ПРОПОЗИЦІЇ

до проекту рішення Миколаївської міської ради «Про затвердження договору гарантії, відшкодування та підтримки проекту між Миколаївською міською радою та Європейським банком реконструкції та розвитку»

Юридичний департамент Миколаївської міської ради, розглянувши в межах мінімально відведеного часу проект рішення Миколаївської міської ради «Про затвердження договору гарантії, відшкодування та підтримки проекту між Миколаївською міською радою та Європейським банком реконструкції та розвитку», повідомляє наступне.

1. Механізм надання місцевих гарантій визначений Порядком надання місцевих гарантій, що затверджений Постановою Кабінету Міністрів України від 14.05.2012 № 541 (далі – Порядок).

Згідно п. 2 Порядку правочин щодо надання місцевої гарантії оформляється в письмовій формі та повинен містити:

предмет гарантії;

повні найменування та місцезнаходження суб’єкта господарювання і кредитора;

обсяг кредиту (позики);

обсяг гарантійних зобов’язань та порядок їх виконання;

права та обов’язки гаранта і кредитора;

умови настання гарантійного випадку;

строк дії гарантії.

Згідно п. (а) ст. 2.01. Договору міська рада (гарант) безвідклично та безумовно гарантує ЄБРР своєчасне виконання Компанією усіх її зобов’язань відповідно до Кредитного Договору, в тому числі, без обмежень, погашення на користь ЄБРР:

- існуючої основної суми Кредиту в розмірі 20 000 000 Євро;

- усіх платежів, комісій та зборів, які пов’язані та випливають з Кредитного Договору;

- будь-яких процентів за кредитом;

- будь-яких процентів у випадку невиконання зобов’язань за Кредитом та ін.

Як зазначалось юридичним департаментом в пропозиціях до Кредитного Договору, згідно його умов щодо визначення платежів, комісій та зборів, розмір яких залежить від плаваючих ставок, наразі не є можливим визначення чіткої суми грошових зобов’язань за Кредитним договором, відповідно, не є можливим визначення обсягу гарантійних зобов’язань за цим Проектом договору.

Структура Договору не містить окремого розділу чи статті, яка б визначала права та обов’язки гаранта та кредитора. При цьому, із аналізу змісту Договору вбачається, що права гаранта належним чином не визначені та не зафіксовані в запропонованому Проекті договору ( в тому числі, в порівнянні з правовим врегулюванням прав кредитора). Викладені обставини можуть негативно вплинути на захист прав, свобод та законних інтересів міської ради у випадку виникнення спору з правовідносин, що будуть врегульовані Договором у випадку його затвердження.

Відповідно до п. (с) ст. 2.01. Договору міська рада (гарант) безвідклично та безумовно погоджується з ЄБРР, що якщо з будь-яких причин, будь-яке зобов’язання, виконання якого ним гарантується, є або стає таким, що не може бути виконане у примусовому порядку, недійсним, таким, що втратило чинність або незаконним або іншим чином стає таким, що не може бути стягнуто на підставі гарантії, Гарант повинен, як незалежне та першочергове зобов’язання, відшкодувати ЄБРР негайно на вимогу будь-які витрати, втрати та зобов’язання, які він поніс в результаті того, що Компанія не сплатила будь-яку суму, яка, якщо б не така неможливість примусового виконання, недійсність, втрата чинності, незаконність або неможливість стягнення, підлягала б сплаті ним відповідно до Кредитного Договору в день настання строку сплати.

Вказані положення підлягають виключенню, у зв’язку з тим, що недійсні, незаконні, визнані таким, що втратили чинність зобов’язання не можуть бути виконані стороною через їх юридичну нікчемність.

Статтею 3.03 Договору передбачено, що гарант прямо підтверджує, що його намір полягає в тому, щоб дія цієї гарантії час від часу поширювалась на будь-які (незалежно від їхньої істотності) зміни, збільшення, пролонгації або доповнення стосовно Кредитного Договору та/або будь-якої кредитної лінії або суми, що надається за Кредитним Договором в цілях або у зв’язку із будь-чим з наступного: розширення будь-якої діяльності; збільшення обігового капіталу; надання можливості здійснення інвестицій; проведення реструктуризації; рефінансування існуючих кредитних ліній; рефінансування будь-якої іншої заборгованості; надання кредитних ліній новим позичальникам; будь-яка інша зміна або пролонгація в цілях, для яких, час від часу, може надаватися будь-яка така кредитна лінія або сума; та будь-які збори, витрати та/або видатки, пов’язані з будь-чим з вищезазначеного.

При цьому, відповідно до п. 4 Порядку надання місцевих гарантій, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 14 травня 2012 р. № 541, обсяг та умови надання місцевої гарантії погоджуються з Мінфіном шляхом надсилання Верховною Радою Автономної Республіки Крим, обласною чи міською радою, що має намір надати місцеву гарантію.

У зв’язку з викладеним, викладені умови, передбачені Статтею 3.03 Договору, не відповідають приписам вищевказаного Порядку.

Згідно ст. 7.12. Договору («Строк дії Гарантії») Гарантія продовжуватиме свою дію до дати, в яку ЄБРР підтвердить Гаранту в письмовій формі, що Компанія належним чином виконала та сплатила всі свої зобов’язання та борги за Кредитним Договором, або Гарант належним чином виконав та сплатив всі свої зобов’язання за Гарантією.

Слід зазначити, що відповідно до ч. 1 ст. 251 Цивільного кодексу України строком є певний період у часі, зі спливом якого пов'язана дія чи подія, яка має юридичне значення.

Відповідно до ч. 1 ст. 252 ЦК України строк визначається роками, місяцями, тижнями, днями або годинами.

З викладеного вбачається, що строк гарантії не визначений в Договору відповідно до приписів ст.ст. 251, 252 ЦК України.

При цьому, запропонована в Договорі форма визначення строку повністю залежить від дій Кредитора щодо надання підтвердження виконання зобов’язань. Вказане потенційно може призвести до порушення прав та інтересів міської ради у випадку зловживання Кредитором своїми правами та безпідставної відмови у наданні або ненадання без підстав зазначеного повідомлення.

2. Згідно п.п. 3, 4, 71 Порядку до укладення правочину щодо надання місцевої гарантії між відповідним місцевим фінансовим органом та позичальником укладається договір про погашення заборгованості позичальника перед Автономною Республікою Крим, обласною радою чи територіальною громадою міста за виконання гарантійних зобов’язань.

Обсяг та умови надання місцевої гарантії погоджуються з Мінфіном шляхом надсилання Верховною Радою Автономної Республіки Крим, обласною чи міською радою, що має намір надати місцеву гарантію, письмового повідомлення.

До укладення правочину щодо надання місцевої гарантії Автономна Республіка Крим, органи місцевого самоврядування повинні отримати рішення Антимонопольного комітету у випадках, передбачених Законом України “Про державну допомогу суб’єктам господарювання”. Завірена в установленому порядку копія зазначеного рішення подається Мінфіну.

До юридичного департаменту разом з Проектом рішення не надано відповідних доказів, що підтверджували б виконання вищевказаних приписів Порядку.

При цьому, відповідно до п. (g) ст. 5.01. Договору Гарант заявляє та гарантує ЄБРР, що на дату укладання цієї Гарантії та на дати, коли будь-які заяви та гарантії, надані відповідно до ст. 2.01, 2.02 та 2.03 Кредитного Договору, повторюються, або вважаються такими, що повторюються відповідно до умов Кредитного договору: були отримані і мають повну силу всі ліцензії, рішення погодження та уповноваження, необхідні у зв’язку з укладенням, виконанням, чинністю та примусовим виконанням цієї Гарантії і передбачених нею операцій.

Викладені обставини можуть свідчити про порушення вимог п.п. 3, 4, 71 Порядку та ст. 5.01. Договору у випадку його затвердження.

3. Відповідно до до п. (і) ст. 5.01. Договору Гарант заявляє та гарантує ЄБРР, що на дату укладання цієї Гарантії не має жодної судової справи, процесу, суперечки, або позову Гаранта або будь-якого з його Дочірніх Підприємств і наскільки йому відомо, жодна з цих обставин йому не загрожує, а також не існує жодного судового або арбітражного рішення проти Гаранта або будь-якого з його Дочірніх Підприємств з боку жодного суду, арбітражу або іншого органу, який в такому випадку мав би суттєвий негативний вплив на бізнес або стан (фінансовий та інший) Гаранта, або на здатність Гаранта виконувати будь-яке з його зобов’язань за цією Гарантією.

Поняття «суттєвий негативний вплив», що вживається у казаному пункті Договору є оціночним, у зв’язку з чим не дає можливості чіткого визначення наявності чи відсутності відповідних фактів, може призвести до неоднозначного розуміння положень вказаного пункту Договору та бути причиною виникнення спорів між сторонами.

При цьому, в п. (v) ст. 6.01. Договору вживається поняття «істотний негативний вплив» щодо інформування про судові провадження, що також є оціночним. В Договорі не визначено різницю між вжитими в ньому термінами «суттєвий негативний вплив» та «істотний негативний вплив», що може бути причиною виникнення неоднакового розуміння сторонами змісту договору та призвести до виникнення спорів.

4. П. (q) ст. 6.01 Договору передбачено, що Гарант, якомога скоріше, але не пізніше, ніж в дату першої Виплати затвердить та впровадить, тариф Позичальника, який застосовується до користувачів, що сплачують повну ціну, на рівні повної собівартості або, для періодів, коли тарифи встановлені нижче рівня повної собівартості, передбачить повну вартість компенсуючих субсидій для Компанії у Бюджеті.

Слід наголосити, що відповідно до пп. 2 п. «а» ст. 28 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» до відання виконавчих органів сільських, селищних, міських рад належать встановлення в порядку і межах, визначених законодавством, тарифів на побутові, комунальні (крім тарифів на теплову енергію, централізоване водопостачання та централізоване водовідведення, послуги з постачання гарячої води, які встановлюються Національною комісією, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг), транспортні та інші послуги.

Згідно вказаних повноважень, виконавчим комітетом Миколаївської міської ради як виконавчим органом відповідної ради встановлено тарифи на перевезення пасажирів і багажу міським електротранспортом КП ММР «Миколаївелектротранс» (рішення виконкому міської ради від 08.06.2018 №489).

Згідно ч. 1 ст. 52 вказаного Закону виконавчий комітет сільської, селищної, міської, районної у місті (у разі її створення) ради може розглядати і вирішувати питання, віднесені цим Законом до відання виконавчих органів ради.

Відповідно до ч. 6 ст. 59 Закону виконавчий комітет сільської, селищної, міської, районної у місті (у разі її створення) ради в межах своїх повноважень приймає рішення. Рішення виконавчого комітету приймаються на його засіданні більшістю голосів від загального складу виконавчого комітету і підписуються сільським, селищним, міським головою, головою районної у місті ради.

З викладеного вбачається, що повноваження стосовно затвердження тарифів Позичальника належать іншому органу – виконавчому комітету Миколаївської міської ради, який самостійно приймає власні рішення в установленому порядку. Міська рада не має можливості гарантувати затвердження та впровадження тарифів Перевізника, оскільки прийняття таких рішень не віднесено до повноважень міської ради.

6. (е) ст. 6.02. Договору передбачено, що Гарант не втручатиметься в управління та звичайну діяльність Компанії, що може, на обґрунтовану думку ЄБРР, перешкоджати виконанню Компанією своїх зобов’язань за Договорами Фінансування та/або Проектними Договорами, стороною яких вона виступає.

Зобов'язання за вказаним пунктом Договору базуються на оціночному судженні, що не має чітких та визначених критеріїв – «обґрунтована думка ЄБРР», та повністю залежить від дій Кредитора за договором, дискреція якого в реалізації даного пункту не обмежена жодними умовами.

Викладені положення пункту можуть призвести до зловживання Кредитором своїх прав за договором, породити неоднакове розуміння та застосування сторонами умов договору та призвести до виникнення спорів.

7. Згідно п. (f) ст. 6.02. Договору без попередньої письмової згоди ЄБРР, Гарант не надасть в оренду, не позичить, не продасть, не передасть або не відчужить іншим чином, та забезпечить, щоб Компанія не надала в оренду, не позичила, не продала, не передала або не відчужила іншим чином або не відступила усі або частину своїх активів (як внаслідок однієї трансакції, так і в результаті серії пов’язаних або ні трансакцій).

Згідно ст. 1 Закону України «Про бухгалтерський облік та фінансову звітність в Україні» активи - ресурси, контрольовані підприємством у результаті минулих подій, використання яких, як очікується, приведе до отримання економічних вигод у майбутньому.

У відповідності до ст. 1 Закону України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення» активи - кошти, майно, майнові і немайнові права.

В свою чергу, згідно р. 2 ст. 2.02. Стандартних положень та умов Європейського банку реконструкції та розвитку поняття «активи» включає майно, доходи або вимоги будь-якого виду.

При цьому, умови даного Договору та Кредитного Договору не містять визначення поняття «актив», що може призвести до неоднакового розуміння даної дефініції сторонами та призвести до виникнення спорів. Також слід наголосити, що розмір активів не обмежений жодними еквівалентами мінімального розміру/вартості, відповідно, надання в оренду, позичку, продаж, передача або відчуження іншим чином майна, доходів, майнових, немайнових прав, інших ресурсів, контрольованих підприємством, будь-якого розміру та еквіваленту можливий лише за попередньої письмової згоди ЄБРР.

Вказані зобов’язання можуть негативно позначитись на поточній господарській діяльності підприємства та оперативності здійснення ним необхідних дій в своїй діяльності.

8. Згідно ст.ст. 7.04., 7.05 Договору:

- Ця Гарантія регулюється і тлумачиться у відповідності до права Англії. Будь-які зобов’язання не договірного характеру, що виникають із чи у зв’язку з цією Гарантією, повинні регулюватися і тлумачиться у відповідності до права Англії;

- Будь-який спір, суперечка або позов, які випливають (1) з цієї Гарантії або відносяться до неї, або (2) до її порушення, розірвання чи недійсності, (3) позадоговірних зобов’язань, що виникають із чи у зв’язку з цією Гарантією вирішуються арбітражем згідно з чинними арбітражними правилами ЮНСІТРАЛ;

- Сторони цим відмовляються від будь-яких прав за Законом «Про арбітраж» від 1996 року щодо оскарження будь-якого рішення арбітражного суду або винесення попереднього правового рішення в судах Англії;

- Незважаючи на будь-які положення Арбітражного регламенту ЮНСІТРАЛ, арбітражний суд не уповноважений надавати, а Гарант погоджується не вимагати прийняття будь-яких попередніх заходів чи попередніх заходів забезпечення позову проти ЄБРР;

- На вимогу ЄБРР (але ніякої іншої сторони), арбітражний суд може включити до будь-якого розгляду, рішення або ухвали питання про іншу суперечку, яка виникає з будь-якого Договору Фінансування, але, враховуючи викладене вище, жодна інша сторона чи інше спірне питання не може бути включене або залучене до арбітражного розгляду;

- Незважаючи на положення Статті 7.05(a), ця Гарантія та інші Договори Фінансування, а також будь-які права ЄБРР, що виникають або стосуються цієї Гарантії або будь-яких Договорів Фінансування, можуть, на розсуд ЄБРР, бути примусово виконані ЄБРР в судах України, або в інших судах, що мають юрисдикцію;

- Гарант цим документом безвідклично підпорядковується на користь ЄБРР невиключній юрисдикції судів Англії щодо будь-якого спору, розбіжності або позову у зв’язку з цією Гарантією або будь-якими іншими Договорами Фінансування, або порушенням, припиненням чи недійсністю того чи іншого;

- Гарант безвідклично відмовляється від будь-якого заперечення, яке він може мати, зараз або згодом, на будь-яких підставах, щодо вибору місця подання будь-якого судового позову або ініціювання провадження, а також від будь-якої претензії щодо незручності даного суду для такого судового позову або провадження.

Викладені положення Договору суттєво звужують, а в певних випадках, обмежують права Гаранта на судовий захист своїх прав та законних інтересів, при цьому залишаючи широкі можливості та вигідніші умови щодо захисту своїх прав та інтересів для Кредитора.

Прошу враховувати вищевикладене при подальшій роботі з проектом рішення Миколаївської міської ради «Про затвердження договору гарантії, відшкодування та підтримки проекту між Миколаївською міською радою та Європейським банком реконструкції та розвитку».

Директор юридичного департаменту

Миколаївської міської ради Інна БОЧАРОВА

Євген Юзвак 37 14 20