

Кізова Олена Сергіївна
доктор юридичних наук., професор кафедри
цивільного та господарського права і процесу
Міжнародного гуманітарного університету

Кізов Сергій Андрійович
аспірант кафедри цивільного права
Національного університету «Одеська юридична академія»

DUE DILIGENCE ЗЕМЕЛЬНОЇ ДІЛЯНКИ З ПРАВАМИ

Загальновідомо, що будь яка сучасна суспільна діяльність потребує все більше уваги з боку аналізу та дослідження нюансів її здійснення, всебічну перевірку економічного стану контрагентів, аналізу правоустановчої та правовстановлюючої документації, інвестиційної характеристики об'єктів нерухомості, встановлення можливих ризиків правочинів та можливість їх зниження. Процедура Due Diligence дає можливість знизити ризик і приймати рішення по правочинам на основі об'єктивної інформації. Умовно можна виокремити декілька типів Due Diligence: технічний, маркетинговий, екологічний, юридичний, економічний, податковий та інше.

«**Due Diligence**» (з англ.) – «належна дбайливість, обачність». Англо-російський банківський енциклопедичний словник Б.Г. Федорова визначає «Дью Ділідженс» як належну перевірку і вказує, що «в роботі західних інвестиційних банків «Дью Ділідженс» позначає набір дій, покликаних забезпечити проекту мінімальну захист від несподіванок: поїздка на місце, знайомство з контрагентами, вивчення обстановки на місці, соціальних і інших ризиків» [1]. Загальноприйняте, що юридичний (правовий) аудит – це системний процес отримання та оцінки об'єктивних фактів правової складової діяльності особи, що встановлює рівень їх відповідності законодавству, що склалася, судовій практиці та звичаям ділового обороту.

Дослідженню дью ділідженс присвячені наукові праці зарубіжних вчених, зокрема Дж. Боуера (вивчав роль процедури дью ділідженс при злитті та поглинанні), Р. Уотермена (досліджував способи ефективного управління компанією), а також авторів збалансованої системи показників Р. Каплана та Д. Нортон та багатьох інших. Водночас українські дослідження обмежуються статтями з окремих питань: І.М. Ткачук досліджує відмінності аудиту та дью ділідженс, а праці В.М. Лиховчука, Н.Є. Сілічевої, О.О. Терещенка та М.В. Стецька присвячені перспективам розвитку процедури дью ділідженс в Україні. Про дью ділідженс як різновид аудиторських послуг пишуть І.М. Гноєва, А.О. Касич, Б.В. Мельничук[2].

У чинному законодавстві України відсутнє визначення юридичного (правового) аудиту, корпоративного аудиту, а тим більше процедури Due Diligence, відсутні і механізми, що регламентують порядок його проведення.

Вважається, що цей термін був введений в обіг в 30-і роки XX століття в США. Спочатку він означав процедуру розкриття інформації брокером перед інвестором про компанії, акції якої реалізувалися на відкритому фондовому ринку. Далі Due Diligence перекочував у банківську сферу США. Він мав на увазі під собою комплексну систему збору та аналізу інформації про потенційних або існуючих клієнтів і партнерів, яка призначалася банками для захисту власності від можливих збитків. Цим терміном позначалася незалежна перевірка інформації про компанію-емітента на предмет можливих порушень законодавства, проведена з належною обачністю, що дозволяє обмежити відповідальність андеррайтера за помилки, що містяться в проспекті емісії цінних паперів. При цьому саме поняття не було прямо визначено в законодавстві оскільки, як зазначалося судами штатів, неможливо встановити єдиний обсяг вимог до андеррайтеру з проведення Due Diligence різних компаній.

У наш час поняття юридичного (правового) аудиту набуло досить широке значення. Сьогодні під due diligence мають на увазі комплексну перевірку, що проводиться інвестором з метою оцінки різноманітних ризиків, пов'язаних з інвестуванням. Як правило, вона проводиться при вирішенні питання про покупку частки в бізнесі або бізнес-проекту в цілому.

Іноді юридичний (правовий) аудит або due diligence визначають як належне дослідження, що проводиться зацікавленими сторонами при підготовці документів щодо угоди з метою формування довірчої основи щодо істинності та повноти положень документів і які містяться в ній фактів.

В окремих випадках цей термін позначає збір і аналіз інформації про потенційних або існуючих клієнтів і партнерів з метою оцінки їх фінансового стану і благонадійності. Обсяг юридичної due diligence, перш за все, залежить від специфіки активу (нерухомість – земельну ділянку, будинок із земельною ділянкою, окремо розташована будівля, квартира, офіс; корпоративні права на суб'єкт господарювання, який володіє об'єктом нерухомості на праві власності, та інше), а також історії володіння таким активом (яким способом купувалося право власності, наприклад, шляхом приватизації, будівництва, покупки; єдиний власник, або власники мінялися, якщо, так, то, як давно (минули строки позовної давності), на якій підставі було придбано право власності на активи, або зовсім немає зареєстрованих власників, так як об'єкт продається, як інвестиційний, на стадії будівництва).

Так, добре зарекомендувала себе практика проведення due diligence при купівлі об'єктів нерухомості та земельних ділянок.

Процедура due diligence в галузі нерухомості, як правило, проводиться в кілька етапів, під час яких аналізуються права власника на об'єкт нерухомості, історія створення об'єкта, ланцюжок придбань, аналіз процедури приватизації. Також фахівці виявляють фактичні обтяження, з якими об'єкт виставляється на продаж, проводить експертизу правочинів продавця про об'єкт нерухомості, встановлюють компетенцію та обмеження щодо здійснення правочину.

Так, юридичний аудит земельних ділянок включає перевірку законності володіння та користування земельними ділянками, отримання всіх необхідних погоджень та дотримання необхідних процедур при їх відведенні, вилученні, зміни цільового призначення тощо, перевірку законності правочинів щодо земельних ділянок, встановлення існуючих обмежень щодо земельної ділянки, дотримання обмежень, встановлених для земель сільськогосподарського призначення. Так існують особливості проведення дью ділідженс сформованої земельної ділянки з правами. Так, при перевірці відводу (формування) земельної ділянки необхідно перевірити підстави розробки землевпорядної документації, погодження землевпорядної документації та її експертиза, аналіз існуючих обмежень у використанні земельної ділянки, встановлення геодезичних параметрів та топографічних планів тощо. Аналізу поточного землекористування може включати дослідження особливостей правового режиму поточного землекористування, історії землекористування, встановлення впливу поточного режиму на оформлення прав на земельну ділянку. При дослідженні історії об'єкта нерухомості здійснюється перевірка всіх правовстановлюючих документів, законності придбання об'єкта нерухомості, піднімається інформація з архівів адміністративно-територіальної одиниці, державних реєстрів, реєстраційної справи БТІ тощо[3].

У багатьох юрисдикціях перевірка титулу обмежується формальним підтвердженням актуального права власності у власника об'єкта шляхом, наприклад, отримання виписки з відповідного реєстру. В Україні це також можливо, однак у нас набагато гостріше постає питання історичних дефектів, які можуть вплинути на титул актуального власника. Цьому, зокрема, сприяє відносно слабкий захист сумлінного набувача в тій формі, у якій вона реалізована в нашому законодавстві (ст. 388 Цивільного кодексу України). У зв'язку з цим також можна згадати ліберальний підхід судів до віндикації, які допускають такий спосіб захисту без необхідності заперечування всього

ланцюжка переходів права власності на спірний об'єкт (наприклад, постанова ВСУ від 21.11.2012 р. у справі №6-136цс12).

Також, наприклад, важливим для дослідження об'єктом правового аудиту при asset deal є земля, розташована під цільовим активом. Це пов'язано як з можливістю подальшого використання покупцем об'єкту нерухомості, що придбається, за цільовим призначенням (наприклад, розташування місць для паркування автомобілів відвідувачів торгового центру, будівництво складських приміщень для обслуговування торгового об'єкта тощо), так і з виключно юридичною можливістю зробити asset deal. Так, згідно з ч. 2 ст. 377 Цивільного кодексу України від 16.01.2003 №435-IV розмір і кадастровий номер земельної ділянки, на якій знаходиться цільовий актив, є істотними умовами для договорів, які передбачають передачу права власності на об'єкт нерухомості (крім квартир у багатоквартирних будинках). Інакше кажучи, якщо земельна ділянка під об'єктом торгової нерухомості не оформлена, то укласти правочин може бути неможливо до її належного оформлення. У зв'язку з цим проведення правового аудиту земельної ділянки також є обов'язковою умовою планування операції з об'єктом нерухомості.

Також, до питань, що є об'єктом аналізу є дослідження історії національного законодавства щодо прав на нерухоме майно. А історія ця досить насичена:

реформа системи реєстрації прав на нерухомість і введення в дію Державного земельного кадастру України з 1 січня 2013 року;

– реформа містобудівної галузі у зв'язку з набранням чинності Законом «Про регулювання містобудівної діяльності» з 12 березня 2011 р.;

– набрання чинності Земельного кодексу з 1 січня 2002 р.

У деяких випадках доводиться заглиблюватись ще далі та вивчати документацію, що відноситься до радянського періоду. Це лише основні етапи, які призводили до фундаментальних змін регулювання у сфері нерухомості. У рамках кожного з них мала місце або триває практика дрібних, але не менш важливих, змін на рівні підзаконних актів тощо.

ЛІТЕРАТУРА:

1. <http://services.svdevelopment.com/ua-lawyer-audit-analiz.html>
2. Безус А.М. Застосування процедури дью ділідженс як важеля зменшення інформаційних ризиків при здійсненні емісії цінних паперів // http://www.investplan.com.ua/pdf/9_2018/11.pdf
3. <https://www.de-jure.ua/wp-content/uploads/2019/09/Due-diligence-objektiv-nerukhomosti.pdf>

Ключові слова: аудит, дью ділідженс, брокер, володіння, земельна ділянка.

Keywords: audit, due diligence, broker, possession, land.