Юридичний аудит проєктів альтернативної енергетики в Україні

1. Розвиток альтернативної енергетики в Україні

2. Що таке Due Diligence?

• Корпоративні питання• Земельні питання• Питання технічної та дозвільної документації• Інші питання

В

1. Розвиток альтернативної енергетики в Україні

Згідно інформації від Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг, загальна встановлена потужність об'єктів альтернативної енергетики, яким встановлено зелений тариф становить 8431 МВт.

При цьому, у 2020 році введено в експлуатацію 1345 МВт, а за три квартали 2021 року введено в експлуатацію 692 МВт встановленої потужності об'єктів альтернативної енергетики. Таким чином, розвиток альтернативної енергетики в Україні, хоч трохи й сповільнився в 2021 році, але все ще показує зацікавленість інвесторів, зокрема й іноземних, в будівництві нових об'єктів.

Інша стаття за темою: Альтернативна енергетика в Україні: актуальний стан

Слід зазначити, що наразі більшість інвесторів надають перевагу купівлі готових до будівництва проєктів альтернативної енергетики, ніж самостійно отримувати всі необхідні дозволи та розробляти відповідну документацію. Таким чином, об'єктом угоди щодо купівлі такого проєкту стають корпоративні права українських компаній, на яких зареєстровано відповідні проєкти та отримано дозвільні документи.

Саме ці компанії і стають предметом юридичного аудиту, оскільки, враховуючи значний обсяг інвестицій та складність судових процесів, необхідно пересвідчитись, що потенційний об'єкт альтернативної енергетики може бути створено. При цьому такий об'єкт може бути створено з дотриманням українського законодавства та досягненням мети створення об'єкту (отримання зеленого тарифу).

2. Що таке Due Diligence?

Due diligence в Україні – це досить складний процес. Звичайно, масштаб, строки та складність залежать від конкретної операції, але в цілому алгоритм стандартний: підготовка до юридичного аудиту, проведення юридичного аудиту, оформлення результатів юридичного аудиту.

Проведення Due Diligence та перелік необхідних дій та документів залежать від сфери діяльності підприємства та повинні враховувати особливості на кожному окремому ринку.

Проведення Due Diligence в Україні щодо об'єктів альтернативної енергетики вирізняється необхідністю перевірки не тільки безпеки купівлі корпоративних прав підприємства, а і перевірки підприємства та всіх документів на предмет відповідності встановлених вимог та можливості отримання зеленого тарифу.

Слід також врахувати, що навіть за відсутності кінцевої мети, а саме отримання зеленого тарифу, проведення Due Diligence проєкту побудови об'єкта генерації електроенергії відбувається так само, як і проєктів з отриманням зеленого тарифу (за винятком деяких особливостей).

Загалом під час проведення Due Diligence здійснюється аналіз питань таких категорій: корпоративні питання, земельні питання, питання технічної та дозвільної документації, фінансово-оперативні, бухгалтерські та загально-юридичні питання

Корпоративні питання

Під час перевірки встановлюються права та обов'язки учасника (ів) українського підприємства, достатність у них повноважень для здійснення угоди з продажу корпоративних прав, виконання підприємством та учасниками вимог законодавства тощо.

Законодавство України встановлює певні правила щодо розпорядження корпоративними правами, а також умови, дотримання яких необхідне для такого розпорядження. Наприклад, в разі продажу продавцем тільки частки корпоративних прав (а не 100% всіх часток) необхідна згода інших учасників, які мають переважне право на придбання такої частки. Відповідна згода подружжя потрібна також у випадку, якщо частку відчужує фізична особа (в разі відсутності шлюбного контракту, в якому врегульовані такі питання).

Не слід забувати, що відчужувати можна тільки частку, яка вже повністю сплачена, відповідно, необхідно перевірити порядок формування та сплати статутного капіталу українського товариства.

Також необхідно перевірити історію взаємовідносин між учасниками, зокрема, чи повністю було завершено вихід колишніх учасників, чи існують (або можливі) спори щодо виходу учасника або прийняття спадщини (частки).

Крім того, необхідно також пересвідчитись, що учасники та/або керівник підприємства виконали всі вимоги законодавства щодо оформлення та/або оновлення установчих документів підприємства та інформації про нього.

Наприклад, всі товариства з обмеженою відповідальністю повинні були привести установчі документи у відповідність до Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю». Однак на практиці деякі підприємства (особливо «сплячі» – які не проводять господарську діяльність і чекають покупця) не зареєстрували відповідні зміни в свої установчі документи. Це несе ризик як мінімум затримки під час вчинення угоди купівлі-продажу корпоративних прав.

Деколи українські підприємства не виконують вимоги щодо розкриття своєї структури власності й оновлення даних про кінцевих бенефіціарних власників.

Таким чином, перевіряється не тільки саме підприємство, а також його корпоративні права, що перебувають у власності учасників, можливі обтяження щодо таких прав та можливість учасників розпоряджатися правами в повному обсязі.

Також необхідно проаналізувати, чи потребуватиме угода щодо продажу корпоративних прав погодження окремих органів. Зокрема, за певних обставин угода з купівлі-продажу корпоративних прав має бути погоджена з Антимонопольним комітетом України.

Земельні питання

Земельні питання – одна із причин, через яку інвестори надають перевагу купівлі готових до будівництва проєктів, а не облаштуванню свого власного проєкту «з нуля». Це відбувається тому, що виділення землі зазвичай потребує багато часу та підготовки великої кількості документів.

Для побудови об'єкта альтернативної енергетики в Україні земельна ділянка повинна відповідати кільком основним ознакам:

1. Має бути у власності або в довгостроковій оренді у підприємства-власника проєкту.

2. Повинна мати цільове призначення «… землі енергетики …».

3. Не повинна знаходитися в охоронюваній законом зоні: лісовій, водній, історичній тощо.

При цьому, навіть якщо всі ці документи є в наявності, необхідно також перевірити підстави для отримання таких документів. Так, якщо договір оренди земельної ділянки було укладено з порушенням порядку, це є підставою в майбутньому визнати такий договір недійсним з відповідними правовими наслідками. Це стосується й відведення земельних ділянок з порушенням відповідних охоронюваних зон або в разі зміни призначення земельної ділянки.

Бувають випадки, коли зміни призначення земельної ділянки відбувалися попри те, що в законі міститься пряма заборона на зміну призначення такої земельної ділянки. Або, наприклад, коли українське підприємство отримало всі необхідні дозволи та документи, але цільове призначення земельної ділянки не відповідає вимогам українського законодавства. При цьому, земельна ділянка в більшості випадків може бути виділена не одним лотом, а кількома, розташованими поряд.

Слід звернути увагу, що для розташування допоміжних споруд і конструкцій (наприклад, лінії електропередач або підстанції) правила відведення земельних ділянок можуть відрізнятися. Наприклад, під опори лінії електропередач земля може виділятися за сервітутом.

Необхідно також звернути увагу на виконання користувачем землі своїх зобов'язань, зокрема грошових, а також на розмір цих зобов'язань.

Крім того, під час проведення Due Diligence перевіряються виконання землекористувачем зобов'язань щодо оновлення інформації щодо земельної ділянки. Наприклад, у власника земельної ділянки можуть бути застарілі документи, а інформація про земельну ділянку в земельному кадастрі може не відповідати дійсності.

Також необхідно врахувати на додаткові можливості проєктів: для готових або частково готових проєктів додатковою перевагою можна вважати наявність вільної (додаткової) земельної ділянки з усіма необхідними характеристиками, на якій можливо здійснити додаткове будівництво.

Питання технічної та дозвільної документації

Під час перевірки документації об'єкта необхідно насамперед звернути увагу на:

1. наявність всіх документів, необхідних для подальшого будівництва та введення в експлуатацію. При цьому, слід мати на увазі, що для різних проєктів альтернативної енергетики можуть бути обов'язковими різні додаткові документи.

2. послідовність отримання цих документів відповідно до встановленого порядку. Наприклад, введення в експлуатацію не може відбутися раніше, ніж оформлено дозвіл на будівництво. Приклад, начебто, абсурдний, але в певних випадках і таке можливо.

3. відповідність документів чинному законодавству. На практиці зустрічаються випадки, коли попередній договір на продаж електроенергії підписано не з Гарантованим покупцем, а з попереднім підприємством (державним підприємством «Енергоринок»). Або відсутні документи, які не вимагалися на момент розробки документації, але є обов'язковими за чинним законодавством.

4. відповідність документів технічним можливостям. Зустрічаються випадки, коли, начебто, з документами все в порядку, але під час перевірки технічних можливостей виявляється, що фактична передача запланованої потужності фізично неможлива. Тоді доводиться або зменшувати потужність, або будувати нову підстанцію та лінію за власний рахунок, що відповідно позначиться на вартості самого проєкту.

Крім того, не зайвим буде звернути увагу на розташування самого проєкту. Наприклад, певний вплив на вартість проєкту може мати:

- відстань до точки під'єднання та вартість підключення,
- географічні особливості місцевості та наявність під'їздних шляхів, що може ускладнити або унеможливити доставку обладнання або важкої техніки для будівництва,
- наявність сировини та готовність постачальника до її продажу (у випадку виробництва біогазу/ біомаси) тощо.

Також під час купівлі побудованих або частково побудованих проєктів необхідно звертати увагу на порядок і дату введення в експлуатацію, оскільки від цього залежить розмір «зеленого» тарифу в Україні.

Крім того, деякі проєкти продаються з «додатковими можливостями». Так, може продаватися проєкт зі всіма документами, а земельна ділянка під ним може бути розміром вдвічі більшим, ніж необхідно для проєкту. З одного боку, це дає додаткові можливості для побудови електростанції більшої потужності, а з іншого – необхідно перевірити наявність можливості для реалізації такого проєкту.

Також під час придбання готових проєктів в Україні важливо, окрім оцінки вказаних вище ризиків, додатково перевірити наявність зеленого тарифу та всієї необхідної для цього документації. Іноді невеликі проєкти можуть не отримувати зелений тариф, здійснюючи продаж електроенергії за загальними правилами на ринку.

Інші питання

Здебільшого така перевірка проходить за загальними правилами проведення Due Diligence, тобто необхідно перевірити:

- правильне оформлення та ведення трудових відносин на підприємстві,
- відсутність договорів і зобов'язань, що несуть значні ризики,
- відсутність кредитних зобов'язань, іншої заборгованості,
- відсутність спорів, зокрема судових, відсутність виконавчих проваджень,
- відсутність арештів, обтяжень, застав,
- правильне ведення бухгалтерського обліку,
- відповідне оформлення й облік активів українського підприємства,
- своєчасне та повне подання звітності,
- відсутність заборгованості перед бюджетом тощо.

Наявність проблем в кожному з перелічених пунктів несе ризик настання негативних наслідків для інвесторів, починаючи від штрафів і закінчуючи втратою контролю над українськими активами. Тому повна та професійна перевірка проєкту альтернативної енергетики може як значно заощадити час і кошти інвестора, так і вберегти від багатьох можливих ризиків в майбутньому.