

УДК 347.440

**ПЕРЕДУМОВИ ДЛЯ КЛАСИФІКАЦІЇ  
ДОГОВОРІВ ІНВЕСТУВАННЯ БУДІВНИЦТВА ЖИТЛА**

**PREREQUISITES FOR THE CLASSIFICATION  
OF INVESTMENT CONTRACTS FOR HOUSING CONSTRUCTION**

**Куликовський В.В.,**  
*аспірант кафедри цивільно-правових дисциплін  
економіко-правового факультету  
Одеського національного університету імені І.І. Мечникова*

Стаття стосується проблематики щодо становлення інституту інвестиційного договору на будівництво житла в українській правовій системі. Проведено системний аналіз зазначених договорів. Акцентується увага на встановленні взаємозв'язку між існуючими механізмами інвестування та ролі в них інвестиційного договору.

**Ключові слова:** інвестиційний договір, будівництво житла, класифікація інвестиційних договорів, вид договору, механізм інвестування.

Статья касается проблематики, относящейся к становлению института инвестиционного договора на строительство жилья в украинской правовой системе. Проведён системный анализ указанных договоров. Акцентируется внимание на установлении взаимосвязи между существующими механизмами инвестирования и роли в них инвестиционного договора.

**Ключевые слова:** инвестиционный договор, строительство жилья, классификация инвестиционных договоров, вид договора, механизм инвестирования.

Article concerns issues that relate to the establishment of the Institute of the investment contract for the construction of housing in the Ukrainian legal system. We provide a system analysis of these contracts. The author emphasizes on establishing of the relationship between the existing investment mechanisms and the role of the investment contract in them.

**Key words:** investment contract, housing construction, classification of investment contracts, type of contract, investment mechanism.

**Постановка проблеми.** Інвестування в житлове будівництво є значною складовою економіки будь-якої країни. Специфіка даної сфери інвестування полягає у значній участі фізичних осіб в якості інвесторів. Тому інвестиційний договір на будівництво житла як цивільно-правовий інститут вимагає достеменної розробки, яка сприятиме захисту інтересів інвесторів-фізичних осіб.

**Стан дослідження.** З впевненістю можна сказати, що інвестиційний договір на будівництво житла не є цілком усталеним інститутом цивільного права України. Розробка відповідних юридичних конструкцій здійснюється як на законодавчому рівні, так і на рівні юридичної науки. Проблематика в окресленій сфері наукових інтересів є предметом дослідження таких вчених, як О. Вінник, В. Січевлюк, О. Сімсон, Л. Радченко, А. Майфат, В. Чернадчук, В. Сухонос, Т. Чернадчук, В. Кафарський, Н. Доценко-Білоус та інші.

**Метою статті** є визначення чинників, що обумовлюють видову багатоманітність інвестиційних договорів в сфері будівництва житла.

**Виклад основного матеріалу.** Право покликано опосередковувати суспільні відносини, але при оцінці правових категорій потрібно брати до уваги природу конкретних суспільних відносин. У рамках інвестиційних правовідносин, при оцінці правових категорій, необхідно брати до уваги економічну суть даних відносин.

На прикладі договору будівельного підряду можна зробити наступний висновок: якщо інвестором в об'єкт капітального будівництва буде лише замовник, який буде самостійно здійснювати фінансування будівництва, то зазначений договір цілком можна охарактеризувати з позиції Закону України «Про інвестиційну діяльність» від 18.09.1991 р. №1560-ХІІ (далі – «Закон №1560») як договір, який опосередковує інвестиційну діяльність у капітальному будівництві.

Інвестиційне законодавство говорить наступне: кошти (інше майно) можуть вкладатися в рамках підприємницької й інших видів діяльності, а результат полягати: як у створенні прибутку, так і досягненні соціального ефекту (ч. 1 ст. 1 Закону № 1560).

Інвестор самостійно визначає цілі, напрями, види й обсяги інвестицій, залучає для їх реалізації на договірній основі будь-яких учасників інвестиційної діяльності (ч. 2 ст. 7 Закону № 1560).

Відповідно до ч. 2 ст. 9 Закону № 1560, укладання договорів, вибір партнерів, визначення зобов'язань, будь-яких інших умов господарських взаємовідносин, що не суперечать законодавству України, є виключною компетенцією суб'єктів інвестиційної діяльності.

Такого висновку, у тому числі, доходить О. Вінник, яка відносить до договорів, що опосередковують інвестування у формі капітального будівництва, договори

підряду на виконання будівельних і проектно-вишукувальних робіт [1, с. 181-182].

Аналогічного висновку доходять і вчені-економісти, які займаються питаннями інвестування будівництва житла в Україні [2, с. 160-165].

Але складність самих економічних відносин у сфері капітального будівництва диктує більш складні й багатоступінчасті схеми інвестування у будівництво житла. Так, найчастіше, в однієї особи просто може не бути коштів на будівлю об'єкта. Фізичні особи, які прагнуть задовольнити свої житлові потреби, звично, прагнуть придбати підходяще житло за найменшу суму, чому цілком сприяє придбання квартири на проектній стадії за ціною наближеної до собівартості.

Таким чином, у процес інвестування в конкретний об'єкт будівництва, втягується все більша кількість учасників, у тому числі інвесторів, з відмінним один від одного правовим статусом, що у свою чергу приводить до укладення різних видів договорів, що опосередковують інвестування коштів.

На вибір, або формування (якщо укладається змішаний договір), договорів, що опосередковують інвестування будівництва, впливає не тільки статус і кількість суб'єктів такого процесу, але й: об'єкт будівництва (багатоквартирний будинок, дачне селище, об'єкт незавершеного будівництва інші), земельна ділянка на якій зводиться об'єкт (права на нього, цільове призначення, обмеження у використанні передбачені законодавством (ст. 111 Земельного кодексу України), місце розташування тощо), мета інвестування, правові обмеження (наприклад: ч. 3 ст. 4 Закону № 1560) та ін.

Розвиток законодавства України в сфері інвестування будівництва призвів до формування схем інвестування, які мають під собою різне законодавче підґрунтя.

Так, умовно, існуючі на сьогоднішній день схеми інвестування будівництва можна поділити на наступні три групи:

- схеми інвестування, які регулюються спеціальним законодавством, яке регламентує, саме, інвестування в будівництво (приклад: фонди фінансування будівництва, фонди операцій з нерухомістю);

- схеми інвестування, які переважно використовують спеціальне законодавство: у сфері інвестування і використання фінансових інструментів, предметом регулювання якого, безпосередньо, фінансування будівництва не являється (приклад: інститути спільного інвестування, цільові облигації, дисконтні облигації, опціони, заставні);

- схеми інвестування, в основі яких, лежать переважно договірні цивільно-правові конструкції, передбачені Цивільним кодексом України (приклад: договір про спільну діяльність, попередній договір купівлі-продажу нерухомості, договір комісії).

Ознаки, які лежать в основі цієї умовної класифікації схем інвестування зводиться до ступеня застосування спеціального законодавства й предмета регулювання даного спеціального законодавства.

Ця умовна класифікація дає можливість прийти до наступних висновків: існуючі договірні конструкції, що використовуються в рамках інвестиційних правовідносин, відрізняються за ступенем своєї заурегульованості нормами спеціального законодавства, які суттєво знижують цивільно-правовий елемент в інвестиційних правовідносинах, а саме звужують рамки використання диспозитивного методу регулювання даних відносин.

Прикладом, що підтверджує даний висновок, можуть служити закріплені в ч. 3 ст. 4 Закону № 1560 об-

меження по залученню інвестицій: «Інвестування та фінансування будівництва об'єктів житлового будівництва з використанням недержавних коштів, залучених від фізичних та юридичних осіб, у тому числі в управлінні, може здійснюватися виключно через фонди фінансування будівництва, фонди операцій з нерухомістю, інститути спільного інвестування, а також шляхом емісії цільових облигацій підприємств, виконання зобов'язань за якими здійснюється шляхом передачі об'єкта (частини об'єкта) житлового будівництва. Інші способи фінансування будівництва таких об'єктів визначаються виключно законами».

У даному випадку законодавець використовує імперативний припис, який істотно обмежує цивільний обіг.

Подібним чином оцінювало дану норму при її проектуванні Головне науково-експертне управління Апарату Верховної Ради України у Висновку на проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України» (реєстр. № 7482 від 06.07.2005 р., внесений Кабінетом Міністрів України на заміну попереднього): «Щодо змін до Закону України «Про інвестиційну діяльність» Головне управління не підтримує обмеження прав інвесторів адміністративною заборонаю здійснення інвестицій у будівництво нерухомості іншими шляхами, ніж через фонди фінансування будівництва або фонди операцій з нерухомістю, що пропонується змінами до ст. 4 цього Закону. **Вважаємо, що інвестор має самостійно обирати шляхи такого інвестування».**

Аналогічний за характером висновок надало Головне юридичне управління Апарату Верховної Ради України в п. 11 Зауважень до проекту Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів» (щодо розвитку іпотечних відносин) (реєстраційний № 7482):

«Змінами, що викладаються як частина третя статті 4 Закону України «Про інвестиційну діяльність», передбачається встановити, що інвестування об'єктів житлового будівництва, спорудження яких фінансувалося за рахунок коштів фізичних та юридичних осіб, може здійснюватися виключно через фонди фінансування будівництва та інші суб'єкти відносин, вичерпний перелік яких наведений цим положенням. **Вважаємо, що у такий спосіб звужуються права громадян на розпорядження своєю власністю, закріплені частиною першою 41 Конституції України».**

І хоча дані висновки стосуються першої редакції даного законопроекту, і в наступній редакції список припустимих механізмів інвестування був доповнений ще трьома, – норма однаково продовжує мати імперативний характер, і не враховує загальну суть зауважень юридичного й науково-експертного управління Апарату Верховної Ради України.

Передумови впровадження даної норми в законодавство України не є метою даного дослідження, але треба відзначити, що дана норма є лобі певних політичних кіл [3, с. 40-42].

У той же час системне тлумачення даного нормативного акту, дає можливість дійти висновку, що дані обмеження поширюються саме на використання «коштів, залучених від фізичних та юридичних осіб». З іншої сторони статтею 10 Закону № 1560 передбачено: «Інвестиційна діяльність може здійснюватись за рахунок: власних фінансових ресурсів інвестора (прибуток, амортизаційні відрахування, відшкодування збитків від аварій, стихійного лиха, грошові нагромадження і заощадження громадян, юридичних осіб тощо); позичкових фінансових коштів інвестора (облігаційні позики,

банківські та бюджетні кредити); залучених фінансових коштів інвестора (кошти, одержані від продажу акцій, пайові та інші внески громадян і юридичних осіб); бюджетних інвестиційних асигнувань; безоплатних та благодійних внесків, пожертвувань організацій, підприємств і громадян».

Таким чином, дане обмеження поширюється саме на здійснення інвестиційної діяльності за рахунок залучених коштів інвестора, і не обмежує здійснення інвестиційної діяльності за рахунок одержання забудовником коштів від інвестора (фізичного або юридичної особи) у вигляді позики для фінансування будівництва.

Так, у практиці будівельно-інвестиційної діяльності має місце застосування заставної, як інструмента фінансування будівництва [4, с. 260-262]. У відповідності із ст. 18 Закону України «Про іпотеку» від 05.06.2003 р. № 898-IV, застава видається на підставі договору іпотеки.

Очевидно, що сторони зазначеного іпотечного договору, як і інших договорів, що застосовуються за рамками запропонованих механізмів інвестування, мають більший ступінь свободи у визначенні своїх взаємин, у порівнянні з інвесторами які укладають договори, що опосередковують інвестиційну діяльність у рамках механізмів, закріплених ч. 3 ст. 4 Закону № 1560.

Обмежений характер договірних конструкцій можна наочно проілюструвати на прикладі договорів купівлі-продажу, що займають значне місце серед регламентованих інвестиційних механізмів, використання яких, насамперед, пов'язане з обігом фінансових інструментів, а саме вони використовуються:

- в операціях із сертифікатами фондів операцій з нерухомістю, розміщення яких здійснюється шляхом відкритої або закритого продажу. Юридичні й фізичні особи мають право купувати й продавати сертифікати ФОН за ринковою ціною й здійснювати з ними інші операції, **які не суперечать умовам випуску** (відповідно до ст. 40 Закону України «Про фінансово-кредитні механізми і управління майном при будівництві житла та операціях з нерухомістю» від 19.06.2003 р. № 978-IV (далі – «Закон № 978-IV»)).

- регламентація обігу цінних паперів у рамках інститутів спільного інвестування залежить від типу ІСІ, що, у свою чергу, впливає на обсяг регламентації договірних правовідносин: від укладення договорів купівлі-продажу інвестиційних сертифікатів венчурного пайового інвестиційного фонду, яким визначається: ціна, порядок, розмір і строки оплата вартості (у тому числі в розстрочку) (п. 5 рішення Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку від 09.01.2003 р. № 3) і вільного обігу цінних паперів ІСІ закритого типу на ринку протягом періоду діяльності фонду. **До заборони на відчуження цінних паперів ІСІ відкритого типу третім особам, крім випадків правонаступництва, спадкування** (ст. 47 Закону України «Про інститути спільного інвестування (пайові та корпоративні інвестиційні фонди)» від 15.03.2001 р. № 2299-III).

- випуск цільових облігацій для організатора інвестування пов'язаний з конкретними до нього вимогами: емісію цільових облігацій підприємств, виконання зобов'язань за якими здійснюється шляхом передачі об'єкта (частини об'єкта) житлового будівництва, може здійснювати юридична особа, яка згідно із законодавством має право на виконання функцій замовника будівництва такого об'єкта, або юридична особа, що уклала договір участі у будівництві житла з органами виконавчої влади, органами місцевого самоврядуван-

ня, що мають право власності, оренди чи постійного користування земельною ділянкою, на якій буде розташовано об'єкт житлового будівництва, яким забезпечуватиметься виконання зобов'язань за цільовими облігаціями (стаття 81 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» від 23.02.2006 р. № 3480-IV). Тобто емітентом цільових житлових облігацій не можуть бути особи, що одержали права на землю під забудову на підставі договору про спільну діяльність (простого товариства), договору суперфіцію або договору позики.

Дослідження свідчать, що договори управління майном, що укладаються в рамках ФФБ на практиці, як правило, формулюються у вигляді договорів приєднання й спрямовані на мінімізацію обов'язків і відповідальності лише однієї сторони – управителя. Даний висновок приводять деяких учених до висновку, що в Законі № 978-IV необхідно закріпити норму, яка б передбачала, що договором управління майном у рамках даного закону не є договором приєднання [5, с. 188].

Законодавчі обмеження фінансування будівництва житла, передбачені Законом № 978-IV, з урахуванням значного числа роз'яснень: листів комітету ВРУ з питань фінансів і банківської діяльності від 08.10.2004 р. № 06-10/10-1124, від 04.03.2004 р. № 06-10/220, листа Державної комісії з регулювання ринку фінансових послуг України від 06.04.2004 р. № 272-розп, листа Міністерства юстиції України від 13.08.2004 р. № К-157-19; а також надалі впровадженою ч. 3 ст. 4 Закону України «Про інвестиційну діяльність», привели до ситуації, коли укладення інших інвестиційних договорів, ніж ті, що виходять за рамки запропонованих, *de jure* приводило до порушення вимог ч.ч. 1, 2 ст. 203 ЦК України, при їх укладенні, і відповідно, вони могли бути визнані недійсними на підставі ст. 215 ЦК України [6, с. 101].

Визнання інвестиційних договорів недійсними, як правовий наслідок, більш вигідний забудовнику, ніж покупцю-інвестору. Забудовник залучить кошти і вкладе їх у будівництво. За фактом визнання судом договору недійсним на сторони очікує двостороння реституція, а саме, забудовнику повертаються майнові права на квартиру (ринкова вартість якої виростає до моменту введення об'єкта будівництва в експлуатацію), а покупцеві повертаються його кошти, що зазнали інфляції і не принесли доходу. Керуючись таким інтересом, деякі забудовники продовжували укладати інвестиційні договори [6, с. 102].

У контексті викладеного, ми приходимо до ще одного важливого питання: наскільки необхідно, наприклад, інвестору-фізичній особі, яка задовольняє свої особисті житлові потреби, надмірна свобода у визначенні сторонами своїх прав і обов'язків, коли в більшості випадків, з позиції інформованості, профільної підготовленості, адміністративного ресурсу та інших критеріїв, сторона організатора інвестування буде перевершувати контрагента-фізособу, – отже, в наявності передумови укладення несиметричного цивільно-правового договору.

Тут ми підійшли до ще одного «наріжного каменя» інвестиційних правовідносин: споживчий характер інвестиційних договорів на будівництво житла.

Чи є інвестор споживачем, і чи поширюються на нього дія Закону України «Про захист прав споживачів», і в цілому «споживчий» правовий режим.

Основний аргумент прихильників підходу визнання споживчого характеру інвестиційних договорів на будівництво житла, зводиться до того, що інвестор, укладаючи договір, може переслідувати виключно споживчі



цілі, але в чому саме в даному випадку полягає споживчий характер договору.

Критерієм споживчого характеру правовідносин може бути тільки наявність або відсутність інвестиційного ризику, стверджує Майфат А.В. [7, с. 99]. Споживач не несе і не повинен нести ризику, пов'язаний з діяльністю продавця, підрядчика і так далі, оскільки він оплачує товар, послугу, роботу. Інвестор не купує конкретний товар (послугу), і інвестує кошти в діяльність другої особи, при цьому вкладення, які він здійснює у діяльність іншої особи, пов'язані з ризиком. Тим самим відсутній еквівалентний обмін цінностями, але є обіцянка передати в майбутньому більше. Іншими словами, захисту повинен підлягати еквівалентний обмін належного йому майна на товар, роботу, або послугу. У той же час інвестор на свій ризик інвестує кошти в діяльність організатора інвестування, сподіваючись отримати вигоду (прибуток). Відповідно, правовідносини, які виникають між інвестором і організатором інвестування, не є споживчими [7, с. 99-100].

Ще одним контраргументом, на прикладі Російської Федерації, може служити правова конструкція, передбачена ч. 9 ст. 4 Закону РФ «Про участь у пайовому будівництві багатоквартирних будинків і інших об'єктів нерухомості та про внесення змін до деяких законодавчих актів Російської Федерації», якою передбачено: «До відносин, що випливають із договору, укладеного громадянином – учасником пайового будівництва виключно для особистих, сімейних, домашніх і інших потреб, не пов'язаних із здійсненням підприємницької діяльності, застосовується законодавство Російської Федерації про захист прав споживачів в частині, не врегульованій цим Федеральним законом».

Певною мірою, дає потенційну можливість поширювати відповідні положення Закону України «Про захист прав споживачів», Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про практику розгляду цивільних справ за позовами про захист прав споживачів» від 12.04.1996 р. № 5, де в п. 2 дається розширене трактування положень зазначеного закону (розширений перелік договорів), і додається: «Відносини, щодо захисту прав споживачів можуть виникати також з актів законодавства або з інших угод, які не суперечать Закону».

Крім того, деякі українські вчені відзначають, зокрема, необхідність введення відповідних змін до Закону України «Про захист прав споживачів» де передбачити відповідні механізми впливу інвестора не тільки на організатора інвестування, але і на підрядника [8, с. 16-17].

Проблему потенційної нерівності фізичної особи-інвестора в порівнянні з організатором інвестування, приклади якої наведено вище, законодавець зробив спробу розв'язати наступним шляхом, закріпленим у проекті Закону України «Про внесення змін до деяких законів України щодо затвердження типових договорів, якими регулюються відносини у сфері інвестування та фінансування спорудження об'єктів житлового будівництва». Так, даний законопроект передбачав внесення

змін до таких законів: частину першу статті 14 Закону № 978-IV та статті 8 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок», щодо обов'язковості відповідності договорів інвестування будівництва укладених у рамках даних нормативно-правових актів типовим договорам затвердженим Кабінетом Міністрів України.

В послідуєчому Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо сприяння іпотечному кредитуванню» від 05.07.2012 р. № 5059-VI до статті 14 Закону № 978-IV все ж таки, було внесено відповідні зміни, – стаття викладена в наступній редакції: «Фізична або юридична особа, або спільний інвестор ФОН стає довірцем ФФБ за умови передачі коштів в управління управителю ФФБ та укладання з управителем ФФБ договору про участь у ФФБ на основі типового договору, затвердженого Кабінетом Міністрів України».

В теж час, інвестиційний ринок України в будівельній сфері продовжує використовувати, з певною часткою ризику, договірні механізми, що виходять за рамки законодавчих обмежень. Але цікаво те, що нюанси застосування деяких з таких ризикових схем роз'яснюють профільні міністерства, – наприклад лист Міністерства регіонального розвитку та будівництва України від 05.01.2011 р. № 16-12/42/0/6-11, в якому роз'яснюється застосування договору про спільну діяльність для інвестування будівництва. Тобто, роз'яснення легальності цивільно-правових схем інвестування будівництва бере на себе центральний орган виконавчої влади.

Аналіз проблематики класифікації цивільно-правових договорів інвестування будівництва житла, наочно показує, що розглянута сфера правовідносин задіє широкий спектр договірних конструкцій передбачених цивільним правом України. Задіяні законодавчі, практичні і навіть теоретичні категорії договорів: змішані договори, типові договори, примірні договори (якщо мова йде про договір будівельного підряду), попередні договори, непоіменовані договори (йдеться про «інвестиційний договір» як такий), договір приєднання, споживчий договір.

**Висновки.** Перелік застосовуваних в рамках інвестиційних механізмів видів договорів настільки великий і різнохарактерний, що за сміливість можна вважати хоча б всі їх перерахувати, не кажучи вже про введення єдиної класифікації.

Сформована обстановка явно не сприяє прозорості інвестиційного ринку в будівництві навіть для його професійних учасників, не кажучи вже про те, що починаючому спеціалісту, в принципі, немає де наочно ознайомитись з повною схемою розглянутих договорів. Про доступність цієї інформації звичайним громадянам, які і є тими потенційними інвесторами – говорити не доводиться.

Можна дійти висновку, що при всьому своєму різноманітті, яке представляє невідомий науковий інтерес, – в цілому, напрямок розвитку будівельно-інвестиційного законодавства є тупиковим.

#### СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Вінник О. М. Інвестиційне право : навчальний посібник. – 2-ге вид., перероб. та доп. / О. М. Вінник. – К. : Правова єдність, 2009. – 616 с.
2. Карп'як Я. С., Воськало В. І. Фінансування житлового будівництва шляхом укладання договорів підряду / Я. С. Карп'як, В. І. Воськало // Науковий вісник НЛТУ України. – 2009. – Вип. 19.4.
3. Чалий І. Довірче управління коштами в системі фінансування будівництва. – 2-ге вид., перероб. і доп. / І. Чалий – Х. : Фактор, 2008. – 480 с.
4. Н. А. Доценко-Белоус «Стратегии финансирования строительства» / Н. А. Доценко-Белоус. – К. : «Пролог», 2008. – 704 с.
5. Радченко Л. І. Цивільно-правове регулювання відносин у сфері житлового будівництва : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Л. І. Радченко. – К., 2009. – 209 с.

6. Доценко-Белоус Н. Правовая энциклопедия инвестирования строительства : практическое пособие / Н. Доценко-Белоус. – К. : Юридична практика, 2006. – 544 с.
7. Майфат А. В. Гражданско-правовые конструкции инвестирования : монографія / А. В. Майфат. – М. : Вольтерс Клувер, 2006. – 328 с.
8. Січевлюк В. А. Інвестиційні договори на будівництво житла (цивільно-правовий аспект) : автореф. дис. ...канд. юрид. наук : 12.00.03 / В. А. Січевлюк / Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. – К., 2003. – 20 с.