

ІНОЗЕМНИЙ ІНВЕТОР НА ШЛЯХУ ДО УКРАЇНСЬКОЇ ЗЕМЛІ: ПЕРЕПОНИ ТА ЇХ ПОДОЛАННЯ



Анжеліка ШТУКАТУРОВА,
юрист міжнародної
юридичної фірми "SALANS"

Які права на землю існують, процедури їх оформлення, обмеження, пов'язані з оформленням прав на землю в Україні – це головні питання, які хвилюють інвесторів. Якщо вітчизняні інвестори більш-менш налаштовані на отримання строкових прав на користування землею (оренди, суперфіцію, емфітевзису), то іноземні інвестори завжди налаштовані на отримання прав власності.

На жаль, українське законодавство містить чимало обмежень для отримання інвесторами прав на землю. Крім того, для будь-якого інвестора процедура оформлення прав на землю є досить витратною та забирає чимало часу, оскільки в Україні відсутні чіткі і прозорі процедури набуття таких прав. Чимало "земельних" питань є нерегульованими або регулюються на рівні "роз'яснень". Не повноцінно працює система реєстрації прав на землю (державний земельний кадастр). Попри це, як свідчить практика, значне число іноземних інвесторів не відмовляються від намірів отримати право на землю в Україні.

Нижче наведено перелік правових моделей набуття прав на землю в Україні з аналізом їх переваг і недоліків.

Аналіз українського законодавства та практики дозволяє вивести дев'ять правових моделей набуття прав на землю, прийнятні як для українських, так і іноземних інвесторів.

Модель 1 – Право власності

Перші перешкоди на шляху іноземного інвестора закладені у ст.82 Земельного кодексу України. "Юридичні особи (засновані громадянами або юридичними особами України) можуть набувати у власність земельні ділянки для здійснення підприємницької діяльності в разі:

- придбання за договором купівлі-продажу, ренти, дарування, міни, іншими цивільно-правовими угодами;
- внесення земельних ділянок її засновниками до статутного фонду;
- прийняття спадщини;
- виникнення інших підстав, передбачених законом.

Іноземні юридичні особи можуть набувати право власності на земельні ділянки **несільськогосподарського призначення**:

- у межах населених пунктів у разі придбання об'єктів нерухомого майна та для спорудження об'єктів, пов'язаних зі здійсненням підприємницької діяльності в Україні;
- за межами населених пунктів у разі придбання об'єктів нерухомого майна.

Спільні підприємства, засновані за участю іноземних фізичних і юридичних осіб, можуть набувати право власності на земельні ділянки несільськогосподарського призначення у випадках, визначених частинами першою та другою цієї статті, та **в порядку, встановленому цим Кодексом для іноземних юридичних осіб**".

Але, на відміну від Земельного кодексу, Господарський кодекс послуговується поняттям не "іноземні



юридичні особи”, а “іноземні підприємства”. Згідно зі ст.117, іноземним підприємством є унітарне або корпоративне підприємство, створене за законодавством України, що діє винятково на основі власності іноземців або іноземних юридичних осіб, або діюче підприємство, придбане повністю у власність цих осіб.

Водночас, Наказом Державного комітету з питань технічного регулювання та споживчої політики №97 від 28 травня 2004р.¹ визначено, що спільне підприємство – це підприємство, засноване на базі об'єднання майна різних власників. У складі засновників спільного підприємства, відповідно до законодавства України, можуть бути громадяни та юридичні особи України та інших держав.

Проте, чинним законодавством не передбачається створення та державна реєстрація нових підприємств з такими організаційно-правовими формами, тому фактично ч.3 ст.82 Земельного кодексу України не діє.

Далі доцільно докладніше розглянути процедуру набуття прав на землю іноземними юридичними особами.

Згідно з положеннями Земельного кодексу України, процедура виглядає наступним чином: іноземні юридичні особи, зацікавлені у придбанні земельних ділянок, подають клопотання до Ради міністрів АР Крим, обласної, Київської чи Севастопольської міської державної адміністрації або сільської, селищної, міської ради і державному органу приватизації. До клопотання додається документ, що посвідчує право власності на нерухоме майно (будівлі, споруди), розташоване на цій земельній ділянці, копія свідоцтва про реєстрацію іноземною юридичною особою постійного представництва з правом ведення господарської діяльності на території України.

Продаж земельних ділянок, що перебувають у власності держави, крім земельних ділянок, на яких розташовані об'єкти, які підлягають приватизації, іноземним державам та іноземним юридичним особам здійснюється Кабінетом Міністрів за погодженням з Верховною Радою. Розгляд клопотання і продаж земельних ділянок здійснюються сільськими, селищними, міськими радами після отримання погодження Кабінету Міністрів. Розгляд клопотання і продаж земельних ділянок, що перебувають у державній власності, на яких розташовані об'єкти, які підлягають приватизації, здійснюються державними органами приватизації після отримання погодження Кабінету Міністрів.

Сам продаж здійснюється відповідними радами. Слід підкреслити: продаж земельних ділянок, що перебувають у власності держави та територіальних громад, іноземним юридичним особам дозволяється лише за умови реєстрації іноземною юридичною особою **постійного представництва з правом ведення господарської діяльності** на території України.

Тут і криється головна проблема, адже Закон України “Про оподаткування прибутку підприємств” від 28 грудня 1994р. передбачає, що іноземне підприємство, створене за законодавством України (резидент),

не може відкрити постійне представництво, оскільки його може відкрити винятково нерезидент.

Варто привернути увагу до обмежень, передбачених ч.1 ст.82: право власності на земельні ділянки можуть отримати лише юридичні особи, засновані громадянами або юридичними особами України. Отже, юридичні особи-резиденти, засновані за участю іноземних юридичних осіб не підпадають під дію ст.82 Земельного кодексу України і не можуть бути суб'єктами права власності на землю. Для того, щоб оминати ці обмеження земельного законодавства, іноземні юридичні особи (або засновані за їх участю) вимушені створювати “чисту” компанію-резидента. Ланцюжок виглядає наступним чином: спочатку фірма засновує українську компанію (резидента), а надалі ця компанія-резидент засновує іншу компанію (юридичну особу), яка підпадатиме під дію ч.1 ст.82.

Обмеження, передбачені ст.82 Кодексу, є абсолютно незрозумілими для іноземних інвесторів, адже такий актив, як земельна ділянка, не може бути перевезений чи винесений за межі України.

Юридичні особи, які все ж мають право отримати земельну ділянку у власність, як правило, купують її. У випадку купівлі земельної ділянки у приватного власника, процедура набуття власності на неї є досить простою: між сторонами укладається договір, який нотаріально посвідчується та реєструється; на підставі договору юридична особа отримує державний акт на право власності на земельну ділянку.

Земельні ділянки, що викуповуються із земель державної чи комунальної власності, мають бути куплені на конкурентних засадах (через земельний аукціон).

Не підлягають продажу на конкурентних засадах (земельних торгах) земельні ділянки державної чи комунальної власності або права на них у разі:

- розташування на земельних ділянках об'єктів нерухомого майна, що перебувають у власності громадян, юридичних осіб, у яких відсутні акції (частки, паї), що належать державі, крім випадків відмови власника розташованого на земельній ділянці нерухомого майна від її викупу або укладення договору оренди;
- використання земельних ділянок для користування надрами та спеціального водокористування відповідно до отриманих спеціальних дозволів (ліцензій);
- використання релігійними організаціями, які легалізовані в Україні, земельних ділянок під культовими будівлями;
- перебування в користуванні земельних ділянок або розташованих на них будівель підприємств, установ та організацій, що належать до державної та комунальної власності, підприємств і громадських організацій у сферах культури та мистецтв (у т.ч. національних творчих спілок);
- розміщення дипломатичних та прирівняних до них представництв іноземних держав і міжнародних організацій згідно з міжнародними договорами України;

¹ Ідеться про Наказ Державного комітету з питань технічного регулювання та споживчої політики “Про затвердження національних стандартів України, державних класифікаторів України, національних змін до міждержавних стандартів, внесення зміни до наказу Держспоживстандарту України від 31 березня 2004р. №59 та скасування нормативних документів”.



- будівництва та обслуговування лінійних об'єктів транспортної та енергетичної інфраструктури;
- проведення комплексної реконструкції кварталів (мікрорайонів) застарілого житлового фонду відповідно до закону;
- будівництва соціального та доступного житла, якщо конкурс на його будівництво вже проведено².

Право власності є найбільш “сприйнятним” для іноземного інвестора. *По-перше*, тому, що західні інвестори виховані на приватній власності. *По-друге*, тому, що власність на землю – це один з найбільш важливих активів будь-якої компанії, який можна передати в заставу для залучення необхідних кредитів.

Моделі 2 і 3 – Право оренди (суборенди)

Право оренди землі є одним з найпоширеніших прав на землю. Згідно з нормами земельного законодавства, право оренди землі – це засноване на договорі строкове платне володіння та користування земельною ділянкою, необхідною орендареві для підприємницької та інших видів діяльності.

Укладення договору оренди землі здійснюється на підставі або рішення відповідного органу влади чи органу місцевого самоврядування, або цивільно-правового договору (в разі відчуження права оренди), або в порядку спадкування.

Договір оренди набуває чинності з моменту його державної реєстрації. На жаль, державна реєстрація таких договорів, через “невдале” законодавче регулювання, провадиться двічі. *По-перше*, згідно з Постановою Кабінету Міністрів України “Про затвердження Порядку державної реєстрації договорів оренди землі” №2073 від 25 грудня 1998р., договір оренди землі має бути зареєстрований виконкомом сільської, селищної, міської ради або Київською чи Севастопольською міськими державними адміністраціями. *По-друге*, згідно

з Наказом Держкомзему України №174 від 2 липня 2003р., він має бути зареєстрований в державному реєстрі земель.

За українським законодавством, право оренди земельної ділянки (крім земель державної та комунальної власності) може відчужуватися, в т.ч. продаватися на земельних торгах, а також передаватися у спадщину, вноситися до статутного фонду власником земельної ділянки на термін до 50 років.

Раніше право оренди було найпоширенішим правом, що його використовували іноземні інвестори, заходячи до України. Після суттєвих змін законодавства, передбачених Законом від 28 грудня 2007р. (запровадження порядку набуття права оренди через аукціони), бажаючих взяти в оренду земельні ділянки значно поменшало. Це особливо стосується тих інвесторів, які планували брати земельні ділянки в довгострокову оренду. Причина – економічна. Разом із запровадженням аукціонів були підвищені ставки оренди державних і комунальних земель до рівня, який не може перевищувати 12% їх нормативної оцінки. Звичайно, місцеві органи влади скористалися цим положенням закону та підвищили ставки орендної плати до зазначених 12%. Таким чином, особа, яка бере в оренду земельну ділянку на понад вісім років фактично двічі виплачує її вартість. Тому довгострокова оренда земельних ділянок перестала бути привабливою для інвесторів.

Модель суборенди, у принципі, аналогічна розглянутій вище. Орендована земельна ділянка або її частина може передаватися орендарем у суборенду без зміни цільового призначення, якщо це передбачено договором оренди або за письмовою згодою орендодавця.

Умови договору суборенди земельної ділянки повинні обмежуватись умовами договору оренди земельної ділянки та не суперечити йому.

Термін суборенди не може перевищувати термін, визначений договором оренди землі.

У разі припинення договору оренди чинність договору суборенди земельної ділянки припиняється.

Договір суборенди земельної ділянки підлягає державній реєстрації.

За згодою сторін договір суборенди земельної ділянки посвідчується нотаріально.

Забороняється передача в суборенду земельних ділянок, на яких розташовані цілісні майнові комплекси підприємств, установ та організацій державної або комунальної власності, а також заснованих на майні, що належить АР Крим, та їх структурних підрозділів.

Оренда та суборенда земель є однаково доступними як для резидентів, так і для нерезидентів. Головною перевагою оренди та суборенди земель для нерезидентів є той факт, що, на відміну від права власності, у нерезидентів немає необхідності оформлювати чисте українське підприємство.

² Крім того, земельні торги не проводяться у випадках, передбачених ст.34, 36 і 121 Земельного кодексу України (приватизація земель громадянами України).

Серед мінусів цих моделей можна назвати тривалість процедури оформлення.

Моделі 4 та 5 – Суперфіцій та Емфітевзис

Згідно з положеннями Земельного кодексу України, *суперфіцій* – право користування чужою земельною ділянкою для забудови.

Емфітевзис – право користування чужою земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб.

Ці права виникають на підставі договору між власником земельної ділянки та особою, яка виявила бажання користуватися цією земельною ділянкою для визначених потреб. Крім того, суперфіцій може виникати також на підставі заповіту.

І суперфіцій, і емфітевзис є відчужуваними правами; вони можуть передаватися у спадщину, вноситися до статутного фонду підприємства, передаватися в заставу, крім земельних ділянок, що перебувають у державній чи комунальній власності³.

Продаж земельних ділянок державної та комунальної власності або прав на них (оренди, суперфіцій, емфітевзису) на конкурентних засадах у формі аукціону здійснюється у випадках і в порядку, визначених п.21 Земельного кодексу.

Заставодержателем земельних ділянок сільськогосподарського призначення і прав на них (оренди, емфітевзису) можуть бути лише банки.

Підставами для припинення договорів суперфіцій та емфітевзису є:

- поєднання в одній особі власника земельної ділянки та землекористувача;
- сплив терміну, на який було надано право користування;
- викуп земельної ділянки у зв'язку із суспільною необхідністю в разі користування чужою земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб;
- невикористання земельної ділянки для забудови протягом трьох років у разі користування чужою земельною ділянкою призначеною для забудови;
- рішення суду.

Інших умов та обмежень на укладення договорів і користування чужою земельною ділянкою для забудови або сільськогосподарських потреб не існує, що робить емфітевзис та суперфіцій досить привабливими для іноземних інвесторів.

Які недоліки мають емфітевзис та суперфіцій для інвестора?

Договори обох видів, згідно з Законом України “Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень” від 1 липня 2004р., мають бути зареєстровані. Проте, працівники центрів Державного земельного кадастру іноді відмовляються реєструвати такі договори, посилаючись на відсутність

необхідного законодавчого регулювання. Тому сторони договору часто вимушені звертатися до суду з позовом про спонукання до вчинення дій (реєстрації договору).

Модель 6 – Інвестиційний договір

Модель, що найчастіше використовується, коли одна з юридичних осіб, яка вже має необхідні документи для початку будівництва, не має відповідних коштів і бажає залучити інвестора для реалізації проекту. Отже, внеском однієї особи стають оформлене право на земельну ділянку та дозвільна документація, а іншої – кошти. Як правило, таку модель використовують для реалізації великих комплексних проектів будівництва, а головними аргументами для інвестора в цьому випадку є економічна привабливість проекту та наявні ризики.

Така модель є прийнятною як для резидента, так і для нерезидента. Але якщо обирати таку модель, то варто чітко прорахувати взаємодію майбутніх співвласників після прийняття об'єкта в експлуатацію та реєстрації права власності на нього.

Модель 7 – Придбання корпоративних прав юридичної особи, яка вже має права на землю

Це одна з найвигідніших моделей набуття права на землю. Зацікавлена юридична особа отримує опосередковане право на землю шляхом набуття корпоративних прав іншої юридичної особи, яка залишається власником/користувачем земельної ділянки. Найвигіднішою і найпоширенішою така модель є для набуття прав на землю для видобутку корисних копалин: юридична особа-набувач позбавлена необхідності переоформлювати всю дозвільну, юридичну та технічну документацію на себе, залишаючи за собою право здійснювати безпосереднє управління активами.

Крім того, на придбання корпоративних прав, як правило, витрачається значно менше часу, ніж на придбання земельної ділянки. Це одна з найбільш



³ На сьогодні, згідно з українським законодавством, термін користування земельною ділянкою державної чи комунальної власності для сільськогосподарських потреб або для забудови не може перевищувати 50 років.

“улюблених” правових моделей для інвесторів-нерезидентів. Але вона буде прийнятною лише для тих інвесторів, які мають достатньо власних коштів на реалізацію проекту та не потребують залучення коштів інших осіб.

Модель 8 – Укладення угоди з власником/землекористувачем (ст.97 Земельного кодексу України)

Ст.97 Земельного кодексу України передбачає: підприємства, установи та організації, **які здійснюють геологознімальні, пошукові, геодезичні та інші розвідувальні роботи**, можуть проводити такі роботи на підставі угоди з власником землі або за погодженням із землекористувачем. Терміни та місце розвідувальних робіт визначаються угодою сторін. При цьому, підприємства, установи та організації, які проводять розвідувальні роботи, зобов'язані відшкодовувати власникам землі та землекористувачам усі збитки, в т.ч. неодержані доходи, а також за власний рахунок приводити використовувані земельні ділянки до попереднього стану⁴.

Переваги цього правового механізму – в тому, що крім зазначеної норми, іншого правового регулювання для укладення таких договорів немає, тому сторони абсолютно вільні щодо умов договору. Крім того, законодавством не передбачена ні спеціальна процедура його укладення, ні його реєстрація, ні інші обмеження.

Водночас, мінуси полягають у тому, що договори, укладені на підставі ст.97 Земельного кодексу часто

оскаржуються органами прокуратури, як такі, що не відповідають вимогам земельного законодавства. Проте, як свідчить судова практика, суд стає на бік сторін цього договору.

Модель 9 – Право постійного користування землею

На жаль, право постійного користування землею можна лише умовно віднести до моделі набуття прав на землю іноземним інвестором, оскільки згідно з нормами Земельного кодексу України право постійного користування землею можуть мати винятково: підприємства, установи та організації, що належать до державної та комунальної власності, а також громадські організації інвалідів України, їх підприємства (об'єднання), установи та організації.

Отже, поширену думку про те, що права на землю обмежуються лише класичним правом власності, правом постійного користування чи орендою, іноземні інвестори мають досить широкий спектр можливих моделей для вибору. Найбільш привабливими є моделі 1, 2, 3, 6 і 7. Загалом, вибір моделей набуття права на землю здійснюється інвестором з огляду на власні переваги та можливості, загальні правові норми та вимоги, місцеві особливості та, не останньою чергою, з урахуванням наявних ризиків, характерних для кожного з проектів. Крім того, важливим для інвестора є можливість використання права на земельну ділянку як забезпечення зобов'язання для наступного залучення коштів.

УЗАГАЛЬНЕННЯ ПРАВОВИХ МОДЕЛЕЙ НАБУТТЯ ПРАВ НА ЗЕМЛЮ

	Право власності	Оренда землі	Суборенда землі	Суперфіцій	Емфітевзис	Інвестиційний договір	Придбання корпоративних прав юридичної особи, яка вже має оформлені права на землю	Укладення угоди з власником/ користувачем (ст.97 Земельного кодексу)	Право постійного користування землею
Можливість відчуження	+	+	-	+	+	-	+	-	-
Можливість застави права	+	+	-	+	+	-	-	-	-
Необхідність реєстрації права	+	+	+	+	+	-	-	-	+
Є прийнятною для:	Будь-яких випадків	Будь-яких випадків	Будь-яких випадків	Винятково для забудови земельної ділянки	Винятково для с/г потреб	Найбільш вигідна для забудови земельної ділянки	Для будь-яких випадків	Винятково для геологознімальних, пошукових, геодезичних та інших розвідувальних робіт	Винятково для підприємств, установ та організацій, що належать до державної та комунальної власності; громадських організацій інвалідів України, їх підприємств (об'єднань), установ та організацій
Термін дії права	Необмежений	До 50 років	Не довше терміну дії договору оренди	До 50 років	До 50 років	-	-	На період проведення геологознімальних, пошукових, геодезичних та інших розвідувальних робіт	На період існування юридичної особи
Прийнятність для іноземного інвестора (нерезидента)	+	+	+	+/-	+/-	+	+	+/-	-

⁴ Укладення такої угоди можливе лише для здійснення геологознімальних, пошукових, геодезичних та інших розвідувальних робіт.