing under the laws of _____, with its head office situated at _____, and a place of business at _____ (herein called "Guarantor"), for the benefit of _____, a corporation duly organized and existing under the laws of _____, with its head office situated at _____, (herein called "**Owner**"). (Guarantor and Owner are individually referred to herein as a "Party" and collectively as the "Parties.")

RECITALS:

WHEREAS, _____a corporation duly organized and existing under the laws of _____ with its head office situated at _____**,** a legal entity established and existing under the laws of _____, identification code: _____ (herein collectively called "**Contractor**") are wholly owned affiliates of Guarantor;

WHEREAS, Owner has entered into Wind Turbine Supply Agreement with Contractor dated _____ (together with the schedules, annexes, and exhibits thereto and as the same may be amended from time to time, herein called the "**Contract**"), for the supply of _____Wind Turbines of the type _____, each with a nominal capacity of _____to be located at _____;

WHEREAS, Sub-Clause 6.2 of the Contract requires Contractor to obtain and deliver to the Owner executed parent company guarantee of Contractor's performance in the form as per Schedule 14 [Seller's Parent Company Guarantee] under the Contract;

WHEREAS, Guarantor owns all of the outstanding capital stock of Contractor, and as ultimate parent company of Contractor, is willing to enter into this Guaranty to satisfy the conditions of the Contract**.**

NOW, THEREFORE, in consideration of the premises and mutual covenants set forth herein, the Parties hereto agree as follows:

1. Guarantor unconditionally and irrevocably guarantees to Owner that in the event of Contractor failing in any respect to perform or observe the terms and provisions of the Contract, Guarantor shall immediately upon first demand in writing by Owner perform or take such steps as are necessary to achieve performance or observance of such terms and provisions and shall indemnify and keep indemnified Owner against any and all losses, damages, claims, costs, charges, and expenses howsoever arising from the said failure to the extent of Contractor's liability under the Contract.
2. The liability of Guarantor hereunder shall not be reduced or discharged by any alteration in the relationship between Contractor and Owner which has been consented to by Contractor in writing (with or without the knowledge or consent of Guarantor), or by any forbearance or indulgence by Owner towards Contractor or Guarantor whether as to payment, time, performance, or otherwise.
3. Guarantor agrees to make any payment due hereunder upon first written demand without set-off or counterclaim and without any legal formality such as protest or notice being necessary, and waives all privileges or rights which it may have as a guarantor, including any right to require Owner to claim payment or to exhaust remedies against Contractor or any other person.
4. The obligations of Guarantor hereunder shall continue in full force and effect after expiry or termination of the Contract until all Contractor's obligations and liabilities under the Contract have been fully discharged. This Guaranty and the undertakings herein contained shall be binding upon the successors

and assigns of Guarantor and shall extend to and inure for the benefit of the successors or permitted assignees of Owner. Owner may assign, charge, or transfer all or any of its right, title and interest in this Guaranty upon such terms as Owner may think fit to any agent for and on behalf of any syndicate of banks and financial institutions providing credit and guaranty facilities to Owner in connection with the Contract. No person other than Owner or such permitted assignees as described above is intended as a beneficiary of this Guaranty nor shall any such person have any rights hereunder. Guarantor may not otherwise assign or otherwise transfer any of its rights or obligations hereunder.

5. Notwithstanding anything to the contrary above, in the event of any claim under this Guaranty, Guarantor shall be entitled to assert any defense, set-off or counterclaim that Contractor could assert had such claim been made directly against Contractor under the Contract.
6. In the event there is any dispute under the Contract that relates to a sum being claimed under this Guaranty, which dispute is submitted to arbitration, the obligations under this Guaranty shall be suspended pending the outcome of such arbitration and Guarantor further agrees that any award resulting from such arbitration shall be conclusive and binding on it for purposes of determining its obligation under this Guaranty.
7. This Guaranty shall be governed by and construed in accordance with the laws of the State of New York, provided that any provision of such law invalidating any provision of this Guaranty or modifying the intent of the Parties as expressed in the terms of this Guaranty shall not apply. In the event of any dispute arising out of or in connection with the Guarantee, the parties may submit the matter to mediation under the ICC Mediation Rules, without prejudice to either party's right to seek emergency or interim or conservatory measures of protection at any time. In case the parties elect not to submit the matter to mediation or if the dispute has not been settled pursuant to the said Rules within 30 days following the filing of a Request for Mediation or within such other period as the parties may agree in writing, such dispute shall be finally settled under the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce by one or more arbitrators appointed in accordance with the said Rules of Arbitration. The seat, or legal place, of the mediation and arbitration shall be Zurich (Switzerland). The language to be used in the mediation and in the arbitration shall be English
8. Notwithstanding the terms above, each Party has the right at any time, at its option and where legally available, to commence an action or proceeding in a court of competent jurisdiction to apply for interim or conservatory measures, but not monetary damages.
9. The Guarantor hereby represents and warrants that it is duly organized and validly existing under the laws of the State of New York and the execution, delivery and performance by Guarantor under this Guarantee have been duly authorized by all necessary corporate action and do not violate Guarantor’s articles of association.
10. Any notice or other correspondence in connection with this Guarantee required to be sent or given shall be sent in the English language by [registered mail with acknowledgement of receipt to the addresses listed on the first page of this Guarantee (or to such other address(es) as may from time to time be notified in writing by the parties to this Guarantee for such purpose)/e-mail/other].

IN WITNESS WHEREOF, the Parties hereto have caused this Agreement to be executed by their respective authorized representatives as of the date first written above.

_____ _____

By: _____ By: _____

Name: _____ Name: _____

Title: _____ Title: _____

ДОДАТОК Д

СПИСОК ОПУБЛІКОВАНИХ ПРАЦЬ ЗА ТЕМОЮ ДИСЕРТАЦІЇ

Наукові праці, в яких опубліковані основні результати дисертації:

1. Остринський В.О., Никитченко Н.В. Правова генеза поняття EPC-контракт, як особливого виду змішаного договору. *Підприємництво, господарство і право,* 2019. Випуск 12. С. 113 – 118.

2. Остринський В.О., Никитченко Н.В. Проблеми вибору права та його обмеження при укладенні EPC-контрактів. *Часопис Київського університету права»* #2-2020. С. 218 – 223.

3. Ostrynskyi, V., Nykytchenko, N., Sopilko, I., Krykun, V., & Mykulets, V. (2022). EPC-contracts using in renewable energy: Legal and practical aspect. *Amazonia Investiga,* 11 (52), 309-317. URL: https://www.webofscience.com/wos/woscc/full-record/WOS:000806131700032 (Web of Science).

Наукові праці, які засвідчують апробацію матеріалів дисертації:

1. Остринський В.О. Проблеми правового регулювання розділення EPC-контрактів в сфері відновлювальних джерел енергії. Правотворчість та правозастосування у демократичній державі: теорія і практика. Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Київ, 10 жовт. 2019 р.). Київ, 2019. URL https://legalactivity.com.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=2094%3A030919-11&catid=249%3A4-102019&Itemid=307&lang=ru

2. Остринський В.О. Проблеми правового регулювання капітального будівництва у сфері відновлювальних джерел енергії. Економічні перспективи підприємництва в Україні. III Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Київ, 10-11 жовтня 2019 року) Київ, 2019. С. 224 – 227.

3. Остринський В.О. Особливості оподаткування обладнання для вітрових та сонячних електростанцій. Управління публічними фінансами та проблеми забезпечення національної економіки / Остринський В.О. // Збірник тез Податкового конгресу "Управління публічними фінансами та проблеми забезпечення національної економічної безпеки" / [редкол.: Пашко П. В., Шевчук

О. А., Весельська Л. А. та ін.] ; Державна фіскальна служба України, Університет державної фіскальної служби України. - Ірпінь : Університет ДФС України, 2019. С. 288 – 290.

4. Остринський В.О. Перспективи розвитку ринкової саморегуляції будівельної галузі: господарсько-правовий аспект. Треті наукові читання пам’яті академіка В. К. Мамутова / НАНУ, Ін-т енциклопедичних досліджень ім. В. К. Мамутова, Київський нац. ун-т ім. Т. Шевченка. Ін-т права, Нац. акад. правових наук України. Донецький регіон. наук. центр ; упоряд. Р. А. Джабрілов. - Київ, 2021. С. 202 – 207.