***Н.Б.Щербаков***

**Краткие тезисы к круглому столу
«Договорные и вещные аспекты инвестиций в строительство: вопросы возникновения собственности и квалификации обязательств застройщика и инвестора»**

Основным существенным изменением в области правоприменения в области строительной деятельности явился отказ со стороны судебной практики от понятия инвестиционного контракта в сфере строительства. Данный отказ, как считается, был фактически закреплен в виде разъяснения общего характера в постановлении Пленума ВАС РФ № 54. Вместе с тем изучение данного постановления показывает, что прямого разъяснения, направленного на недопущение квалификации договора, направленного вложении денежных средств в строительство объектов недвижимости как инвестиционного, упомянутый документ все же не содержит. В связи с этим позицию ВАС в отношении обозначенного вопроса предлагается рассматривать в совокупности с целым рядом постановлений Президиума ВАС, в которых вывод об отсутствии инвестиционного контракта как самостоятельного вида договора (или же непоименованного договора), представлен более четко (см., напр., постановление от 30.10.07 № 8105/07).

Для обсуждения последствий данного решения (которое не вызывает у нас принципиальных возражений) представляется необходимым обозначить, в каких сферах стороны заключали договоры, именуемы ими и квалифицируемые судами как инвестиционные. Таких сфер, по нашему мнению, можно выделить три. Во-первых, это сфера договора строительного подряда (при наличии права на земельный участок у лица, вкладывающего денежные средства в строительство). Во-вторых, это сфера долевого участия в строительстве в экономическом понимании данного понятия, под которым предлагается понимать распределение расходов на строительство объекта недвижимости между будущими его собственниками (при отсутствии у лица (лиц), вкладывающего денежные средства в строительство, права на соответствующий земельный участок). В-третьих, это сфера отношений между застройщиком, осуществляющим строительство на земельном участке, находящимся в собственности публично-правового образования, с последним. Влияние указанной правовой позиции ВАС РФ различна для указанных сфер бытования инвестиционных контрактов. Коротко рассмотрим их.

1. Инвестиционными часто именовались контракты, в соответствии с которыми лица, обладающие правом на земельный участок, допускающим застройку («инвесторы»), поручали специализированным организациям («техническим заказчикам», «заказчикам-застройщикам», «лицам, выполняющим функции заказчика») организацию процесса строительства, под которой понималось подыскание генподрядчика и заключение с ним договора строительного подряда, получение необходимой разрешительной документации, выполнение функций по надзору за строительством, оказанию содействия подрядчику и т.д.

Цель подобных условий договора – желание правообладателя земельного участка (который вполне мог бы и сам заключить договор строительного подряда и участвовать в его исполнении) освободиться от технической части обязанностей заказчика, предусмотренной законодательством (надзор, содействие и проч.). По существу данный субъект желал получить право собственности на новый объект недвижимости по первоначальному основанию, не имея никаких дополнительных частно-правовых и публично-правовых обязанностей заказчика.

Исключение квалификации договора между обладателем права на земельный участок и «техническим заказчиком» как инвестиционного не повлекло сколь-либо существенных отрицательных последствий. По существу указанные договоры могут быть квалифицированы как агентские с элементами комиссии и поручения. Единственный риск, который можно наблюдать, – возможность квалификации рассматриваемого договора как договора на генподряд или как притворной сделки, прикрывающей генподряд.

2. Изучение ранее существовавшей судебной практики по отношениям долевого участия в строительстве показывает, что отношения по привлечению денежных средств инвесторов строились по двум моделям (при принципиальном исходном положении о наличии права на земельный участок у лица, привлекающее денежные средства).

Во-первых, существовали договоры, в соответствии с которыми основание приобретения права собственности на будущую недвижимость (чаще всего встроенное помещение) у «инвестора» являлось производным.

Во-вторых, имелись случаи, когда, пользуясь отдельными положениями инвестиционного законодательства, несмотря на отсутствии права на земельный участок у «инвестора», последний получал первоначальное право собственности на соответствующий объект. Наличие понятия «инвестиционный контракт» при этом делало возможным государственную регистрацию права собственности на искомый объект непосредственно за «инвестором», удовлетворение исков «инвесторов» о признании права собственности на такие объекты (при неисполнении застройщиками своих обязательств).

Постановление Пленума ВАС РФ № 54 в обоих указанных случаях в целом (например, при отсутствии оснований для квалификации договора как простого товарищества) направлено на квалификацию соответствующих договоров как договоров купли-продажи будущей вещи при полном отсутствии вещно-правовой позиции «инвестора».

Такой подход, видится, не может вызвать серьезных возражений с теоретической, догматической точки зрения. Вместе с тем нельзя не заметить весьма существенных последствий такого решения для практики финансирования строительства. Общеизвестно, что в коммерческом обороте лица, не обладающие правом на земельный участок и выкладывающие денежные средства в приобретение будущих объектов недвижимости, имеют цель приобретение права собственности на встроенные помещения (офисы, части складских или торговых помещений), обладающих весьма существенной стоимостью. При этом объективно велики сроки строительства объекта в целом (2-3 года). При таких обстоятельствах единственной, по нашему мнению, гарантией прав «инвесторов» может служить наличие вещного права на строящийся объект (в противном случае возможность «инвестора» получить в результате «двойных» продаж застройщиком (продавцом будущей вещи) соответствующего объекта лишь требования о возмещении убытков оказывается крайне велика, как и возможность включения строящегося объекта в конкурсную массу продавца или обращения на него взыскания по долгам продавца). Отсутствие большой эффективности возможных залоговых механизмов может явиться серьезным ограничением на вложение денежных средств в строительство будущих объектов недвижимости (что, возможно, следует признать само по себе положительным фактом).

Вместе с тем сложившаяся ситуация ставит вопрос о допустимости существования договора, по которому лицо, не обладающее правом на землю, но вкладывающее денежные средства в строительство, получает право собственности на будущий (а может быть и строящийся объект) по первоначальному основанию. Прямого запрета на заключение подобных договоров не содержит ни законодательство ни постановление Пленума № 54. В последнем, более того, содержится открытый перечень возможной квалификации договоров на привлечение денежных средств в строительство будущих объектов лиц, не обладающих правом на земельный участок, на котором осуществляется строительство. Это в принципе открывает путь для квалификации таких договоров как непоименованных, чему, кажется, может поспособствовать принцип свободы договора. Вместе с тем такая дорога чревата, по нашему мнению, риском признания соответствующего условия (возможно, договора в целом) недействительным. Основанием для этого может служить абсолютный характер права собственности, предполагающий среди прочего исчерпывающий перечень установленных законом оснований возникновения права собственности. В связи с этим непоименованный договор едва ли может служить основанием приобретения права собственности на соответствующий объект (между тем, полагаем, что данный вопрос заслуживает отдельного обсуждения).

При таких обстоятельствах особую остроту приобретает использование договора простого товарищества в строительной деятельности, поскольку только он (наряду с договором строительного подряда) может предложить вещно-правовую позицию «инвестору». Однако из п. 7 постановления Пленума ВАС РФ № 54 следует, что право собственности на будущую вещь (при любом варианте ее индивидуализации) может получить только те товарищи, которые обладают правом на соответствующий земельный участок. Это предполагает то, что товарищ, вкладом которого является право на землю, должен изначально поделиться с другими товарищами своим правом, установив на нее общую долевую собственность. Такой подход в свою очередь может не устроить уже обладателя права на землю, который до начала строительства должен расстаться с единоличным правом на землю и смириться с риском возможного отчуждения доли иных товарищей. Представляется поэтому, что договор простого товарищества не будет востребованным в рассматриваемой сфере, а «инвестору», не обладающему правом на землю, не предлагается никакой вещно-правовой позиции.

Между тем вывод п. 7 указанного постановления не бесспорен. Обычно данный вывод аргументируется принципом superficies solo cedit. Этот принцип бесспорно должен действовать в ситуациях, когда согласно договору простого товарищества товарищи приобретают общую долевую собственность на будущий объект. Это может объясняться тем, что соответствующий объект (например, складское здание) является самостоятельной недвижимой вещью. Однако в большинстве случаев на практике заключаются такие договоры простого товарищества, по условиям которых товарищи распределяют между собой права на будущие встроенные помещения. При таком подходе возведенный объект недвижимого имущества нельзя отнести к самостоятельному объекту гражданских прав, каждый из товарищей на основании договора простого товарищества самостоятельно обратится за государственной регистрацией права собственности на индивидуализированное в договоре встроенное помещение. Здесь требует дополнительного обоснования вопрос о действии принципа superficies solo cedit применительно к соотношению права на будущее встроенное помещение и на земельный участок, на котором находится объект строительства.

3. Основным условием инвестиционного контракта публично-правового образования с застройщиком является обязанность застройщика в установленный срок передать так называемую долю публично-правового образования последнему (например, 30% квартир). Исключение квалификации подобного договора как инвестиционного ставит вопрос о его квалификации согласно общим правилам ГК РФ. Здесь, по нашему мнению, возможны два варианта. Но, прежде всего, следует отметить, что обязанность застройщика передать указанную «долю» не может быть рассмотрена как обязанность арендатора по уплате арендных платежей за пользование земельным участком, поскольку размер арендной платы за аренду земельного участка публично-правового образования императивно установлен законодательством.

Во-первых, такой инвестиционный контракт может быть квалифицирован как договор дарения, по которому застройщик передает соответствующую долю (квартиры) в собственность публично-правовому образованию в качестве дара. Основу такой позиции может составлять очевидное отсутствие встречного предоставления со стороны публично-правового образования. Вместе с тем, едва ли можно представить, что у застройщика (коммерческой организации) имеется желание одарить, облагодетельствовать публично-правовое образование, в связи с чем приведенная квалификация вызывает большое сомнение.

Во-вторых, соответствующий инвестиционный контракт в части обязанности передачи упомянутой доли может быть признан ничтожным. По нашему мнению, как было сказано, очевидно отсутствие у застройщика каузы щедрости, более того, у него имеется имущественный интерес в заключении этого договора. Можно предположить, что он может заключаться в некоей «плате» за предоставление права на землю, а также оказание государственных услуг (выдача разрешения на строительство, разрешения на ввод объекта в эксплуатацию и т.д.), что не соответствует публичному законодательству.