



О. С. Яворська\*

## ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ДОГОВІРНИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ ПРО УЧАСТЬ У ФОНДАХ ФІНАНСУВАННЯ БУДІВНИЦТВА

Законом України від 19 червня 2003 р. “Про фінансово-кредитні механізми і управління майном при будівництві житла та операціях з нерухомістю”<sup>1</sup> (далі — Закон “Про фінансово-кредитні механізми...”) були впроваджені нові механізми залучення коштів фізичних та юридичних осіб при будівництві житла. До введення в дію цього закону будівельні компанії залучали кошти на будівництво житла на підставі прямих договорів про пайову участь у будівництві. Практично такі договори мали всі ознаки договору приєднання. Їх умови розроблялися будівельними компаніями і пропонувалися до підписання особою, яка виявила бажання за власні кошти придбати у власність житло. Погодженням об’єкт відповідно до проекту будівництва мав бути збудований і переданий їй у власність на підставі договору. Як засвідчила практика та резонансні судові спори, інвестори ставали жертвами махінацій недобросовісних компаній на ринку. На думку фахівців, однією з причин таких афер був саме механізм залучення інвестицій у будівництво на підставі прямих договорів між фізичними особами, які інвестували кошти в будівництво житла, та забудовниками. Однак, яким би досконалим не був механізм залучення коштів чи рівень правового регулювання відносин сторін, має спрацьовувати загальна презумпція добросовісності контрагентів в цивільному обороті. В протилежному ж разі ніхто не може бути забезпеченим від різного роду зловживань і махінацій, особливо в тих сферах, в яких задіяні фінансові потоки.

У свій час відомий російський цивіліст К. І. Скловський зазначав, що в нашій правовій системі здається більш доцільним ввести реєстрацію дольової участі в порядку, встановленому для реєстрації прав, пов’язаних з нерухомістю, виділивши права дольовиків в окремий предмет реєстрації<sup>2</sup>. На думку В. А. Січевлюка необхідно ввести обов’язкову реєстрацію укладення (розірвання) інвестиційних договорів на будівництво житла<sup>3</sup>.

Закон “Про фінансово-кредитні механізми...” став результатом пошуку більш досконалих механізмів захисту прав пересічних осіб, які, маючи потребу в житлі, готові вкладати власні кошти у його будівництво. У схему фінансування будівництва житла введено фінансових посередників — управителів, які від свого імені діють в інтересах установників управління майном і здійснюють управління залученими коштами згідно із законодавством, Правилами фонду та отримали в установленому порядку дозвіл /ліцензію. Паралельно з прийняттям цього закону було внесено зміни і доповнення до ЦКУ. Зокрема, ст. 316 ЦКУ була доповнена ч. 2 такого змісту: “Особливим видом права власності є право довірчої власності, яке виникає внаслідок закону або договору управління майном”. Саме в механізмі залучення коштів, що спрямовуються на фінансування житла, задіяна і довірча власність. Її “вкраплення” в правову систему України зустріло як підтримку, так і різку критику, зумовлену в першу чергу розумінням в українській правовій системі права власності як права абсолютного. Таке абсолютне право належить виключно власнику, який і вирішує, в який спосіб його здійснювати. Довірча ж власність породжує “розщеплення” права власності. На один і той же об’єкт одночасно мають права два власники: один — носій абсолютного права власності, другий — довірчий власник. Основна правова проблема зводиться до з’ясування співвідношень повноважень цих двох власників. Неврегульованим залишається питання можливих колізій власника та довірчого власника.

Перші роки після прийняття закону цілий ряд забудовників продовжували працювати з фізичними особами на підставі прямих договорів про пайову участь у

© О. С. Яворська

\* доцент кафедри цивільного права і процесу Львівського національного університету імені Івана Франка, кандидат юридичних наук, доцент

<sup>1</sup> ВВР. — 2003. — № 52. — Ст. 377.

<sup>2</sup> Скловський К. И. Собственность в гражданском праве: Учебн.-практ. пособие. — 2-е изд. — М.: Дело, 2000. — С. 388.

<sup>3</sup> Січевлюк В. А. Інвестиційні договори на будівництво житла (цивільно-правовий аспект). Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. — К., 2003. — С. 4.



будівництві, інвестиційних договорів. Введення нових механізмів не скасовувало дію уже відпрацьованих. Згодом відносини сторін стали оформлятися договором комісії, договором купівлі-продажу об'єкта, що буде створений в майбутньому. Але Законом України від 15 грудня 2006 р. “Про внесення змін до деяких законодавчих актів” ст. 4 Закону України від 18 вересня 1991 р. “Про інвестиційну діяльність”<sup>4</sup> була доповнена ч. 3 такого змісту: “Об'єктами інвестиційної діяльності не можуть бути об'єкти житлового будівництва, фінансування спорудження яких здійснюється з використанням недержавних коштів, залучених від фізичних та юридичних осіб, у тому числі в управління. Інвестування та фінансування таких об'єктів може здійснюватися виключно через фонди фінансування будівництва, фонди операцій з нерухомістю, інститути спільного інвестування, недержавні пенсійні фонди, які створені та діють відповідно до законодавства, а також через випуск безпроцентних (цільових) облігацій, за якими базовим товаром виступає одиниця такої нерухомості”.

Слід зауважити, що прямої заборони на укладення договорів про пайову участь чи інвестиційних договорів з таких законодавчих змін не випливає, однак труднощі практичного плану унеможливають таку договірну практику. Зокрема, БТІ відмовляє в оформленні права власності на об'єкт інвестування на підставі договорів про пайову участь чи інвестиційних договорів. Цікаво, що запропоновані новели стосуються виключно житлового будівництва, яке ведеться із залученням коштів фізичних осіб, і не стосується нежитлового будівництва.

Суб'єктами системи фінансово-кредитних механізмів, за визначенням Закону “Про фінансово-кредитні механізми ...”, є: довірители, управителі, забудовники, страхові компанії, емітенти сертифікатів ФОН та власники сертифікатів ФОН. Управителем може бути фінансова установа. Фінансові установи можуть бути як банківськими, так і небанківськими. Банківські установи здійснюють свою діяльність як управителі на підставі дозволу на здійснення операцій довірчого управління<sup>5</sup>, небанківські — на підставі відповідної ліцензії Державної комісії з регулювання ринків фінансових послуг на здійснення діяльності із залучення коштів фізичних та юридичних осіб — установників управління майном для фінансування об'єктів будівництва та/або здійснення операцій з нерухомістю<sup>6</sup>. Фінансова установа може створити Фонд фінансування будівництва (далі ФФБ) за власною ініціативою з метою отримання довірителями ФФБ у власність житла. ФФБ як кошти, передані управителю в управління, які використані чи будуть використані управителем у майбутньому на умовах Правил фонду та договорів про участь у ФФБ.

Отже, правовою формою, що опосередковує відносини між фінансовою установою та фізичною чи юридичною особою, яка бажає інвестувати кошти в житлове будівництво, є договір про участь у ФФБ. Із ст. 2 закону впливає, що договір про участь у ФФБ є договором управління майном, за яким установник управління передає управителю у довірчу власність майно з метою досягнення визначених ним цілей та встановлює обмеження щодо окремих дій управителя з управління цим майном. Спостерігається певна змістовна непослідовність законодавчих підходів. По-перше, якщо метою створення ФФБ є отримання довірителями ФФБ у власність житла, то чому ця мета у дефініції договору трансформована у “визначені установником цілі”. Адже установник має конкретно визначену ціль і причому одну — отримати у власність житло. По-друге, управителю ФФБ передається не будь-яке майно, а виключно грошові кошти. Більше того, інше майно, крім грошових коштів, в принципі не може залучатися для фінансування житлового будівництва. В тексті закону не вживається термін “грошові кошти”, а лише майно, кошти, однак зі змісту закону слідує, що йдеться власне про грошові кошти. Нормою ч. 2 ст. 1030 ЦКУ встановлене імперативне правило про те, що грошові кошти не можуть бути предметом договору управління майном, крім випадків, коли право здійснювати управління

<sup>4</sup> ВВР. — 1991. — № 47. — Ст. 646.

<sup>5</sup> Положення про порядок видачі банкам банківських ліцензій, письмових дозволів та ліцензій на виконання окремих операцій, затверджене постановою Правління Національного банку України від 17.07.2001 р., із змінами і доповненнями // ОВУ. — 2001. — № 34. — Ст. 115

<sup>6</sup> Ліцензійні умови провадження діяльності із залучення коштів установників управління майном для фінансування об'єктів будівництва та/або здійснення операцій з нерухомістю. Затверджені розпорядженням Державної комісії з регулювання ринків фінансових послуг України 24.06.2004 р. з наступними змінами та доповненнями // ОВУ. — 2004. — № 30. — Ст. 475.



грошовими коштами прямо встановлене законом. Формально таке право мало би бути встановлене законом “Про фінансово-кредитні механізми”, оскільки йдеться про управління саме грошовими коштами.

Законом передбачено два види ФФБ: виду А та виду Б. Більш привабливим на практиці є ФФБ виду А, оскільки при такому механізмі фінансування забудовник сам визначає поточну ціну, споживчі властивості об'єкта та приймає на себе ризик щодо недостатності залучених коштів на його спорудження. ФФБ може бути створений по кожному забудовнику кожного виду. Для функціонування ФФБ Управитель має розробити та затвердити Правила ФФБ, підписати договір із забудовником та відкрити рахунок ФФБ. Загальні вимоги до Правил ФФБ сформульовані у ст. 12 Закону “Про фінансово-кредитні механізми...”. Як свідчить практика, Правила в основному відтворюють законодавчі положення, а також можуть включати правила отримання банківського кредиту для участі у ФФБ. Законом визначено, що Правила є публічною пропозицією для вступу до фонду особи, яка бажає стати довірительом цього фонду, на підставі визнання Правил. Як слідує із змісту ст. 14 зазначеного Закону довірительом за договором про участь у ФФБ може бути виключно одна особа — фізична або юридична. Особа стає довірительом ФФБ за умови передання коштів в управління управителю та укладення з управителем ФФБ договору про участь у ФФБ (ч. 2 ст. 14 Закону “Про фінансово-кредитні механізми...”). За такого підходу незрозумілим є на якій підставі установник управління передає управителю кошти, якщо за законом передання коштів та укладення договору розглядаються як два окремі правочини. Очевидно, що правовою підставою передання коштів в управління управителю є договір про участь у ФФБ, який і вважається укладеним з моменту передання коштів в об'ємі, що визначається Правилами для кожного окремого ФФБ. Закон не передбачає спеціального правила про форму договору про участь у ФФБ. Такі договори укладаються в письмовій формі як про це зазначено у ст. 1031 ЦКУ.

Нормами ст. 14 Закону визначено, які умови має містити договір про участь у ФФБ. Зокрема, в договорі пропонується вказувати порядок передання коштів в управління, права та обов'язки сторін, дані про закріпленій за довірительом об'єкт інвестування, строк дії договору, розмір та форма винагороди управителя тощо. В договорі, зокрема, мають зазначатися обмеження щодо окремих дій управителя з управління майном. Практично в цій частині зміст договору відтворює законодавчі обмеження права довірчої власності управителя, встановлені у ст. 8 Закону. Таким чином, договір про участь у ФФБ є реальним, взаємно зобов'язуючим, відплатним договором. Цей договір є договором про приєднання, а також може бути охарактеризований як публічний договір.

Договір буде вважатися укладеним з моменту внесення коштів в управління. З договору виникають права та обов'язки як для управителя, так і для установника управління (довірителя). Зокрема, основними обов'язками управителя є: використовувати кошти відповідно до Правил ФФБ та умов договору за їх цільовим призначенням; закріпити за довірительом конкретний об'єкт інвестування; видати довірительу Свідоцтво про участь у ФФБ та вносити до нього відповідні записи після кожного внесення коштів довірительом; якщо довіритель повністю проінвестував об'єкт передати йому майнові права на об'єкт. Довіритель в свою чергу зобов'язаний виконувати Правила ФФБ; дотримуватися графіка внесення до ФФБ коштів; після введення об'єкта в експлуатацію здійснити остаточні розрахунки на умовах Правил ФФБ.

Умова про оплату послуг управителя є обов'язковою умовою договору. Довіритель, зокрема, сплачує управителю одноразову винагороду за здійснення управління ФФБ, винагороду за здійснення розрахунково-касового обслуговування, а також повинен виплатити винагороду у разі зміни об'єкта інвестування або при уступці прав вимоги за договором на користь третіх осіб. На практиці поширеними є типові договори, розроблені управителями, в яких лише конкретизується об'єкт інвестування. Характеристика об'єкта інвестування конкретизується у свідощті про участь у ФФБ. Свідоцтво про участь у ФФБ видається довірительу після внесення ним коштів і є документом, що підтверджує участь довірителя у ФФБ. Таким чином, хоч договір про участь у ФФБ, виходячи зі змісту закону, розглядається як договір управління майном, однак мета довірителя — установника управління є чітко вираженою — отримання у власність житла як об'єкта інвестування. Для досягнення цієї мети створюється ФФБ. Вся система функціонування ФФБ передбачає отримання довірительами у власність закріплених за ними об'єктів інвестування. Тому є



всі підстави вважати цей договір як такий, що спрямований на передання майна у власність. Договір про участь у ФФБ в сукупності з іншими юридичними фактами (повної оплати вартості об'єкта, передання об'єкта та іншими) веде до набуття права власності на житло.

Віднесення договору про участь у ФФБ до групи договорів про передання майна у власність не є безспірним. Однак, слід враховувати реалії практики. Пересічна особа, вкладаючи кошти в житлове будівництво, не усвідомлює себе в ролі його інвестора. Спрямованість її дій свідчить про намір — набути у власність житло для власних потреб і потреб членів своєї сім'ї. Саме її інтерес має визначальне значення. Без такого будівництва немислиме взагалі. Адже зведення житла здійснюється для задоволення першочергових потреб особи. Розцінювати ж прагнення особи, яка вкладає кошти в будівництво, виключно лише як інвестиції, невірно. Правильна оцінка суті справи унеможливить зловживання у дій сфері. Виходячи з потреб особи у набутті житла у власність, законодавець має створити дієві механізми для забезпечення участі особи в реалізації свої намірів. Не усувати особу через механізми фінансових посередників від реального приймання об'єкта у власність, а сприяти їй у цьому. Сприйняття осіб, чії кошти залучаються у будівництво, виключно як інвесторів, які не мають самостійного майнового інтересу, якраз і зумовлює зловживання та судові спори щодо передання у власність житла. Адже особа, вкладаючи кошти, прагне стати власником реального об'єкта — квартири. Навіть, якщо особа вкладає кошти з метою подальшого відчуження об'єкта, зважаючи на ріст цін на нерухомість, в оцінці відносин сторін нічого не змінюється. Інтерес особи, яка є слабшою стороною в договорі, спрямований на набуття права власності. Тому їй мають бути забезпечені реальні юридичні механізми передання майна у власність.

У ст. 2 Закону "Про фінансово-кредитні механізми..." зазначено, що закріплення об'єкта інвестування за довірительом — це встановлення правовідносин між довірительом та управительом на підставі договору про участь у ФФБ, за яких у довірителя виникає право вимоги на цей об'єкт інвестування у майбутньому. Така дефініція поняття є не точною, оскільки у довірителя виникає не просто право вимоги на об'єкт, а право вимагати передання йому цього об'єкта у власність за умови остаточного розрахунку з управительом.

Права управителя на контроль за виконанням забудовником зобов'язань за договором визначені у ст. 18 зазначеного Закону. Такий підхід гарантує інтереси довірительів, оскільки фінансові установи наділені досить широкими повноваженнями щодо реагування на порушення умов договору із забудовником. Так, у разі виявлення управительом ризику порушення умов договору він має право припинити фінансування будівництва, вимагати розірвання договору, повернення забудовником усіх спрямованих на фінансування цього об'єкта коштів, перерахування на рахунок ФФБ коштів, необхідних для розрахунків з довірительами, що виходять із ФФБ у зв'язку з розірванням договору, а також здійснювати інші заходи щодо виконання забудовником своїх зобов'язань за договором. Здійснення таких заходів було б не під силу особам, які здійснюють фінансування будівництва житла на підставі прямих договорів із забудовниками. Власне в цьому і проявляється перевага участі в ФФБ для особи. Сума коштів, що підлягає поверненню довірительу, визначається управительом виходячи з кількості закріплених за довірительом вимірних одиниць об'єкта інвестування та поточної ціни вимірної одиниці цього об'єкта інвестування на день подання заяви про вихід із ФФБ (ст. 17 Закону). Такий підхід теж гарантує інтереси довірительів. Але, з другого боку, повернення коштів здійснюється тільки в рамках ФФБ, оскільки не може здійснюватися за рахунок іншого ФФБ або власного майна банку. В такому разі довіритель зможе одержати те, що вклав. Але між моментом укладення договору і моментом виходу з ФФБ проходить певний проміжок часу. За цей період кошти могли знецінитися в результаті інфляційних процесів, зростання цін на нерухомість тощо. Фактично ці втрати довіритель не зможе компенсувати, оскільки джерела їх компенсації просто відсутні.

Довіритель не приймає участі в здачі-прийманні об'єкта в експлуатацію. Після введення об'єкта будівництва в експлуатацію забудовник письмово повідомляє про це управителя та надає в 3-х денний строк засвідчену належним чином копію технічного паспорта на об'єкт. Управитель одразу ж після отримання даних від забудовника проводить розрахунки з довірительами відповідно до закріплених об'єктів інвестування, фактичної площі, поточної вартості однієї вимірної одиниці, закріплених вимірних одиниць. Надзвичайно важливою гарантією інтересів довірительів є положення закону про те, що у разі підвищення поточної ціни вимірної одиниці об'єкта інвестування у довірителя не



виникає зобов'язань щодо внесення додаткових коштів за закріплені за ним вимірні одиниці об'єкта інвестування. В принципі таке положення фіксувалося і в прямих договорах із забудовниками.

Після проведення розрахунків управитель надсилає довірителям письмові повідомлення, що містять інформацію про закріпленій за довірителем об'єкт інвестування. Після остаточного розрахунку довірителі отримують в управителя ФФБ довідку встановленої форми про остаточні розрахунки в обмін на свідоцтво про участь у ФФБ. Довідка є документом, що підтверджує право довірителя на отримання у власність закріпленого за ним об'єкта інвестування. Тому положення ст. 13 Закону про те, що система функціонування ФФБ передбачає передавання управителем довірителям, які повністю проінвестували закріплені за ними об'єкти інвестування, майнових прав на ці об'єкти інвестування за договором про уступку майнових прав є невірним. Правовою підставою передавання права власності на об'єкт є сам договір про участь у ФФБ, а тому укладення окремого договору не потрібно. В обмін на довідку довіритель отримує у забудовника оглядовий ордер на квартиру та впродовж 10 днів має підписати акт прийому-передання квартири для оформлення права власності. Строк підписання акта може бути продовженим на строк, що не перевищує два календарних місяці з дати введення об'єкта будівництва в експлуатацію, якщо довіритель виявить недоліки щодо якості об'єкта інвестування та за поважних причин, що унеможливають підписання акта довірителем. У разі виявлення недоліків такі фіксуються довірителем та комісією у складі представників забудовника та управителя. Зафіксовані в акті недоліки мають бути усунені забудовником власними силами та за власний рахунок до підписання акта, фактично до спливу 2-х місячного строку з дати введення об'єкта в експлуатацію. Тобто, строки усунення забудовником зазначених довірителем недоліків не встановлені. Але, виходячи з того, що строк підписання акта не може бути подовжено на строк, що не перевищує 2 календарні місяці, саме протягом цього строку забудовник повинен виконати зазначені роботи.

Проблематичними є взаємовідносини між довірителем і забудовником, оскільки жодного правового зв'язку між ними не існує. Якщо ж залишатися в рамках конструкції договору про участь у ФФБ виключно як договору про управління майном, то довіритель позбавлений будь-якої правової підстави на звернення до забудовника про усунення недоліків чи відшкодування заподіяних збитків. Вимога про відшкодування заподіяних збитків в результаті непередання об'єкта чи передавання йому неякісного об'єкта не може бути заявлена і до управителя, оскільки останній здійснював лише управління майном. Закон і не передбачає відповідальності управителя у разі, якщо довірителю не буде передано об'єкт інвестування у власність. Мова може йти лише про повернення коштів. На підставі договору про управління майном в принципі і не можливо заявити вимоги про відшкодування понесених збитків у зв'язку з недоліками об'єкта чи з його непереданням. В. А. Січевлюк, аналізуючи інвестиційні договори на будівництво житла, пропонує законодавчо закріпити відповідальність генерального підрядника, який провадив будівництво житла, за неякісне будівництво, а також відповідне право інвестора на пред'явлення до нього претензій (позову) щодо якості житла (будинку) незалежно від того, чи був генеральний підрядник стороною інвестиційного договору. При цьому строк на пред'явлення претензій (позову) з приводу недоліків, на його думку, необхідно відрховувати з дня отримання інвестором свідоцтва про право власності на об'єкт інвестування<sup>7</sup>.

На підставі отриманих документів від управителя та довірителя: переліку учасників ФФБ, які повністю проінвестували об'єкт, актів здачі-приймання квартир, підписаних забудовником та довірителем, довідок від довірителів про повний і остаточний розрахунок за об'єкт інвестування та інших необхідних документів (до речі повний та вичерпний перелік документів, що необхідні для оформлення права власності має визначатися законом. Це сприятиме належному інформуванню, насамперед, довірителів.) забудовник за власний рахунок замовляє оформлення свідоцтва про право власності на квартиру. За прямою законодавчою вказівкою оформлення права власності на житло здійснюється забудовником своїми силами та за свій рахунок, тоді як на нежитлові приміщення — довірителем

<sup>7</sup> Січевлюк В. А. Вказ. праця. — С. 5.



самостійно та за свій рахунок. Такий підхід в принципі є не виправданим. В тих випадках, коли довіритель за договором про участь у ФФБ фінансує будівництво житла, а також гаража чи місця, обладнаного для стоянки автомобіля, то право власності на такі об'єкти мало б теж оформлятися забудовником. В тих же випадках, коли учасник ФФБ фінансує об'єкт, що знаходиться в житловому будинку, але призначений для використання у нежитлових потребах (під магазин, аптеку, перукарню тощо), то право власності на такі об'єкти доцільно покласти на учасника ФФБ, що інвестував кошти з такою метою.

Якщо довіритель виконав усі зобов'язання перед управителем ФФБ та після введення об'єкта в експлуатацію підписав акт прийому-передання закріпленого за ним об'єкта інвестування, умови договору про участь у ФФБ вважаються виконаними та управління майном припиняється. Невизначеним залишається питання врегулювання відносин у випадку виявлення прихованих недоліків об'єкта, що уже належить на праві власності особі. Договір управління майном припинився його виконанням. Жодних правових зв'язків між забудовником, який має бути відповідальним за приховані недоліки будівництва, і тепер уже власником житла не існувало. Гарантії якості об'єкта будівництва, встановлені у ст. 884 ЦКУ, встановлені для замовників за договором будівельного підяду. Саме замовник вправі звернутися до підрядника про усунення недоліків. За договорами про участь у ФФБ управитель виступає в інтересах довірительів замовником у договорі із забудовником (ст. 9 Закону "Про фінансово-кредитні механізми..."). Тому в таких ситуаціях необхідною є пряма законодавча вказівка, за якою власник житла має право заявити претензії щодо якості об'єкта протягом гарантійних строків до управителя ФФБ, учасником якого він був.

Отже, договір про участь у ФФБ є новою договірною конструкцією, поіменованою в Законі "Про фінансово-кредитні механізми..." як договір управління майном. Однак, як слідує із самого змісту закону, так і з практики договірних відносин сторін, договір укладається з конкретною метою — набути право власності на житло. а не виключно отримати вигоди від управління майном.

