**СОДЕРЖАНИЕ**

Введение

ГЛАВА 1. Понятие договора участия в долевом строительстве объектов недвижимости

1.1 Юридическая характеристика договора участия в долевом строительстве объектов недвижимости

1.2 Стороны в договоре участия в долевом строительстве объектов недвижимости

1.3 Существенные условия договора участия в долевом строительстве объектов недвижимости. Форма договора участия в долевом строительстве объектов недвижимости

1.4 Содержание договора участия в долевом строительстве объектов недвижимости

ГЛАВА 2. Гарантии защиты прав и законных интересов участников долевого строительства объектов недвижимости

2.1 Обеспечение исполнения обязательств сторон

2.2 Проблемы правового регулирования договора участия в долевом строительстве объектов недвижимости

ГЛАВА 3. Соотношение договора участия в долевом строительстве объектов недвижимости с некоторыми гражданско-правовыми обязательствами

3.1 Соотношение договора участия в долевом строительстве объектов недвижимости с договором строительного подряда

3.2 Соотношение договора участия в долевом строительстве объектов недвижимости с договором о совместной деятельности

3.3 Соотношение договора участия в долевом строительстве объектов недвижимости с инвестиционным договором в сфере строительства

Заключение

Список использованных источников

**ВВЕДЕНИЕ**

Жилищная тема остается актуальной во все времена. С переходом к рыночным отношениям жилищные проблемы стали более решаемыми благодаря возможности совершать сделки по купле-продаже недвижимости. Однако путь приобретения жилья в собственность предполагает наличие у покупателя достаточно крупных денежных сумм, которые необходимо единовременно заплатить продавцу. На помощь в решении этого вопроса пришел договор участия в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости. Такая форма приобретения недвижимости приобрела чрезвычайную популярность, поскольку не только предоставила покупателям возможность поэтапного вложения денежных средств в строительство, но и значительно сократила материальные затраты приобретателей. Кроме того, возможность привлечения денежных средств со стороны выгодна и строительным организациям, осуществляющим функции застройщиков, благодаря чему они могут сформировать необходимое для строительства количество капитала.

Вместе с тем, договор участия в долевом строительстве объектов недвижимости, часто называемый инвестиционным, не только прямо не был урегулирован действующим гражданским законодательством, но и правоприменительная практика, сложившаяся по этому вопросу, крайне противоречива. Судебные споры, вытекающие из договоров о застройке, составляя значительную часть рассматриваемых арбитражными судами дел, представляли немалые юридические проблемы.

1 апреля 2005 года вступил в силу Федеральный Закон РФ от 30 декабря 2004 г. «Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации» [3] (далее - Закон). Это событие пропустить было просто невозможно. Несмотря на радость, вызванную появлением этого долгожданного Закона, реакция со стороны застройщиков, была, мягко говоря, достаточно негативной. Тем не менее, принятие этого Закона не могло остаться без внимания. Теперь после появления специального Закона, детально регламентирующего договор участия в долевом строительстве объектов недвижимости, интересно посмотреть, как же он представлен в свете норм столь многострадального нормативно-правового акта.

В целом, несмотря на актуальность проблемы гражданско-правовой природы договора участия в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости, в юридической литературе эта проблема зачастую рассматривалась совместно с исследованием вопросов, связанных с применением законодательства о защите прав потребителей (например, в работах И.В. Кирюшиной, И. Малюткина-Алексеева, Б.В. Муравьева, Ю. Свирина, П.В. Сокол). Тем не менее, актуальность настоящего исследования подтверждают запросы судебной практики, наличие нескольких проектов поправок к новому Закону, а также недостаточная эффективность механизма практической реализации его норм. Поэтому по-прежнему многие теоретические и практические вопросы, связанные с участием в долевом строительстве объектов недвижимости как физических, так и юридических лиц, нуждаются в тщательной разработке, включающей анализ законодательства, судебной практики, и несомненно, теории гражданского права.

*Объектом* исследования в настоящей работе выступают общественные отношения, складывающиеся между участником долевого строительства и организацией, осуществляющей функции застройщика, в связи с созданием объектов недвижимости.

*Предмет* исследования – понятие договора участия в долевом строительстве объектов недвижимости, его правовая природа, проблемы договорного регулирования отношений, возникающих в связи с привлечением денежных средств дольщиков для строительства объектов недвижимости, проблемы и перспективы развития законодательства, регулирующего отношения в сфере долевого участия в строительстве объектов недвижимости.

Относительная новизна проблемы правового регулирования отношений, возникающих в связи с привлечением денежных средств граждан для строительства объектов недвижимости, явная недостаточность правового регулирования и его противоречивость, необходимость более полной обеспеченности прав и законных интересов участников долевого строительства обусловили постановку следующей *цели* исследования: определение правовой природы договора участия в долевом строительстве объектов недвижимости как правового средства регулирования отношений, возникающих в сфере долевого участия в строительстве.

Данная цель предопределила конкретные *задачи* исследования, которые могут быть сведены к следующему:

- анализ действующего законодательства, регулирующего рассматриваемые отношения;

- дать правовую характеристику договора участия в долевом строительстве объектов недвижимости;

- изучить возможные гарантии защиты прав и законных интересов участников долевого строительства объектов недвижимости;

- определить место договора участия среди иных гражданско-правовых договоров;

- анализ проблем правового регулирования отношений, возникающих в связи с участием в долевом строительстве объектов недвижимости;

- изучение возможных путей развития законодательства в сфере участия в долевом строительстве объектов недвижимости.

Эмпирической базой исследования выступают законодательство Российской Федерации, судебные акты Высшего арбитражного Суда РФ (далее ВАС РФ), а также обобщения правоприменительной практики Верховного Суда РФ (далее ВС РФ), ВАС РФ.

Теоретической основой послужили труды отечественных правоведов прошлого и современных исследователей, среди которых К. Анненков, В.П. Грибанов, М.И. Брагинский, Ю.В. Романец, В.В. Витрянский, Б.В. Муравьев, И.В. Кирюшина, К.Скловский, П.В. Сокол и другие ученые и юристы. Отношениям участия в долевом строительстве в основном посвящены журнальные статьи, авторы которых, разумеется, не могут раскрыть всех вопросов правового содержания этих отношений, в первую очередь, в связи с небольшим объемом публикаций. В работах советского периода внимание подобным проблемам вообще не уделялось. Статьи вышедшие в свет после принятия Закона, регулирующего отношения участия в долевом строительстве объектов недвижимости, в основном носят характер комментариев и не отличаются глубокой теоретической проработкой, авторами этих работ в большинстве случаев являются практикующие юристы. Таким образом, до настоящего времени специального монографического исследования по этой проблематике не было.

Вопросы правового регулирования отношений в сфере долевого участия в строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости являются сложными и дискуссионными, каждый из них достоин отдельного самостоятельного исследования. Однако в рамках данной работы особое внимание уделяется вопросам участия граждан в долевом строительстве объектов недвижимости.

ГЛАВА 1**. Понятие договора участия в долевом строительстве обьектов недвижимости**

1.1 Юридическая характеристика договора участия в долевом строительстве объектов недвижимости

Сегодня в условиях отсутствия или недостаточности государственных капитальных вложений большинство объектов недвижимости строится за счет средств частных инвесторов, привлечение которых происходит на основе договора участия в долевом строительстве. До принятия ЗаконаРФ от 30 декабря 2004 г. «Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации» это договор часто называли инвестиционным договором в сфере строительства, договором финансирования строительства и другими. Практическая распространенность данного договора обусловлена возможностью эффективно аккумулировать средства большого количества инвесторов. Объединяя разные по величине вклады различных лиц, застройщику удается сформировать достаточные для строительства активы. В свою очередь инвестор (участник долевого строительства) получает возможность поэтапного внесения денежных средств в процессе строительства, кроме того, конечная стоимость объекта, созданного в результате такой деятельности, как правило, меньше, чем стоимость аналогичного объекта в готовом виде, приобрести который возможно по договору купли-продажи. Поэтому, данный договор в настоящее время выступает одним из инструментов решения жилищной проблемы в России.

Данный вид договора является новым для российского законодательства и до принятия специального Закона, регулирующего отношения, возникающие в связи с привлечением денежных средств дольщиков для строительства объектов недвижимости, он не входил в систему поименованных договоров Российской Федерации. Однако набор поименованных договоров любой страны не всегда соответствует рыночным интересам. Это неизбежно приводит к появлению так называемых непоименованных договоров (contractus innominati). [26] Тем более, что основу выделения договора нового вида предопределяет экономическая сущность отношений, опосредствуемых договором. Специфичность рассматриваемых отношений на лицо, что обусловливает своеобразие по экономическому содержанию и юридическим признакам обязательств вытекающих из них.

Однако ввиду отсутствия достаточного законодательного регулирования отношений долевого участия в строительстве самостоятельность договора, регулирующего эти правоотношения, долгое время ставилась под сомнение.

Между тем, самостоятельность этого договора обусловлена его правовой природой. Исходя из анализа ряда работ по данному вопросу [41, 48, 31, 39, 47], а также изучения судебной практики, мы можем утверждать, что этот договор не содержит даже элементов предусмотренных Гражданским Кодексом РФ [1] (далее ГК РФ) договоров.

Так организация, привлекающая денежные средства для финансирования строительства многоквартирных жилых зданий, не является собственником ни самих строящихся зданий, ни квартир в них, поэтому не может заключать с участниками договоры купли-продажи, поэтому отсутствуют основания для поиска элементов договора купли-продажи. При рассмотрении договора участия в долевом строительстве объектов недвижимости как предварительного возникает вопрос о правовой природе вносимых дольщиком денежных средств на строительство до заключения основного договора, являются ли они займом, задатком, платой за приобретаемый объект, рассрочкой платежа. [50] Отсутствие у вклада в долевое строительство юридических признаков названных правовых категорий не позволяет отнести договор участия в долевом строительстве и к предварительному договору. Не является участник долевого строительства и заказчиком, следовательно, не имеет смысла искать черты сходства с подрядными договорами или договорами об оказании услуг. У участников и застройщика нет общей цели деятельности, также не происходит соединения их вкладов, т.е. нет условий, которые позволили бы регулировать данные отношения на основе норм о договоре простого товарищества. Сложно отыскать в отношениях между застройщиком и участником долевого строительства элементы договоров комиссии или агентского договора ввиду отсутствия конкретного поручения участника по поводу распоряжения его средствами. Участнику, желающему приобрести право собственности на часть объекта недвижимости, абсолютно безразлично, каким образом застройщик приобретет этот объект в целом (какого подрядчика найдет, каких инвесторов дополнительно привлечет и т. п.).

Соответственно, договор участия в долевом строительстве нельзя рассматривать и в качестве смешанного договора и регламентировать отношения сторон по нему с помощью правил о соответствующих видах договоров. Этот договор до недавнего времени скорее относили к так называемым договорам особого рода, возможность заключения которого проистекала из Федерального Закона РФ от 25 февраля 1999г. «Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений» [5] и правомерность его существования основывалась лишь на норме ст. 421 ГК РФ, в которой указано, что стороны вправе заключить договор как предусмотренный, так и не предусмотренный законами или иными правовыми актами.

Исходя из этого, в связи с отсутствием законодательного регулирования правоотношений складывающихся в процессе финансирования строительства, основным источником правовой регламентации взаимоотношений сторон являлся сам договор. При этом споры, возникающие в ходе осуществления договора, могли быть разрешены исходя из общих начал и смысла гражданского законодательства, требований добросовестности, разумности и справедливости, то есть с помощью аналогии.

Таким образом, правоотношения, складывающиеся на практике при строительстве новых многоквартирных жилых домов, а также иных объектов недвижимости уже не первый год ставят в тупик как правоприменителей, так и исследователей теории права. Неоднозначная судебная практика, была следствием практически полного отсутствия правового регулирования в этой сфере. Сейчас, когда долевое строительство, наконец, дождалось специального закона, более чем любопытно взглянуть, каким же этот многострадальный договор предстанет в свете его норм.

Статья 4 Федерального закона РФ от 30 декабря 2004 г. «Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации» пополнила классификацию гражданско-правовых договоров новым видом - договором участия в долевом строительстве (ранее данный договор чаще всего именовался как договор долевого участия в строительстве) и определила его как договор, по которому одна сторона (застройщик) обязуется в предусмотренный договором срок своими силами или с привлечением других лиц построить (создать) многоквартирный дом или иной объект недвижимости и после получения разрешения на ввод в эксплуатацию этих объектов передать соответствующий объект долевого строительства участнику долевого строительства, а другая сторона (участник долевого строительства) обязуется уплатить обусловленную договором цену и принять объект долевого строительства при наличии разрешения на ввод в эксплуатацию многоквартирного дома или иного объекта недвижимости.

К иным объектам недвижимости относятся гаражи, объекты здравоохранения, общественного питания, предпринимательской деятельности, торговли, культуры и иные объекты недвижимости, за исключением объектов производственного назначения.

Существенными условиями договора долевого строительства закон признает:

- определение подлежащего передаче конкретного объекта долевого строительства в соответствии с проектной документацией застройщиком после получения им разрешения на ввод в эксплуатацию многоквартирного дома и (или) иного объекта недвижимости;

- срок передачи застройщиком объекта долевого строительства участнику долевого строительства;

-цену договора, сроки и порядок ее уплаты;

-гарантийный срок на объект долевого строительства.

Каковы же основные черты данного договора?

Во-первых, договор участия в долевом строительстве является *двусторонним*, так как он заключается между конкретным участником и застройщиком.

Согласно ст. 1 Закона участником долевого строительства может быть как физическое лицо, так и юридическое. А в качестве застройщика может выступать юридическое лицо независимо от его организационно-правовой формы или индивидуальный предприниматель, имеющие в собственности или на праве аренды земельный участок и привлекающие денежные средства участников долевого строительства в соответствии с Законом для строительства на этом земельном участке многоквартирных домов или иных объектов недвижимости на основании полученного разрешения на строительство.

При этом следует обратить внимание на то, что указанный договор будет регламентировать только отношения между застройщиком и участником долевого строительства. Если же застройщик осуществляет строительство не своими силами, а с привлечением подрядчика, то отношения между застройщиком-заказчиком и подрядчиком буду регламентироваться нормами главы 37 ГК РФ.

Во-вторых, данное договорное обязательство относится к двусторонне обязывающим или *взаимным*, то есть из договора участия в долевом строительстве вытекает, что у каждой стороны есть права и обязанности. Участник, например, обязан осуществить финансирование строительства, а застройщик обязан построить объект и передать инвестору его долю. Следовательно, каждому участнику принадлежит и право требовать от другой стороны совершения определенных действий, и одновременно возлагается обязанность совершать в пользу другой стороны установленные договором действия [41]. В-третьих, есть основания полагать, что данный договор является *консенсуальным*. Это означает, что данный договор считается заключенным с момента достижения сторонами соглашения по всем существенным условиям договора. Соответственно, после подписания договора стороны в праве требовать друг от друга надлежащего исполнения договора. Кроме того, договор участия в долевом строительстве по своей природе является *возмездным*, то есть договором, по которому сторона должна получить плату или иное встречное предоставление за исполнение своих обязанностей (п.1 ст. 423 ГК РФ). Участник долевого строительства должен произвести финансирование строительства объекта и именно на этом основании застройщик передает ему его долю. Разница между суммой взносов и фактически потраченными средствами является платой застройщику за ее действия.

Говоря о правовой квалификации договора участия в долевом строительстве, мы считаем достойным права на существование мнение П.В.Сокол о том, что, применяя к этому договору классификацию по целевой направленности возникающего из договора обязательства (на сегодняшний день эта классификация является доминирующей в юридической литературе [26,43]), его можно отнести к группе договоров, направленных на оказание услуг [48]. Автор подкрепляет данную точку зрения, высказыванием В.Д. Рузановой, отмечающей, что «содержанием договора долевого участия в строительстве жилого дома …является оказание услуг по инвестированию денежных средств дольщиков в строительство жилого дома». Однако своеобразием данной «услуги», в отличие от «классической услуги», П.В. Сокол называет «*материализовавшийся результат* инвестиций» – объект недвижимого имущества, который будет передан инвестору заказчиком по исполнении своих обязанностей. Эту особенность П.В. Сокол выделяет как один из первых аргументов в пользу признания инвестиционного договора (договора долевого участия в строительстве) отдельным договорным видом. Отметим, что отнесение данного договора к этой классификационной группе совсем не означает признание договора участия в долевом строительстве разновидностью договора оказания услуг.

Таким образом, «договор – невидимка» получил место в законе» [40]. Теперь мы можем с полной уверенностью утверждать, не основываясь лишь на общих положениях об обязательствах, что договор участия в долевом строительстве является самостоятельным гражданско-правовым договором. Он пополнил список договоров, относящихся к двусторонним, взаимным, возмездным, консенсуальнам договорам, требующим государственной регистрации, что, безусловно, является дополнительной гарантией защиты прав участников долевого строительства объектов недвижимости.

1.2 Стороны договора участия в долевом строительстве объектов недвижимости

Для того чтобы иметь возможность заключить договор участия в долевом строительстве важно уяснить, кто же имеет право быть сторонами по этому договору. Ведь не редко на практике происходит так, что в качестве застройщика выступают «фиктивные» лица.

Статья 4 Закона в качестве сторон договора участия в долевом строительстве называет участника долевого строительства и застройщика.

В свою очередь в ч. 1 ст. 1 рассматриваемого Закона говорится, что он регулирует отношения, связанные с привлечением денежных средств граждан и юридических лиц для долевого строительства многоквартирных домов и (или) иных объектов недвижимости на основании договора участия в долевом строительстве (далее - участники долевого строительства) и возникновением у участников долевого строительства права собственности на объекты долевого строительства. Важно заметить, что денежные средства у участников могут привлекаться в ином порядке, путем выпуска эмитентом облигаций особого вида - жилищных сертификатов, закрепляющих право их владельцев на получение от эмитента жилых помещений в соответствии с законодательством РФ о ценных бумагах, а также в случаях, установленных законодательством РФ о жилищных накопительных кооперативах (ч. 2 ст. 1 Закона). «Вышесказанное означает, что многим застройщикам при привлечении средств дольщиков пришлось отказаться от применяемых ими схем привлечения инвестиций – посредством договоров простого товарищества (совместной деятельности), посредством создания коммандитных товариществ (дольщик становится членом товарищества, вносил взнос и при выходе из товарищества получал в собственность квартиру) и др.»

Застройщикам пришлось забыть об этих ухищрениях, так как положении этого Закона применяются ко всем строящимся объектам недвижимости, разрешения на строительство которых получены после 31 марта 2005 года (ч. 2 ст. 27 Закона).

Таким образом, в качестве участника долевого строительства может выступать как физическое лицо, так и юридическое. Однако, исходя из контекста, указанного выше пункта вытекает, что под физическим лицом здесь понимают дееспособных граждан РФ, в том числе и индивидуальных предпринимателей, а под юридическими лицами – коммерческие и некоммерческие организации, для которых такая деятельность не запрещена законом или учредительными документами. Это в принципе и все что мы можем сказать о так называемых «дольщиках» согласно положений Закона.

В тоже время, застройщику законодатель уделяет значительно больше внимания, детально оговорив требования, которым должно соответствовать лицо, чтобы иметь право на привлечение денежных средств граждан для строительства (создания) многоквартирного дома с принятием на себя обязательств, после исполнения которых *у гражданина* может возникнуть право собственности *на жилое* помещение в строящемся (создаваемом) многоквартирном доме, на основании договора участия в долевом строительстве (ч. 2 ст. 3 Закона). Сразу хотелось бы обратить внимание на некорректность формулировки данного пункта, так как согласно ч. 1 ст. 1 Закона застройщик вправе привлекать денежные средства не только у граждан, но и у юридических лиц; в тоже же время согласно ч. 1 ст. 1 и ст. 2 Закона объектом долевого строительства являются не только жилые, но и нежилые помещения. Видимо, поэтому ч. 2 ст. 3 Закона подлежит уточнению [49].

Прежде чем перейти к конкретным требованиям, предъявляемым застройщику в соответствии с Законом, хотелось бы вспомнить наиболее часто встречающиеся на практике организации, выступающие в качестве застройщика.

Все фирмы, предлагающие подобного рода услуги, можно условно разделить на две категории: собственно застройщики и посредники.

**Застройщики** – организации, которые своими силами и производственными мощностями строят здания, а граждан привлекают для финансирования (инвестирования) строительства. Чаще всего ими являются специализированные строительные организации либо инвестиционные компании [31].

**Посредники** – организации, действующие от имени Застройщиков и основная задача которых – реализовать квартиры. Чаще всего в этой роли выступают организации, занимающиеся риэлтерской деятельностью. «Под риэлтерской деятельностью понимается осуществляемая юридическим лицом или индивидуальным предпринимателем на основе соглашения с заинтересованным лицом (либо по доверенности) деятельность по совершению от его имени и за его счет либо от своего имени, но за счет и в интересах заинтересованного лица гражданско-правовых сделок с земельными участками, зданиями, строениями, сооружениями, жилыми и нежилыми помещениями и правами на них»[24].

Хотелось бы отметить, что с принятием специального Закона лицам, желающим участвовать в финансировании строительства объектов недвижимости, теперь не придется рыться в огромном количестве нормативно-правовых актов, регулирующих отношения по застройке в поисках ответа на вопрос о том, какие же документы вы можете потребовать у застройщика, чтобы убедиться в его правомочности.

Таким образом, в соответствии с ч.1 ст. 3 Закона привлекать средства участников долевого строительства компания - застройщик может только после соблюдения следующих условий: во–первых, получения разрешения на строительство; во-вторых, опубликования, размещения и (или) представления проектной декларации; и, в-третьих, государственной регистрации права собственности или права аренды на земельный участок, предоставленный для строительства. При этом в случае несоблюдения хотя бы одного из этих условий и привлечения средств граждан, граждане вправе потребовать немедленного возврата денежных средств с начислением процентов по ст. 395 ГК РФ в двукратном размере и возмещения сверх суммы процентов причитающихся гражданину убытков (ч. 3 ст. 3 Закона). Невольно возникает вопрос: распространяется ли данное правило на юридических лиц – участников? Видимо и в этой части законодатель допустил неточность.

Указанные положения закона призваны прекратить практику привлечения денежных средств граждан на этапе, когда еще не ясно, будет вестись строительство или нет (в настоящее время распространена практика заключения инвестиционных договоров даже в отсутствие инвестиционного контракта, т.е. по существу многие фирмы «торгуют воздухом»). До сегодняшнего дня, подписывая договор «финансирования» гражданин не мог быть уверен в том, что утвердят именно тот проект, который ему предъявлен, в том, что земельный участок будет предоставлен и т.п. Все это создавало ситуацию неопределенности и многие просто боялись заключать договоры на этапе строительства. Однако данные положения Закона создадут проблемы для застройщиков, т.к. привлекаемые средства граждан являлись для застройщика по существу аналогом беспроцентного кредита, а теперь застройщик будет вынужден искать иные источники финансирования расходов, необходимых до получения разрешения на строительство, что может вызвать его удорожание.

Кроме того, Закон предъявляет требования к финансовой устойчивости застройщика, открытости информации о нем и государственному контролю в области долевого строительства. То есть, как выразился С. Федоров «застройщик» в свете нового Закона «фигура ключевая» [49].

Во исполнение ч. 3 ст. 23 Правительством РФ будут установлены требования к размеру собственных денежных средств застройщика, порядок расчета размера этих средств, а также нормативы оценки финансовой устойчивости деятельности застройщика. Несоответствие финансовых показателей застройщика указанным требованиям является основанием для приостановления по решению арбитражного суда на определенный срок осуществления застройщиком деятельности связанной с привлечением денежных средств дольщиков (п. 6 ст. 23 Закона). Это обстоятельство еще раз подтверждает вывод о том, что застройщиками смогут стать только те лица, которые имеют значительные активы.

При этом в Законе содержится требование о предоставлении при оформлении проектной декларации информации о величине собственных средств, финансовом результате текущего года, размере кредиторской задолженности на день опубликования проектной декларации (п. 6 ч. 1 ст. 20 Закона), а также застройщик обязан указать о возможных финансовых и прочих рисках при осуществлении проекта строительства (п.9 ч.1 ст. 21 Закона). Кроме того, в первоначальной редакции Закона застройщик обязан был представлять свою финансовую отчетность еще и любому обратившемуся лицу помимо дольщика, однако ФЗ от 18.07.2006г. № 111-ФЗ отменил данную обязанность. Ведь в свою очередь финансовая устойчивость застройщика контролируется государством, в проектной декларации содержится информация о финансовом состоянии застройщика, а если застройщик является открытым акционерным обществом, то он вообще обязан ежегодно раскрывать свой годовой отчет и годовую бухгалтерскую отчетность (ст. 92 Федерального закона РФ от 26 декабря 1995г. «Об акционерных обществах» ).

На наш взгляд данная норма закона может быть использована недобросовестными контрагентами застройщика, так как дает возможность получить достаточно большой объем информации о финансах и бухгалтерии застройщика - и при этом даже не нужно заключать договор участия в долевом строительстве.

В ближайшее время Правительством РФ будет определен федеральный орган власти, уполномоченный осуществлять государственное регулирование, контроль и надзор в области долевого строительства многоквартирных домов и иных объектов недвижимости. Этот орган наделен широчайшими полномочиями в отношении застройщиков (ст. 23 и ст. 25 Закона).

Действительно, финансовая устойчивость застройщиков является залогом стабильности строительного рынка. Контроль за их финансовой устойчивостью и своевременное принятие мер к несостоятельным застройщикам будут способствовать привлечению большего числа населения в сферу финансирования строительства жилья с целью решения своих жилищных проблем.

Не трудно заметить, что Закон об участии в долевом строительстве содержит ряд норм, которые не только не будут способствовать укреплению финансовой устойчивости застройщиков, а наоборот, могут серьезно поколебать эту устойчивость. Об этом свидетельствуют следующие положения Закона: все неустойки (штрафы, пени) предусмотренные Законом и договором участия в долевом строительстве, являются штрафными, и убытки взыскиваются с застройщика сверх неустойки (ст. 10 Закона); при просрочке заказчиком исполнения своих обязательств дольщик вправе взыскать с него проценты в размере 1/300 ставки рефинансирования ЦБ РФ (ч. 2 ст. 9 и ч. 2 ст. 6 Закона). Более того, если участником долевого строительства является гражданин, указанные проценты уплачиваются застройщиком в двойном размере (ФЗ от 18.07.2006г. № 111-ФЗ).

Помимо этого, Закон наделяет участника долевого строительства правом в одностороннем (внесудебном) порядке отказаться от договора участия в долевом строительстве и потребовать возврата денежных средств и уплаты неустойки (ст. 9 Закона) в случае нарушения застройщиком своих обязательств, при этом застройщику такое право не предоставляется.

В частности, застройщик также имеет право расторгнуть договор, правда не ранее чем через 30 дней после направления дольщику в установленном порядке предупреждения. К тому же застройщик должен располагать доказательствами либо того, что дольщик это предупреждение получил, либо возврата заказного письма оператором почтовой связи (п. 3 ст. 9).

При одностороннем отказе застройщика от исполнения договора он обязан возвратить дольщику уплаченные им денежные средства в течение 10 рабочих дней со дня расторжения договора или внести деньги в депозит нотариуса (п. 5 ст. 9).

За нарушение этой обязанности застройщик обязан уплатить дольщику проценты за пользование денежными средствами в размере 1/300 ставки рефинансирования Банка России за все время просрочки (п. 6 ст. 9). При этом зачет требований по уплате дольщиком неустойки (пеней), предусмотренных законом или договором, не допускается (п. 7 ст. 9).

Таким образом, анализируя вышесказанное можно сделать вывод о том, что законодатель учел интересы участников долевого строительства, оградив их от возможных неблагоприятных последствий в результате вступления в отношения с несостоятельными застройщиками. Во исполнение указанной цели в Закон внесены нормы направленные на обеспечение стабильности отношений, складывающихся между застройщиком и конкретным участником долевого строительства. Однако не все указанные меры сочетаются с интересами застройщиков, а порой даже ставят их в крайне невыгодное положение.

1.3 Существенные условия договора участия в долевом строительстве объектов недвижимости. Форма договора участия в долевом строительстве объектов недвижимости

До принятия Закона отношения между сторонами по поводу финансирования строительства жилья осуществлялись на основе договора и (или) государственного контракта, заключаемых между ними в соответствии с ГК РФ (ст. 8 ФЗ РФ от 25 февраля 1999 г. «Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений»), тем более, что суды при решении спорных вопросов исходят из содержания договора, а не из его названия [22]. Кроме того, ввиду отсутствия до недавнего времени законодательно установленной формы договора, регулирующего отношения участия в долевом строительстве, мы могли судить о его элементах только на основании тех договоров, которые имеют место на практике, а также исходя из общих положений об обязательствах и существа данных отношений.

Для того чтобы заключить договор необходимо определить условия, на которых будет достигнуто соглашение. Конечно, в первую очередь это касается существенных условий, так как если они не будут согласованы, договор не будет считаться заключенным. Поэтому важно было четко определить какие условия являются существенными для данного договора, ведь это зависело от его специфики. Согласно ст. 432 ГК РФ, во-первых, в любом договоре существенными являются условия о предмете. Это положение нашло отражение в ст. 4 Закона, так под предметом в договоре участия в долевом строительстве понимается та часть строящегося объект недвижимости, которая подлежит передаче в собственность участнику.

Таким образом, договор должен содержать:

**1) определение подлежащего передаче *конкретного объекта* долевого строительства** в соответствии с проектной документацией застройщиком после получения им разрешения на ввод в эксплуатацию многоквартирного дома или иного объекта недвижимости.

Судя по приведенной выше формулировке существенного условия о предмете договора, например параметры квартиры, подлежащий передаче участнику, должны быть четко определены, поскольку приобретаемую жилплощадь надо, как говорится, «идентифицировать» [35] - конкретно определить объект. При этом в литературе высказывалось мнение о том, что строящийся объект недвижимости может быть определен путем указания точного размера общей или полезной площади в объекте, подлежащей передаче дольщику (индивидуальный признак) либо через пропорцию участия дольщика в общем объеме финансирования строительства (родовой признак) [31].

Кроме того, в соответствии с требованиями п. 1 ст. 25.1 Федерального Закона от 21 июля 1997 г. «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» [7], согласно которому на государственную регистрацию договоров участия в долевом строительстве представляются документы с описанием объекта долевого строительства, указанием его местоположения на плане создаваемого объекта недвижимого имущества и планируемой площади объекта долевого строительства. То есть, в случае, когда предметом договора участия в долевом строительстве жилья выступает отдельная квартира для того, чтобы индивидуально определить ее необходимо указать: предварительный номер квартиры; этаж, на котором она расположена, и ее положение в осях; планировку квартиры; количество уровней в квартире; общую проектную площадь квартиры, в том числе полезную; наличие и площадь балконов, мансард, кладовок и т.п.; площадь иных помещений подчиненных квартире (гаражей, подвалов, чердаков); помещения и оборудование, которое станет общей собственностью всех жильцов дома [31].

Как отмечает А. Шаханов, при определении предмета договора родовыми признаками необходимо указывать в договоре твердую цифру общего объема финансирования строительства в целом, общей и полезной площади объекта, и указывать стоимость каждого типа помещений в объекте. Иначе дольщик рискует погрязнуть в судебных спорах по определению его конкретной доли. Тем более, что при возникновении спора между застройщиком и дольщиками суд отдаст предпочтение в удовлетворении требований дольщиков, доли которых индивидуально определены [31]. Таким образом, предпочтительнее определять предмет договора по индивидуальным признакам.

В свою очередь, согласно смысла, приведенного выше требования о предмете договора, мы считаем целесообразным в качестве приложения к договору участия в долевом строительстве считать проектную документацию. Так как она играет немаловажную роль для строительства объекта недвижимости начиная с момента получения застройщиком разрешения на строительство (п. 4 ч. 1 ст. 21 Закона). Кроме того, в соответствии с проектной документацией составляется проектная декларация, которая исходя из требований ст. 19 Закона подлежит обязательному опубликованию до заключения застройщиком договора участия в долевом строительстве с первым участником долевого строительства.

2)В качестве существенного Закон называет *условие о сроке передачи застройщиком объекта* долевого строительства участнику долевого строительства. Вводится законная неустойка за просрочку передачи квартиры. Теперь при обращении в суд у гражданина будет полная ясность с тем, в какой сумме требовать взыскание неустойки, а у суда – в какой сумме эту неустойку взыскивать. Причем в договоре должен быть указан именно срок передачи квартиры, а не срок сдачи дома в эксплуатацию. При этом срок передачи застройщиком объектов долевого строительства должен быть единым для всех участников долевого строительства (ч.1. ст.6 Закона), за исключением случая, когда строительство многоквартирного дома или иного объекта недвижимости не может быть завершено в предусмотренный договором срок. При этом застройщик не позднее, чем за два месяца до истечения указанного срока обязан направить участнику долевого строительства соответствующую информацию и предложение об изменении договора. Изменение предусмотренного договором срока передачи застройщиком объекта долевого строительства участнику долевого строительства осуществляется в порядке, установленном ГК РФ (ч. 3. ст. 6 Закона).

Таким образом, законодатель четко указал, какой именно срок является определяющим в поиске ответа на вопрос о надлежащем исполнении обязательства сторон по договору. Ведь обязанности застройщика в срок передать участнику строительства объект недвижимости корреспондирует обязанность участника принять этот объект. Кроме того, факт передачи (с момента подписания сторонами передаточного или иного документа о передаче) застройщиком участнику объекта долевого строительства является основанием считать обязательства застройщика исполненными (ч. 1 ст. 12 Закона). Соответственно теперь нет необходимости отдельно указывать в договоре срок начала и окончания строительства, а также срок сдачи готового объекта в эксплуатацию, что до недавнего времени было широко распространено в практике заключения таких договоров.

3)Следующим существенным условием Закон называет*цену договора, сроки и порядок ее уплаты.*

Ценой договора участия в долевом строительстве является тот объем денежных средств, который участник обязан уплатить для строительства объекта недвижимости. Таким образом, законодатель четко определил, что в качестве вклада в долевое строительство могут быть только денежные средства. В силу ч. 1 ст. 5 Закона цена договора может быть определена в договоре как сумма денежных средств на возмещение затрат на создание объекта долевого строительства и денежных средств на оплату услуг застройщика. Учитывая то, что размер привлекаемых денежных средств участников всегда превышает фактические затраты застройщика на реализацию строительного проекта и что статьей 18 Закона установлено строго целевое использование средств, полученных от участников долевого строительства, застройщики вынуждены будут достаточно точно определять размер денежных средств, направляемых непосредственно на создание объекта недвижимости и средств, получаемых ими в качестве оплаты своих услуг.

Однако С. Федоров призывает нас помнить о том, что «при реализации инвестиционного проекта по строительству объектов недвижимого имущества на застройщика, как правило, возлагаются дополнительные обременения, которые непосредственно не связаны со строительством объекта (например, обязательства по безвозмездной передаче муниципальному образованию доли в площадях возводимого объекта недвижимости, совершенно обособленных объектов социальной и инженерной инфраструктуры и т.п.)» [49]. В связи с этим у застройщиков могут возникнуть трудности с соблюдением целевого назначения использования денежных средств.

Кроме того, установлено общее правило, согласно которому, цена по договору участия в долевом строительстве считается твердой, отступления (превышение) от нее не допускаются [28]. По соглашению сторон она может быть изменена после заключения договора, только если им предусмотрены возможности изменения цены, случаи и условия ее изменения. Таким образом, признается неправомерным требование каких-либо доплат, если только иное не предусмотрено договором.

На практике очень часто цена определяется через стоимость одного квадратного метра общей площади объекта, передаваемой дольщику по окончании строительства. В этом случае, с нашей точки зрения, следует указывать в договоре, что общий объем передаваемых застройщику денежных средств определяется исходя из фактически переданной площади, и если ее размер не совпадает с предполагаемой (расчетной) площадью, то необходимо оговорить порядок расчета сторон по возврату или доплате денежных средств [31].

Высказывалось мнение о возможности указания в договоре участия в долевом строительстве иного способа определения цены, такого, например, как котировки определенного рынка или биржи [24]. Однако, как мы видим, такой способ определения цены недопустим в свете нового Закона.

Цена в инвестиционном договоре может быть сформулирована в виде валютной оговорки (п. 2 ст. 317 ГК РФ), то есть, определена в денежной сумме эквивалентной сумме в долларах США или иных условных единицах, однако платежи должны осуществляться в рублях по курсу, установленному Центральным Банком РФ.

Кроме того, в договоре должно быть определено каким образом вносятся средства единовременно или по частям. При этом периоды внесения сумм определяются годами, месяцами или неделями (ч.3 ст.5 Закона). На практике большая часть денежных средств обычно подлежит перечислению до момента завершения строительства.

Соответственно просрочка внесения платежа является основанием для предъявления застройщиком требования о расторжении договора в судебном порядке. Однако срок такой просрочки в случае единовременного внесения платежа должен превышать три месяца (ч. 4 ст. 5 Закона), а в случае периодического внесения платежей такое нарушение должно носить систематический характер. Исходя из смысла ч. 5 ст. 5 Закона систематическим является нарушение срока внесения платежа более чем три раза в течение двенадцати месяцев или просрочка внесения платежа в течение более чем три месяца.

4)Важным является то, что в качестве еще одного существенного условия договора участия в долевом строительстве объектов недвижимости Закон назвал *гарантийный срок на объект долевого строительства*. Гарантийный срок для объекта долевого строительства устанавливается договором и не может составлять менее чем 5 лет. Установлено, что застройщик обязан передать участнику долевого строительства созданный объект недвижимости, качество которого соответствует условиям договора либо при отсутствии или неполноте условий такого договора требованиям технических регламентов, проектной документации и градостроительных регламентов, а также иным обязательным требованиям. В случае если объект долевого строительства построен застройщиком с отступлениями от условий договора, приведшими к ухудшению качества такого объекта, или с иными недостатками, которые делают его непригодным для предусмотренного договором использования, участник долевого строительства, если иное не установлено договором, по своему выбору вправе потребовать от застройщика безвозмездного устранения недостатков в разумный срок или соразмерного уменьшения цены договора либо возмещения своих расходов на устранение недостатков. В случае существенного нарушения требований к качеству объекта долевого строительства участник долевого строительства в одностороннем порядке вправе отказаться от исполнения договора и потребовать от застройщика возврата денежных средств и уплаты процентов. Кроме того, условия договора об освобождении застройщика от ответственности за недостатки объекта долевого строительства являются ничтожными.

Высказывая мнение о недостатках принятого Закона, И. Ивачев в статье под названием «Новый закон – новые вопросы» отмечает, что «в ряде случаев, Закон содержит нечеткие формулировки, которые оставляют слишком большой простор для судебного усмотрения» [37]. Это высказывание касается и определения критериев существенности нарушения требований к качеству объекта, ссылаясь на их отсутствие в тексте Закона. На наш взгляд подобное замечание является безосновательным, так как критерии существенности нарушения требований к качеству объекта определены Разъяснением «О некоторых вопросах, связанных с применением Закона РФ «О защите прав потребителей» [11], ведь в Законе прямо предусмотрено, что к отношениям, вытекающим из договора, заключенного гражданином - участником долевого строительства исключительно для личных, семейных, домашних и иных нужд, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности, применяется законодательство РФ о защите прав потребителей в части, не урегулированной рассматриваемым Законом. Тем более что обязательные требования к качеству строительных объектов содержатся в технических регламентах, проектной документации и градостроительных регламентах, а также в иных обязательных требованиях.

Важно заметить, что гарантийный срок нельзя определять как «срок ответственности» застройщика за недостатки созданного объекта недвижимости. Ведь неверно считать, что исправление недостатков вещи или ее замена есть ответственность [29]. В данном случае речь идет об исполнении гарантийного обязательства [29], сущность которого состоит в том, что участник долевого строительства при обнаружении недостатков объекта долевого строительства в течение гарантийного срока вправе предъявить свои требования застройщику, который в свою очередь обязан безвозмездно эти требования исполнить.

Согласно формулировки положений ст. 7 Закона гарантийный срок может быть увеличен по соглашению сторон, таким образом, Закон предусматривает «законную гарантию», но и не исключает и установление «договорной гарантии» [28]. Но на наш взгляд, на практике роль такого рода дозволения не будет оценена по достоинству, так как с увеличением гарантийного срока для застройщика автоматически увеличится и срок возможности возникновения неблагоприятных последствий. Стороны также могут предусмотреть в договоре и другие способы устранения недостатков качества объекта долевого строительства помимо тех, которые прямо указаны в Законе.

Вообще значение установления гарантийного срока для объектов долевого строительства трудно переоценить, ведь это еще один плюс в пользу защиты прав и законных интересов участников долевого строительства. Это еще одна попытка обезопасить дольщиков от скрытых недостатков созданного объекта недвижимости, которые не могут быть обнаружены при обычной его приемке, но могут выявляться в процессе его эксплуатации. Начало течения гарантийного срока приурочивается к моменту передачи объекта долевого строительства участнику этого процесса. При чем, этот момент может быть изменен по решению сторон (ч.5 ст.7 Закона), но по нашему убеждению такое изменение не должно ухудшать положение участника долевого строительства.

При отсутствии в договоре хотя бы одного из перечисленных выше условий он считается незаключенным. Таким образом, застройщики не смогут больше предлагать к подписанию договоры без указания срока передачи объекта долевого строительства, так же вводится обязанность застройщика устанавливать гарантийный срок на созданный объект. Важным является ссылка на проектную документацию, так как в настоящее время нередки ситуации, когда застройщики меняют планировку помещений, в частности квартир, «договариваются» с Бюро технической инвентаризации (далее – БТИ) об изменении функционального назначения помещений (с балконов на веранды и т.п.). После вступления закона в силу эти проблемы могут быть решены.

*Важно отметить в какой форме заключается договор* участия в долевом строительстве. До принятия Закона процедура регистрации таких договоров не была законодательно предусмотрена. Это создавало массу проблем. Самая острая – заключение договора участия в долевом строительстве (инвестиционного договора, договора финансирования строительства и т.п.) с несколькими лицами на один объект. Фирма могла собрать с участников, чаще всего граждан, деньги, а потом просто исчезнуть, либо «прокрутить» их и вернуть только через несколько лет, предоставив квартиру гражданину, заключившему договор первым. Судебные споры между претендующими на одну и ту же квартиру гражданами, а так же между гражданами и компаниями, нередкое явление и сейчас. В принципе это довольно естественно, ведь в связи с отсутствием законодательной регламентации отношений из договора участия в долевом строительстве и основном их регулировании исходя из общих положений об обязательствах этот договор должен был быть заключен в простой письменной форме согласно ст. 160-162 ГК РФ, путем составления одного документа подписанного сторонами. Высказывалось мнение, что по желанию сторон договор мог быть совершен в нотариальной форме, что давало некоторые преимущества, так как при удостоверении сделки нотариус проверяет правильность оформления документов. Из проведенного анализа судебной практики видно, что не исключалась и возможность государственной регистрации этого договора. Так требования по делу, согласно которому общество с ограниченной ответственностью «КИНЭКСстройсервис» обратилось в Арбитражный суд города Санкт-Петербурга и Ленинградской области с иском к государственному учреждению юстиции «Городское бюро регистрации прав на недвижимость» (далее - ГБР) о признании недействительным отказа ГБР в регистрации договора долевого участия в строительстве (инвестиционного договора) и обязании ГБР зарегистрировать указанный договор, были удовлетворены и данное решение оставлено без изменения Постановлением апелляционной инстанции. При этом из текста Постановления следует, что указанным договором была предусмотрена обязанность истца предоставить договор в месячный срок со дня его подписания на регистрацию в ГБР, при этом договор считался заключенным со дня его регистрации [19]. Таким образом, стороны сами могли предусмотреть в договоре участия в долевом строительстве возможность его регистрации. Такая регистрация в то время могла осуществляться лишь в учетных целях (например, такое требование установлено Постановлением Правительства Москвы от 18 мая 1999 г. «Об изменении нормативных актов по вопросам инвестиционной деятельности» ).

На основании изложенного можно сделать вывод: практика подсказывает целесообразность учетной регистрации договоров долевого участия в строительстве жилых помещений. Преимущества такой регистрации на лицо. Во-первых, она подтверждает надлежащее юридическое оформление документов застройщика, во-вторых, упрощается порядок государственной регистрации права собственности на готовую квартиру в будущем.

Все существующие до сегодняшнего дня споры о государственной регистрации договора участия в долевом строительстве должен разрешить Федеральный закона РФ от 30 декабря 2004 г. «Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации». Теперь требование о государственной регистрации договора участия в долевом строительстве закреплено на федеральном уровне. Часть 3 ст. 4 Закона устанавливает конститутивное значение регистрации договора участия в долевом строительстве. Таким образом, договор заключается в письменной форме, путем составления одного документа, подлежит государственной регистрации и считается заключенным с момента такой регистрации.

В связи с этим внесены изменения и в Федеральный Закон РФ от 21 июля 1997 г. «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним». Теперь ст. 25.1 названного Закона регламентирует процедуру государственной регистрации договора участия в долевом строительстве.

Согласно указанной статье на государственную регистрацию договоров участия в долевом строительстве наряду с документами, необходимыми для государственной регистрации в соответствии с Федеральным Законом РФ от 21 июля 1997 года «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» представляются документы с описанием объекта долевого строительства с указанием его местоположения на плане создаваемого объекта недвижимого имущества и планируемой площади объекта долевого строительства (п. 1 ст. 25.1).

Кроме того, государственная регистрация договора участия в долевом строительстве, заключенного застройщиком с *первым* участником долевого строительства, осуществляется на основании заявления сторон договора (застройщика, участника долевого строительства), и наряду с документами, необходимыми для государственной регистрации договора участия в долевом строительстве в соответствии с Федеральным законом РФ от 21 июля 1997 года «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним», застройщиком представляются:

1) разрешение на строительство;

2) проектная декларация;

3)план создаваемого объекта недвижимого имущества с указанием его местоположения и количества находящихся в составе создаваемого объекта недвижимого имущества жилых и нежилых помещений и планируемой площади каждого из указанных помещений.

Договор считается заключенным с момента внесения записи о договоре участия в долевом строительстве в Единый государственный реестр прав, а именно: раздел, содержащий записи о правах на земельный участок, на котором осуществляется строительство. При государственной регистрации договора участия в долевом строительстве также вносится запись о возникающем на основании федерального закона залоге земельного участка или залоге права аренды с указанием в графе «особые отметки» распространения права залога на создаваемый объект недвижимого имущества. Таким образом, все эти меры призваны прекратить практику так называемых «двойных продаж».

При расторжении договора участия в долевом строительстве в записи о расторжении договора по заявлению одной из сторон с приложением документов, подтверждающих расторжение договора (п.4 ст. 25.1). Помимо этого в Единый государственный реестр прав заносятся сведения об изменении договора и об уступке прав требования по нему.

Итак, необходимость государственной регистрации договора участия в долевом строительстве назрела давно, об этом свидетельствует не только практика, но и неопределенность в отношении теоретических аспектов значения такой регистрации. В поддержку этого высказывания хочется привести мнение Ю.В. Романец, который подчеркнул: «Необходимость государственной регистрации сделки возникает в том случае, когда в силу особенностей вида договора и его предмета государственной регистрации перехода права недостаточно для надлежащего обеспечения законных интересов участников гражданского оборота» [30]. Соответственно, законодательное закрепление необходимости государственной регистрации договоров участия в долевом строительстве является еще одним ярким примером того, что государство стремиться придать отношениям, связанным с финансированием строительства, и в первую очередь строительством жилья, наибольшую стабильность, в том числе способствовать увеличению уверенности участников такого строительства в достижении преследуемых ими целей.

1.4 Содержание договора участия в долевом строительстве объектов недвижимости

Заключая договор участия в долевом строительстве, стороны этого договора наделяются субъективными правами и обязанностями, которые в дальнейшем и предопределяют поведение участников в рамках существующих между ними правоотношений. В содержание договора включают совокупность прав и обязанностей сторон, при этом обязанности по договору участия в долевом строительстве одной стороны противопоставляются правам другой и наоборот. Между тем права и обязанности сторон составляют содержание обязательственного правоотношения, основанного на договоре, а не самого договора как юридического факта, породившего эти обязательственные правоотношения.

Таким образом, основными обязанностями застройщика по договору участия в долевом строительстве являются:

* подготовка проектной документации, опубликования и размещения проектной декларации, внесение в проектную декларацию изменений, касающихся сведений о застройщике и проекте строительства (ч. 1 ст. 3, ч. 2,4,5 ст. 19 Закона);
* получения в установленном порядке разрешения на строительство (ч. 1 ст. 3 Закона);
* государственная регистрации права собственности или права аренды застройщика на земельный участок, предоставленный для создания многоквартирного дома или иных объектов недвижимости (ч. 1 ст. 3 Закона);
* строительство или организация строительства объекта недвижимости в соответствии с градостроительными нормами и правилами, а также условиями договора (ч. 1 ст. 7 Закона);
* получение разрешения на ввод в эксплуатации объекта недвижимости (ст. 4 Закона) и передача разрешения или нотариально удостоверенной копии этого разрешения в органы, осуществляющие государственную регистрацию прав (ч. 3 ст. 16 Закона);
* передать участнику долевого строительства соответствующий объект долевого строительства, качество которого соответствует условиям договора, в срок, указанный в договоре (ч. 1 ст. 6, ч. 1 ст. 7 Закона);
* выполнять гарантийные обязательства (ст. 7 Закона);
* использовать денежные средства, уплачиваемые участниками долевого строительства по договору, исключительно для создания им многоквартирных домов и иных объектов недвижимости в соответствии с проектной документацией (ст. 18 Закона);
* предоставлять для ознакомления информацию о себе и о строительстве объекта недвижимости (ст. 20 Закона);
* соблюдать требования, предъявляемые к размещению рекламы об объекте долевого строительства (ст. 22 Закона);
* направить участнику долевого строительства соответствующую информацию и предложение об изменении договора, в случае, если строительство многоквартирного дома или иного объекта недвижимости не может быть завершено в предусмотренный договором срок (ч. 3 ст. 6 Закона);
* возвратить денежные средства, уплаченные участником долевого строительства в счет цены договора, а также уплатить проценты на эту сумму за пользование указанными денежными средствами в размере 1/300 ставки рефинансирования Центрального банка Российской Федерации, действующей на день исполнения обязательства по возврату денежных средств, уплаченных участником долевого строительства, в случае одностороннего отказа участника долевого строительства от исполнения договора (ч. 2 ст. 9 Закона);
* зарегистрировать право собственности на объект незавершенного строительства при возникновении оснований для обращения взыскания на предмет залога (ч. 5 ст. 13 Закона).

Кроме того, риск случайной гибели или случайного повреждения объекта долевого строительства до его передачи участнику долевого строительства несет застройщик (ч.6 ст. 4 Закона). Помимо перечисленных, Законом предусматриваются и иные обязанности застройщика.

К основным обязанностям участника долевого строительства следует относить:

* осуществление финансирования строительства в порядке и сроки, которые установлены договором (ч. 1 ст.4 Закона);
* приемка объекта долевого строительства при наличии разрешения на ввод в эксплуатацию объекте недвижимости, в установленный договором срок (ч. 1 ст. 4, ч. 4 ст. 8 Закона).

При этом застройщик в праве требовать расторжения договора участия в долевом строительстве в случае нарушения участником долевого строительства условия договора о цене, порядке и сроках внесения платежей (ч. 5 ст. 5 Закона).

Между тем, участникам долевого строительства предоставляется значительно большее количество прав, чем застройщику.

В случае, если объект долевого строительства построен застройщиком с отступлениями от условий договора, приведшими к ухудшению качества такого объекта, или с иными недостатками, которые делают его непригодным для предусмотренного договором использования, участник долевого строительства, если иное не установлено договором, по своему выбору *вправе* потребовать от застройщика (ч. 2 ст. 7 Закона):

1) безвозмездного устранения недостатков в разумный срок;

2) соразмерного уменьшения цены договора;

3) возмещения своих расходов на устранение недостатков.

При этом участник долевого строительства до подписания передаточного акта или иного документа о передаче объекта долевого строительства *вправе* потребовать от застройщика составления акта, в котором указывается несоответствие объекта долевого строительства требованиям о качестве и отказаться от подписания передаточного акта или иного документа о передаче объекта долевого строительства до исполнения застройщиком указанных выше обязанностей (ч. 5 ст. 8 Закона).

Кроме того, участник долевого строительства вправе в одностороннем порядке отказаться от исполнения договора в случае (ст. 9 Закона):

1) неисполнения застройщиком обязательства по передаче объекта долевого строительства в предусмотренный договором срок;

2) прекращения или приостановления строительства многоквартирного дома и (или) иного объекта недвижимости, в состав которых входит объект долевого строительства, при наличии обстоятельств, очевидно свидетельствующих о том, что в предусмотренный договором срок объект долевого строительства не будет передан участнику долевого строительства;

3) существенного изменения проектной документации строящихся многоквартирного дома и (или) иного объекта недвижимости, в состав которых входит объект долевого строительства, в том числе существенного изменения размера объекта долевого строительства;

4) изменения назначения общего имущества и (или) нежилых помещений, входящих в состав многоквартирного дома и (или) иного объекта недвижимости;

5) неисполнения застройщиком обязанностей в случае нарушения требований о качестве объекта (а именно, безвозмездного устранения недостатков в разумный срок; соразмерного уменьшения цены договора; возмещения расходов участника на их устранение;

6) существенного нарушения требований к качеству объекта долевого строительства;

7) в иных предусмотренных договором случаях.

Безусловно, важным является то, что установлен достаточно широкий перечень случаев отказа участника долевого строительства от исполнения договора, в том числе и в связи с приостановлением строительства, что может создать для застройщиков проблемы, т.к. очень часто строительство приостанавливается по тем или иным причинам.

Часть 7 ст. 19 Закона предоставляет участнику долевого строительства право обратиться в суд или арбитражный суд с иском о признании сделки недействительной как совершенной под влиянием заблуждения, в случае нарушения застройщиком установленных Законом требований к проектной декларации.

Но наиболее значимым последствием заключения договора участия в долевом строительстве, на наш взгляд, является то, что имущественные права и обязанности, вытекающие из этого договора, входят в состав наследства участника долевого строительства (ч. 7, 8 ст. 4 Закона) в соответствии с ГК РФ, то есть застройщик не вправе отказать таким наследникам во вступлении в договор. На лицо уступка права требования (перемена лиц в обязательстве) в силу закона [27].

Помимо этого, в Законе прямо предусмотрено, что к отношениям, вытекающим из договора, заключенного гражданином - участником долевого строительства исключительно для личных, семейных, домашних и иных нужд, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности, применяется законодательство РФ о защите прав потребителей (ч. 9 ст. 4 Закона). До недавнего времени вопрос о применении законодательства о защите прав потребителей был отражен только в судебной практике.

Важно отметить, что окончательной целью заключения договора участия в долевом строительстве является приобретение участником долевого строительства права собственности на созданный объект недвижимости. Участнику долевого строительства (и его наследникам) Законом предоставлено право обратиться в органы, осуществляющие государственную регистрацию прав на недвижимое имущество и сделок с ним, с заявлением о государственной регистрации права собственности на объект долевого строительства, построенный за счет денежных средств такого участника долевого строительства в соответствии с договором, после подписания застройщиком и участником долевого строительства (или его наследниками) передаточного акта либо иного документа о передаче объекта долевого строительства (ч. 4 ст. 16 Закона). Наряду с правом собственности на объект долевого строительства у участника одновременно возникает доля в праве собственности на общее имущество в многоквартирном доме, которая не может быть отчуждена или передана отдельно от права собственности на объект долевого строительства (ч. 5 ст. 16 Закона). Государственная регистрация возникновения права собственности на объект долевого строительства одновременно является государственной регистрацией неразрывно связанного с ним права общей долевой собственности на общее имущество.

При этом, основанием для государственной регистрации права собственности участника долевого строительства на объект долевого строительства являются документы, *подтверждающие факт его создания*, - разрешение на ввод в эксплуатацию многоквартирного дома и (или) иного объекта недвижимости, в состав которых входит объект долевого строительства, и передаточный акт или иной документ о передаче объекта долевого строительства. Это вполне обосновано, так как Градостроительный кодекс РФ [2] устанавливает, что строительство завершается получением застройщиком разрешения на ввод объекта в эксплуатацию. В соответствии со ст. 55 Градостроительного кодекса РФ разрешение на ввод в эксплуатацию представляет собой документ, который удостоверяет:

* выполнение строительства, реконструкции, капитального ремонта в полном объеме;
* осуществление строительства в соответствии с разрешением на строительство;
* соответствие построенного, реконструированного, отремонтированного объекта градостроительному плану земельного участка и проектной документации.

Разрешение на ввод объекта в эксплуатацию выдается органом, давшим разрешение на строительство (федеральным органом исполнительной власти, органом исполнительной власти субъекта РФ или органом местного самоуправления) и является основанием для постановки построенного объекта на государственный учет.

Помимо того, что в Законе установлено правило, согласно которому изменение условий договора возможно в той части, в которой это прямо предусмотрено договором, Закон предусматривает специальные случаи изменения договора (*замена сторон*). Это вопрос, на наш взгляд, требует наиболее детального рассмотрения, так как с введением в действие Федерального закона РФ от 30 декабря 2004 г. «Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации» статус договора о так называемом долевом участии существенно изменился, даже такие классические институты гражданского права, как перемена лиц в обязательстве, будут применяться с предусмотренными Законом особенностями. Однако не стоит здесь пренебрегать рекомендациями, выработанными судебной и правоприменительной практикой, в том числе и по вопросу регулирования цессии.

Напомним, что цессия – уступка прав требования (замена кредитора) выражается в передаче цедентом цессионарию определенного права в силу сделки или на основании закона. Уступка права требования означает только замену кредитора в обязательстве, ни каких изменений в объеме прав и обязанностей сторон при уступке права не происходит. Цессионарий приобретает права в том же объеме и на тех же условиях, которые имел первоначальный кредитор на момент заключения соглашения об уступке права требования (ст. 384 ГК РФ), соответственно в состав передаваемых прав входят дополнительно существовавшие к моменту передачи субсидиарные права, выражающие определенные способы обеспечения обязательств [26]. Перевод долга, напротив, представляет собой замену должника в обязательстве. Во взаимных обязательствах перемена лиц означает и уступку прав требования, и перевод долга одновременно, так как субъект во взаимном обязательстве выступает как кредитором, так и должником [26].

Следует обратить внимание на тот факт, согласно положениям Закона уступка участником долевого строительства прав требований по договору допускается только после уплаты им цены договора *или* одновременно с переводом долга на нового участника долевого строительства в порядке, установленном ГК РФ (ч. 1 ст. 11 Закона). При этом цессия возможна лишь с момента государственной регистрации договора до момента подписания сторонами передаточного акта или иного документа о передаче объекта долевого строительства (ч. 2. ст. 11 Закона). Уступка прав требования по договору участия в долевом строительстве, так же как и сам договор участия в долевом строительстве, подлежит государственной регистрации (ст. 17 Закона).

Таким образом, заключение договора участия в долевом строительстве является не единственным способом приобретения недвижимости на первичном рынке. Все зависит от того, на какой стадии строительства находится объект во время вступления, образно говоря, покупателя в правоотношения с продавцом. Возможны три варианта:

1. с момента начала строительства до ввода объекта в эксплуатацию;
2. с момента ввода в эксплуатацию до подписания акта раздела долей в натуре (передаточного акта или иного документа о передаче объекта долевого строительства);
3. с момента подписания акта раздела долей в натуре и далее [42].

Соответственно, на первом этапе возможно заключение либо договора участия в долевом строительстве, либо договора уступки права требования. На втором из указанных этапов единственно возможным способом реализации объекта долевого строительства может быть договора уступки права требования (цессии). На третьем этапе объекты недвижимости становятся предметом вторичных сделок (купли-продажи, дарения, мены, ренты и др.), которые мы не будем рассматривать в рамках данной работы, так как они не входят в предмет исследования.

Таким образом, подводя итоги всего вышесказанного важно обратить внимание на то, что с введением в действие рассматриваемого Закона, существенно изменившим статус договора участия в долевом строительстве, введены особые требования к лицам, претендующим на роль застройщика, что в свою очередь обуславливает увеличение объема прав, которыми наделяются участники долевого строительства. При этом права участников-граждан значительно отличаются от прав участников-юридических лиц, так например, гражданину – участнику долевого строительства предоставлено право использовать в качестве способов защиты своих прав и законных интересов средства, предусмотренные законодательством РФ о защите прав потребителей, и некоторые другие права. Серьезным новшеством данного вида договоров стало требование о его государственной регистрации. Причем такая регистрация будет производиться как минимум дважды: после заключения договора долевого строительства (с момента этой регистрации договор будет считаться заключенным) и после ввода дома в эксплуатацию и передачи объекта участнику долевого строительства (с этого момента возникает право собственности на объект долевого строительства). Это должно положить конец практике «двойных продаж». Кроме того, Законом четко определены условия, по которым сторонам необходимо достичь соглашения, для того чтобы договор считался заключенным.

**После изучения основных положений Закона можно сделать вывод о том, что он в достаточной мере защищает права граждан – участников долевого строительства, в некоторых случаях даже чрезмерно, что** может ударить не только по строительным компаниям, но и по лицам, вкладывающим денежные средства в строительство, а это **свидетельствует о его не**сбалансированности**. При этом на практике возможны различные сложности с применением этого Закона, например, к изучению всей необходимой документации необходимо во многих случая привлекать специалистов. Процесс приобретения объектов недвижимости, в частности квартиры, на этапе строительства достаточно сложный и нужно подойти к нему максимально ответственно, несмотря на то, что новый Закон лучше защищает права граждан, злоупотребления возможны и в рамках данного Закона. Кроме того, помимо обязательных в договоре могут быть условия, устанавливаемые по соглашению сторон, которые могут быть неприемлемы для дольщика.**

ГЛАВА 2. **Гарантии защиты прав и законных интересов участников долевого строительства**

2.1 Обеспечение исполнения обязательств сторон

Исполнение договорных обязательств - стадия гражданских правоотношений, отражающая, в частности, эффективность механизма реализации законных интересов участников имущественного оборота [51]. В соответствии с современным гражданским законодательством для стимулирования должника к точному и неуклонному исполнению обязательства, а также в целях предотвращения либо уменьшения размера негативных последствий, которые могут наступить в случае его нарушения, обязательство может быть обеспечено одним из способов предусмотренных ГК РФ (ст.329), иными законами или соглашением сторон. В качестве таких способов обеспечения исполнения обязательств ГК РФ называет следующие: неустойка, залог, удержание имущества должника, поручительство, банковская гарантия, задаток. Однако указанный перечень не является исчерпывающим.

Все указанные способы обеспечения обязательств различаются по степени воздействия на должника и методом достижения цели – побудить должника исполнить обязательство надлежащим образом. Например, неустойка и задаток одновременно представляют собой меры гражданско-правовой ответственности, и в качестве таковых ориентируют должника на исполнение обязательств в натуре под угрозой применения ответственности, которая носит реальный характер, поскольку взыскание неустойки или пени в фиксированном размере не требует от кредитора больших усилий, как, например, в случае с возмещением убытков, где нужно обосновывать и доказывать их размер.

Залог, поручительство, банковская гарантия повышают для кредитора вероятность удовлетворения его требований в случае нарушения должником обеспеченного им обязательства.

Поэтому от оптимального выбора кредитором способа обеспечения обязательства во многом будет зависеть и поведение должника.

Таким образом, исходя из существа обязательственных отношений вытекающих из договора участия в долевом строительстве, целью которых все-таки является получение в собственность созданного объекта недвижимости, понятно, почему законодатель в качестве основного обеспечения исполнения обязательств по договору назвал *залог*.

Согласно ч.1 ст. 13 Закона с момента государственной регистрации договора участия в долевом строительстве предоставленный для строительства объект недвижимости, в составе которого будет находиться объекты долевого строительства, земельный участок, принадлежащий застройщику на праве собственности, или праве аренды на указанный земельный участок и строящиеся на этом земельном участке объект недвижимости считаются находящимися в залоге у участников долевого строительства в обеспечение обязательств застройщика. С момента государственной регистрации договора участия в долевом строительстве в Единый государственный реестр прав вносится запись о возникшем на основании федерального закона залоге земельного участка или аренды земельного участка.

При этом с момента государственной регистрации права собственности застройщика на объект незавершенного строительства такой объект незавершенного строительства считается находящимся в залоге у участников долевого строительства (ч. 2 ст. 13 Закона).

Далее жилые и нежилые помещения, входящие в состав многоквартирного дома или иного объекта недвижимости, строительство которых осуществлялось с привлечением денежных средств участников долевого строительства считаются находящимися в залоге у участников долевого строительства с момента государственной регистрации права собственности застройщика на такие помещения (ч. 3 ст. 13 Закона).

В целях обеспечения исполнения обязательств застройщик обязан зарегистрировать право собственности на объект незавершенного строительства при возникновении оснований для обращения взыскания на предмет залога. При уклонении застройщика от государственной регистрации права собственности на объект незавершенного строительства государственная регистрация права собственности на такой объект осуществляется на основании решения суда, принятого по иску участника долевого строительства об обращении взыскания на предмет залога (ч. 5 ст. 13 Закона).

Интересно то, что до заключения застройщиком договора с первым участником долевого строительства имущество, о котором мы говорили выше, может быть передано в залог в качестве обеспечения иных обязательств застройщика только банку (который будет являться залогодержателем), при этом от залогодержателя должно быть получено согласие на удовлетворение своих требований за счет заложенного имущества. Только в этом случае привлечение застройщиком денежных средств участников долевого строительства допускается (ч. 6 ст. 13 Закона).

Однако после заключения застройщиком договора с первым участником долевого строительства указанное имущество в порядке последующего залога может передаваться банку (последующему залогодержателю) в обеспечение возврата кредита или целевого займа, предоставленных банком застройщику на строительство многоквартирного дома или иного объекта недвижимости, в состав которых входят объекты долевого строительства (ч. 7 ст. 13 Закона). При этом никаких дополнительных условий для реализации этого права Закон не содержит.

Право залога на объект долевого строительства, возникшее на основании договора участия в долевом строительстве прекращается с момента подписания сторонами передаточного акта или иного документа о передаче объекта долевого строительства (ч. 8 ст. 13 Закона).

Частью 9 ст. 13 Закона установлено, что к отношениям, вытекающим из залога, возникающего на основании Федерального закона РФ от 30 декабря 2004г. «Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации», применяются положения ГК РФ и Федерального закона РФ от 16 июля 1998 г. «Об ипотеке (залоге недвижимости)» [6] с учетом особенностей, установленных Законом. А особенности эти касаются обращения взыскания на предмет залога и распределения денежных средств, вырученных от реализации заложенного имущества. На наш взгляд это вполне обоснованно целью заключения договора участия в долевом строительстве и спецификой правоотношений, возникающих из этого договора.

Так согласно ст. 14 Закона взыскание на предмет залога может быть обращено не ранее чем через шесть месяцев *после*:

1) наступления предусмотренного договором срока передачи застройщиком объекта долевого строительства;

2) прекращения или приостановления строительства многоквартирного дома или иного объекта недвижимости при наличии обстоятельств, очевидно свидетельствующих о том, что в предусмотренный договором срок объект долевого строительства не будет передан участнику долевого строительства.

Важно, что взыскание на предмет залога может быть обращено в указанные сроки, независимо от сроков исполнения застройщиком обязательств перед банками-залогодержателями.

Что касается **распределения денежных средств, вырученных от реализации заложенного имущества, то в соответствии со ст. 15 Закона д**енежные средства, вырученные от реализации заложенного имущества, после удержания сумм, необходимых для покрытия расходов в связи с обращением взыскания на такое имущество и его реализацией, направляются на удовлетворение требований участников долевого строительства и банков-залогодержателей. При недостатке денежных средств, вырученных от реализации заложенного имущества, они распределяются между участниками долевого строительства и банками-залогодержателями пропорционально размерам их требований к моменту удовлетворения этих требований.

Законом гарантируются права участников долевого строительства, по тем или иным причинам не заявивших свои требования до даты проведения публичных торгов, на которых было реализовано заложенное имущество. Указанные участники долевого строительства вправе получить денежные средства через депозит нотариуса в порядке, установленном законодательством РФ.

Отметим, что на наш взгляд залог является основным и главным способом обеспечения обязательств застройщика перед участниками долевого строительства. Однако Закон в качестве еще одного способа называет неустойку. Привлекательность неустойки объясняется прежде всего тем, что она представляет собой удобное средство компенсации потерь кредиторов, вызванных неисполнением или ненадлежащим исполнением должником своих обязательств. В этом смысле неустойке присущи следующие черты: предопределенность размера ответственности за нарушение обязательств, о котором стороны уже знают на момент заключения договора; возможность взыскания неустойки за сам факт нарушения обязательства, когда отсутствует необходимость представления доказательств, подтверждающих причинение убытков и их размер. Кроме того, Законом продиктовано то, что неустойка по договору участия в долевом строительстве является штрафной (ст. 10 Закона) (наиболее строгой из всех существующих видов неустоек), так как в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательств по договору сторона, не исполнившая своих обязательств или ненадлежаще исполнившая свои обязательства, обязана уплатить другой стороне предусмотренные Законом и указанным договором неустойки (штрафы, пени) и возместить в полном объеме причиненные убытки *сверх* неустойки. Таким образом, Закон предоставляет сторонам возможность использования в качестве обеспечения исполнения обязательств по договору как законную неустойку, так и договорную. При этом она может быть выражена в виде штрафа (ч. 2 ст. 9 Закона) - однократно взыскиваемой суммы, которая выражается в виде процентов пропорционально заранее определенной величине, либо пени (ч.6 ст. 5 и ч. 2 ст. 6 Закона). Пеня в отличие от штрафа устанавливается на случай просрочки исполнения обязательства и, как правило, определяется в процентах по отношению к сумме обязательства, неисполненного в установленный срок; пеня представляет собой длящуюся неустойку, которая взыскивается за каждый последующий период (например, за каждый день) просрочки неисполненного в срок обязательства [25].

Важно отметить, что широко распространена точка зрения, в соответствии с которой неустойка есть одновременно и способ обеспечения обязательств, и мера гражданско-правовой ответственности. Между тем представляется необходимым разграничить неустойку как способ обеспечения исполнения обязательств и взыскание неустойки как меру ответственности. Наличие неустойки в законе или договоре стимулирует должника к исполнению своих обязанностей под страхом того, что в случае нарушения обязательства произойдет взыскание неустойки, то есть наступит ответственность. Таким образом, очевидно, когда говорится о стимулирующей функции неустойки, то речь идет о неустойке как о способе обеспечения исполнения обязательства. Если же в качестве назначения неустойки указывается компенсация потерь кредитора, то имеется в виду взыскание неустойки, то есть гражданско–правовая ответственность.

Кроме того, В. В. Витрянский высказывает мнение, в соответствии с которым законная неустойка «не может признаваться способом обеспечения исполнения обязательства, ибо никоим образом не «привязана» к какому-либо конкретному обязательству или к конкретным сторонам, вступающим в такое обязательство, а потому не может служить целям обеспечения его исполнения» [26]. С этим мнением мы не можем согласиться, так как на наш взгляд, указание на законный характер неустойки свидетельствует лишь об источнике (основании) ее происхождения, и ни о чем более. Не корректным представляется сравнение неустойки и убытков. Как следует из изложенного, неустойка – способ обеспечения исполнения обязательств.

В свою очередь К. Анненков писал: «Под обеспечением следует понимать средства и способы, направленные на укрепление обязательства, т.е. на придание им большей верности в отношении» [23].

Таким образом, законодатель, урегулировав отношения, складывающиеся в процессе участия в долевом строительстве объектов недвижимости, в качестве приоритетной цели ставит укрепление и придание стабильности этим правоотношениям. Это находит отражение и в названных в Законе способах обеспечения обязательств сторон – залог недвижимости и неустойка. Именно то обстоятельство, что эти способы имеют непосредственной целью обеспечение обязательств, то есть создание таких условий, при которых обязательства исполнялись бы надлежащим образом, позволяет выделить их среди иных средств, призванных гарантировать реальность прав, исполнение обязанностей и защиту интересов управомоченных лиц.

***2.2 Проблемы правового регулирования договора участия в долевом строительстве объектов недвижимости***

1 апреля 2005 года вступил в силу Федеральный Закон РФ от 30 декабря 2004 г. «Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации». Появление этого закона вызвало далеко не однозначную реакцию у строительных компаний и других участников рынка недвижимости, поскольку он содержит ряд положений, ограничивающих их права и делающих затруднительным привлечение средств граждан и организаций в долевое строительство. Этот Закон обсуждался и продолжает обсуждаться в средствах массовой информации, свое мнение относительно целесообразности его введения высказывают крупнейшие специалисты в области долевого строительства. Новый Закон хвалят и критикуют, радуются перспективам, которые открывает его принятие и требуют немедленного внесения в него поправок. При этом еще до вступления его в законную силу, имели место заявления, что если Закон вступит в силу в нынешнем виде, то долевое строительство в стране вообще исчезнет.

В целом можно сказать, что необходимость в данном Законе назрела давно. В течение уже почти 15 лет ведется реализация инвестиционных прав на квартиры в недостроенных домах. Кроме того, как показывает анализ рынка недвижимости, достаточно большое количество юридических лиц и предпринимателей заключают договоры, направленные на приобретение нежилых помещений (которые предполагается использовать в качестве офисов, магазинов, складов и т.п.), еще на этапе строительства. Преимущества приобретения недвижимости по договорам долевого участия в строительстве очевидны. Однако все это время отсутствовал специальный нормативный акт, регулирующий правоотношения в данной сфере. Все это порождало многочисленные проблемы: заключение договоров без наличия документации, обосновывающей строительство, двойную реализацию квартир, составление инвестиционными компаниями договоров только в своих интересах без указания сроков сдачи объектов недвижимости, без указания ответственности и т.п.

Между тем такой Закон не мог не вызвать сопротивление со стороны участников рынка. Он его и вызвал. Строители объединились и начали требовать пересмотра принятого документа, угрожая остановкой стройки, снижением объемов строительства и повышением цен на недвижимость, затягиванием сроков строительства (что позволит минимизировать штрафы), а также отменой рассрочки платежей (что должно защитить строителей от недобросовестных дольщиков) с целью минимизировать вероятность негативных последствий для себя. Кроме этого строительные компании опасаются того, что граждане могут отказаться сотрудничать с ними на новых условиях, а это в свою очередь вызовет необходимость прибегать к банковским кредитам на начальной стадии строительства. Указывая на все эти проблемы, строители требовали пересмотреть закон, внести в него поправки, расширяющие права застройщиков, а также перенести срок вступления закона в силу.

Срок вступления Закона в силу изменению не подвергся, но поправки к нему были разработаны еще в марте 2005 года. «Основная идеология предлагаемых поправок сводится к более сбалансированной защите интересов дольщиков и застройщиков, – сказал Леонид Бандорин, эксперт фонда «Институт экономики города», на базе которого действует рабочая группа по подготовке проекта поправок. – C защитой прав дольщиков данный закон переборщил» [54].

В такой конфликтной и неоднозначной обстановке начал действовать этот новый и несомненно очень важный для страны Закон.

Теперь по прошествии двух лет с момента вступления в действие указанного Закона, мы уже небезосновательно можем судить о его эффективности, а может напротив, о его бесперспективности.

Не смотря на то, что в положениях Закона даются ответы на все наиболее спорные вопросы, возникавшие в практике разрешения споров из договорных отношений в сфере финансирования строительства объектов недвижимости, он порождает новые сложности, которые непременно будут появляться в ходе его применения. Первые проблемы появились уже сейчас. Так в связи с тем, что данный Закон вызвал сопротивление со стороны участников рынка недвижимости, московские строительные компаний нашли способ обойти барьеры, выставленные Законом. Застройщики вместо заключения договора участия в долевом строительстве объектов недвижимости теперь просто продают покупателю векселя на сумму равную стоимости квартиры. Строительные компании считают, что интересы клиента в этом случае защищены, но юристы возражают: при покупке векселя можно не только не получить квартиру, но и потерять вложенные деньги [54]. Однако это не единственный вариант возможного поведения застройщиков в свете нового Закона. Уже сейчас говорят о росте цен на недвижимость, приобретаемую на этапе строительства, о затягивании сроков строительства и о многих других негативных последствиях.

Объективно оценить эффективность действия Федерального Закона РФ от 30 декабря 2004 г. «Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации» достаточно сложно.

Таким образом, анализ, проведенный в данной работе, позволяет сделать вывод о частичном соответствии норм рассматриваемого Закона провозглашаемой им цели. Так, на лицо повышение государственных гарантий защиты прав граждан, вкладывающих средства в жилищное строительство, но вот проблема повышения доступности приобретения жилья гражданами, на наш взгляд, нерешена. Н**есмотря на то, что новый Закон лучше защищает права граждан, учитывая потребности теории и практики, злоупотребления возможны и в рамках данного Закона, что приводит к практическому отсутствию реализации его норм. Это, в свою очередь, говорит о необходимости** принятия соответствующих нормативно-правовых актов, разрешающих все спорные вопросы в сфере практического применения Закона. Это, на наш взгляд, являются непосредственной задачей наших законодателей **на** ближайшее время.

ГЛАВА 3. **Соотношение договора участия в долевом строительстве объектов недвижимости с некоторыми гражданско-правовыми обязательствами**

Актуальность вопроса о соотношении договора участия в долевом строительстве с другими гражданско-правовыми обязательствами, предусмотренными Гражданским кодексом РФ, обусловлена отсутствием до 1 апреля 2005 года однозначного ответа по поводу правовой природы этого договора. Кроме того, судебная практика по рассмотрению дел, связанных с привлечением денежных средств граждан и юридических лиц в сферу строительства объектов недвижимости, не отличалась единообразием, а напротив складывалась довольно противоречиво. При этом, квалифицируя отношения, связанные с финансированием строительства, суды наиболее часто применяли к данным правоотношениям нормы о строительном подряде и положения, регулирующие отношения из договора о совместной деятельности. Объяснением этому может служить тот факт, что действительно из всех, существующих в настоящее время гражданско-правовых договоров, именно договор строительного подряда и договор о совместной деятельности наиболее близки к договору долевого участия в строительстве объектов недвижимости. Поэтому в данной работе для более детального и комплексного сравнения выбраны эти виды договоров. Кроме того, в связи с тем, что в п. 2 ст. 1 Закона прямо предусмотрено, что привлечение денежных средств граждан физическим или юридическим лицом с принятием на себя обязательств, после исполнения которых у гражданина может возникнуть право собственности на жилое помещение в строящемся многоквартирном доме, кроме как по договору участия в долевом строительстве, допускается в случаях, если это предусмотрено законодательством Российской Федерации о жилищных накопительных кооперативах, мы считаем целесообразным рассмотреть соотношение договора участия в долевом строительстве объектов недвижимости и с инвестиционным договором, регулируемым инвестиционным законодательством.

3.1 Соотношение договора участия в долевом строительстве объектов недвижимости с договором строительного подряда

Как мы уже отмечали, в юридической литературе отсутствует единство взглядов на существо договоров с участием дольщиков. Попытки отнести договор участия в долевом строительстве к договору строительного подряда в основном были связаны с возможностью применения к таким договорным отношениям законодательства о защите прав потребителей. Соответственно это увеличивало вероятность применения к застройщику гораздо большей ответственности, нежели той, которая предусмотрена общими положениями об обязательствах в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения условий договора.

Однако еще до принятия специального Закона отличия этих видов договорных обязательств были очевидны. В первую очередь это касается того, что в результате финансирования строительства объектов недвижимости зачастую возникает два вида самостоятельных правоотношений, которые на практике рассматриваются не во взаимосвязи, а раздельно [18]. В первую группу входят отношения, регламентирующие техническую сторону строительного процесса: отношения застройщика-заказчика и собственника земельного участка; отношения застройщика-заказчика и подрядчика-проектировщика; отношения застройщика-заказчика и генерального подрядчика; отношения генерального подрядчика и субподрядчика [31], - но главными здесь все же являются отношения застройщика-заказчика и подрядчика (в общем виде). Во вторую группу отношений входят отношения, которые определяют имущественную сторону процесса строительства: отношения застройщика-заказчика и участника долевого строительства.

В подтверждение данного мнения можно привести следующий пример: между радиотехническим институтом (заказчиком) и трестом «Мосстрой-43» был заключен договор подряда на капитальное строительство, по которому подрядчик взял на себя обязательство осуществить строительство жилого дома, а заказчик – оплатить стоимость строительства. На основании данного договора подрядчик, заказчик и еще два лица – инвестора заключили договор о долевом участии в финансировании строительства (ранее называемый инвестиционным договором). Инвесторы обязались предоставить заказчику инвестиционные ресурсы для оплаты стоимости строительства, а заказчик обязался передать им определенную долю жилой площади, построенной подрядчиком. Данный договор «суд обоснованно оценил как самостоятельное обязательство, имеющее своей целью привлечение дополнительных инвестиций на строительство дома за счет участников указанного четырехстороннего соглашения». Здесь же отмечается, что «Суд правильно определил правовую природу каждого из названных договоров, признав их самостоятельными обязательствами» [17]. Таким образом, на практике под инвестиционными обязательствами, как правило, рассматривают лишь обязательства между инвестором и заказчиком, а отношения между заказчиком и подрядчиком исключают. Данная позиция, на наш взгляд, вполне оправдана, так как каждое из этих правоотношений имеет свое самостоятельное значение. Это в первую очередь проявляется в объекте этих отношений. Между заказчиком и подрядчиком возникают правоотношения по поводу строительства объекта недвижимости. Объектом отношений между заказчиком и участником являются действия по распоряжению финансовыми ресурсами и вложению их в строительство. Различными в этих отношениях являются и субъекты, в результате чего инвестор (участник долевого строительства) и подрядчик становятся не связанными между собой взаимными правами и обязанностями.

Помимо разной природы этих правоотношений существует еще ряд отличий в условиях этих договоров. Так согласно ст. 740 ГК РФ по договору строительного подряда, с одной стороны, подрядчик обязан построить определенный объект недвижимости, и, с другой стороны, заказчик обязан принять и оплатить этот объект. По-нашему убеждению, словосочетание «определенный объект», означает, что существенное условие договора строительного подряда об объекте строительства может считаться согласованным только в том случае, если стороны определили качественные характеристики объекта в целом, а не только какой-то его составной части. По договору строительного подряда подрядчик создает объект и целиком передает его заказчику (ст. 753 ГК РФ). По договору участия в долевом строительстве построенный объект никогда не передается участнику (инвестору) целиком [31]. Именно поэтому в ч. 1 ч. 4 ст. 4 Закона в качестве предмета договора участия в долевом строительстве объектов недвижимости выступает подлежащий передаче конкретный объект долевого строительства, определяемый в соответствии с проектной документацией. То есть участник получает в объекте только свою долю. Каждый из них финансирует лишь часть строительства в приделах стоимости, интересующего объекта (например, двухкомнатной квартиры). Таким образом, он рассчитывает на получение в собственность от застройщика-заказчика только части построенного дома. И, наконец, после окончания строительства принимает лишь заказанную часть объекта недвижимости.

Соответственно, если предположить, что договор участия в долевом строительстве может квалифицироваться как договор строительного подряда, то в качестве объекта строительных работ в этом договоре должна указываться только часть объекта недвижимости, которую участник заказывает, оплачивает и принимает от подрядчика. Однако часть объекта недвижимости не может быть построена без возведения объекта в целом. Поскольку в договорах участия в долевом строительстве стороны не определяют объект строительства в целом, не определяют взаимные права и обязанности по строительству всего этого объекта, постольку можно заключить, что договоры участия в долевом строительстве не являются договорами строительного подряда.

Вместе с тем интересен и другой признак подряда, отраженный в приведенном в ст. 702 ГК РФ определении. Речь идет о том, что подряд охватывает не только результат работ как таковой, но и их выполнение («одна сторона обязуется выполнить по заданию другой стороны определенную работу»). Из этого вытекает, что договорное регулирование подряда включает сам ход работ. По данному договору заказчику предоставлено право осуществлять технический и финансовый контроль за ходом строительства, качеством выполняемых подрядчиком работ (п.1 ст.715 и ст.748 ГК РФ). В то время как участник долевого строительства может не обладать такими правами. Его интересует лишь конечный результат [31].

Кроме того, одной из важнейших обязанностей заказчика по договору строительного подряда, согласно ст. 747 ГК РФ, является предоставление подрядчику пригодного для строительства земельного участка. То есть заказчик заранее должен обладать каким-либо правом на данный участок (например, правом собственности или аренды). Норма ст. 747 ГК РФ устанавливает, что в договоре должны быть определены условия о площади и состоянии передаваемого участка, однако и не исключается возможность их отсутствия. В силу указанной статьи эта обязанность не может быть возложена на подрядчика. В противном случае договор считается не заключенным. В то же время, рассматривая отношения связанные с привлечением денежных средств граждан и юридических лиц для долевого строительства многоквартирных домов и иных объектов недвижимости, предоставление пригодного для строительства земельного участка участником долевого строительства вообще не допустимо. В силу ч. 1 ст. 3 Закона государственная регистрация права собственности или права аренды *застройщиком* на земельный участок, предоставленный для строительства объектов недвижимости, в состав которых будут входить объекты долевого строительства, является одним из необходимых условий возникновения у застройщика права на привлечение денежных средств дольщиков. Участник приобретает право на землю лишь с момента принятия объекта недвижимости. Такими образом, мы видим еще один аргумент в пользу разграничения договора участия в долевом строительстве от договора строительного подряда.

К тому же, договор строительного подряда должен предусматривать определенную плату за выполняемые подрядчиком работы в виде сметы (ст. 746 ГК РФ). В свою очередь цена по договору долевого участия в строительстве указывается в самом договоре (ч.1 ст.5 Закона) и отдельного составления сметы здесь не требуется.

Кроме того, по договору участия в долевом строительстве объектов недвижимости в силу Закона в качестве обеспечения исполнения обязательств застройщика выступает залог недвижимости (ст. 13 Закона). В то время как по договору подряда в качестве способа обеспечения исполнения обязательств заказчика по оплате работ ГК РФ называет лишь право подрядчика на удержание результатов работ, а также иного имущества заказчика, оказавшегося у подрядчика (ст.712 ГК РФ).

Помимо всего вышесказанного договор участия в долевом строительстве относится к договорам, требующим государственной регистрации, иначе он считается незаключенным (ч. 3 ст. 4 Закона), чего нельзя сказать о договоре строительного подряда.

Исходя из изложенного, можно сделать вывод о том, что правовая природа договора участия в долевом строительстве отлична от природы договора строительного подряда. Это как минимум выражается в разнице между объектами указанных договорных отношений. Кроме того, принимая во внимание специфику отношений связанных с привлечением денежных средств граждан и юридических лиц для долевого строительства объектов недвижимости, Закон устанавливает особые требования к застройщику, к форме договора участия в долевом строительстве, иначе определяет его предмет, права и обязанности сторон. А также устанавливает правовые последствия заключения такого договора отличные от тех, которые вытекают из договора строительного подряда.

3.2 Соотношение договора участия в долевом строительстве объектов недвижимости с договором о совместной деятельности

До принятия Закона на практике договоры участия в долевом строительстве чаще всего квалифицировались как договоры о совместной деятельности (договор простого товарищества). К такому выводу нередко приходили и судьи Высшего Арбитражного Суда РФ [16], полагая, что договорам о долевом участии в строительстве присущи некоторые особенности договора о совместной деятельности. А именно:

* стороны объединяют вклады, при этом считается, что вкладом участника (инвестора) являются денежные средства, а вкладом застройщика - услуги по организации строительства;
* у сторон имеется общая хозяйственная цель - строительство объекта недвижимости.

Однако такая позиция, на наш взгляд является неверной. В соответствии со ст. 1041 ГК РФ по договору простого товарищества (договору о совместной деятельности) двое или несколько лиц (товарищей) обязуются соединить свои вклады и совместно действовать без образования юридического лица для извлечения прибыли или достижения иной, не противоречащей закону цели.

Из вышеуказанного определения можно сделать вывод о том, что договор участия в долевом строительстве действительно может являться договором о совместной деятельности, если будет соответствовать следующим признакам: имеет место объединение двух или более лиц (товарищей (многосторонний характер)); объединение товарищей действует без образования юридического лица; объединение выражается в соединении вкладов товарищей; объединение предполагает личное участие каждого товарища в совместной деятельности; имущественные взносы участников составляют объект их общей долевой собственности; имеет место общая для всех товарищей цель; каждый участник договора о совместной деятельности должен иметь право на участие в управлении общими делами, на долю в праве на общее имущество и на получение части прибыли.

Таким образом, при наличии всех вышеперечисленных признаков договор (независимо от его названия) является договором простого товарищества (совместной деятельности), следовательно, к нему применяются положения главы 55 ГК РФ. Но договор участия в строительстве нельзя считать договором о совместной деятельности по ряду существенных признаков. На наш взгляд, это следует из того что, в большинстве случаев отсутствует признак единства целей. Граждане, как правило, преследуют цель получить жилье в собственность для дальнейшего проживания в нем, в то время как инвестиционная компания-застройщик вкладывает средства исключительно с целью извлечения прибыли. Но отсутствие данного признака признается не всеми. Например, по мнению Е.М. Щукиной, «один из участников желает удовлетворить свою потребность в жилье, другой - после окончания строительства выгодно продать квартиру, третий - обеспечить жильем своего сына и так далее. … потребности участников различны, но правовое значение имеет в данном случае только их общая цель - строительство жилого дома» [53], а то, как они распорядятся полученными долями находится уже вне рамок договора о совместной деятельности. В опровержение данного утверждения следует заметить, что участники заключают договор участия в строительстве только с застройщиком (как правило, отношения носят двусторонний характер), а между собой нет. Зачастую они могут даже не знать о существовании договоров между этой компанией и другими участниками-инвесторами, так как застройщик заключает с каждым участником отдельный договор. Поэтому цель договора - строительство объекта недвижимости, является результатом комбинации нескольких договоров, заключенных застройщиком и отдельными участниками. Иными словами, «не будет единого договора простого товарищества, объединяющего несколько лиц, в случае заключения одним лицом нескольких самостоятельных соглашений. Исходя из смысла договора, все его участники должны выразить волю на достижение соглашения между всеми участниками» [44]. Следовательно, договор участия в долевом строительстве не может считаться договором о совместной деятельности по признаку единства цели. Те более, что на практике многие авторы выделяют цель совместной деятельности участников в качестве основного признака договора простого товарищества [53]. Но нам представляется, что это все же не главный критерий, так как в большинстве случаев отсутствуют и иные признаки договора о совместной деятельности.

Например, при заключении договора о совместной деятельности происходит соединение вкладов товарищей для ведения совместной деятельности, между тем конечной целью участия граждан в строительстве многоквартирных домов является получение квартиры для проживания и взнос гражданина предназначен только для финансирования строительства конкретной квартиры [22]. Поэтому здесь нельзя говорить о соединении взносов, ведь между инвесторами не заключается соответствующего соглашения. Фактически соединение происходит только через инвестиционную компанию [41].Кроме того, в договорах участия в долевом строительстве участие граждан ограничивается простой передачей денежных средств застройщику и какого-либо личного участия в процессе строительства участники не принимают. А в договоре о совместной деятельности обязанность участников совместно действовать для достижения общей цели является необходимой (ст. 1041 ГК РФ). Очевидно, по этим признакам договор участия в долевом строительстве также отличается от договора о совместной деятельности.

Следует заметить, что еще в римском праве товарищество являлось договором строго личным, основанным на особом взаимном доверии его участников. Фидуциарный характер отношений участников договора простого товарищества сохраняется и на современном этапе развития гражданского права [36]. Партнеры вверяют друг другу часть своего имущества, которое по взаимному согласию используется для достижения поставленной цели на благо всех участников. В интересах общего дела каждому товарищу обычно предоставляется право выступать от имени всех участников (на основе доверенности), которые полагают, что никто не злоупотребит своими правами, а будет действовать добросовестно и разумно. Если товарищи договорились о совместном ведении дел, то никакую сделку в общих интересах нельзя совершить против воли хотя бы одного участника. Из содержания договора участия в долевом строительстве жилья, заключаемого между гражданином и специализированной организацией, видно, что инвестор не обладает правом на участие в ведении общих дел инвестиционной компании. Процедура прекращения договора о совместной деятельности также свидетельствует о лично-доверительном характере отношений участников простого товарищества (ст.1050 ГК РФ). Объявление одного из товарищей недееспособным, ограниченно дееспособным или безвестно отсутствующим, смерть товарища, его реорганизация может повлечь прекращение договора о совместной деятельности. Согласно договору участия в долевом строительстве аналогичные обстоятельства либо не влияют на договор, либо влекут правопреемство, в том числе в порядке наследования. Таким образом, в договоре участия в долевом строительстве отсутствует еще один признак присущий договору о совместной деятельности.

Отличительной особенностью договора о совместной деятельности является то, что внесенное товарищами имущество, которым они обладали на праве собственности, а также произведенная в результате совместной деятельности продукция и полученные от такой деятельности плоды и доходы признаются их общей долевой собственностью (ст. 1043 ГК РФ). Значит, если предположить, что общей целью инвесторов является строительство объекта недвижимости, то созданный объект должен поступить в общую собственность сторон. Однако на практике в результате исполнения условий договора участия в долевом строительстве создается не общая долевая собственность, а собственность отдельного участника на конкретную квартиру [22].Кроме того, ч. 5 ст. 16 Закона закрепляет следующее правило: «у участника долевой собственности при возникновении права собственности на объект долевого строительства одновременно возникает доля в праве собственности на общее имущество в многоквартирном доме, которая не может быть отчуждена или передана отдельно от права собственности на объект долевого строительства. Государственная регистрация возникновения права собственности на объект долевого строительства одновременно является государственной регистрацией неразрывно связанного с ним права общей долевой собственности на общее имущество». Это говорит о том, что долевая собственность у участников долевого строительства возникает только на общее имущества многоквартирного дома.

Это же мнение, на наш взгляд, можно подкрепить решением суда, вынесенным еще задолго до принятия Закона от 30 декабря 2004 г. «Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации», согласно которому отказано в иске о признании права собственности на часть здания инвестору, уплатившему две трети стоимости выполненных работ и прекратившему дальнейшие платежи. Суд признал, что «право собственности у истца в соответствии с условиями договора могло возникнуть после исполнения договора и передачи ему здания. По условиям договора создание общей долевой собственности не предусматривалось» [45].По этим основаниям все здание было передано ответчику – строительной организации. Данное решение суд вынес, ссылаясь на ст. 7 Закона РСФСР от 26 июня 1991 г. «Об инвестиционной деятельности в РСФСР», согласно которой долевая собственность у субъектов инвестиционного процесса возникает лишь на незавершенные объекты инвестиционной деятельности до момента приемки и оплаты инвестором (заказчиком) выполненных работ и услуг. А в случае отказа инвестора (заказчика) от дальнейшего инвестирования проекта он обязан компенсировать затраты другим его участникам, если иное не предусмотрено договором). Следует предположить, что, по-видимому, при разработке данной нормы на первом плане здесь была цель создания дополнительных способов обеспечения исполнения обязательств. Тогда обеспечение режима общей собственности до приемки и полной оплаты выступает как угроза инвестору потерять «предполагаемое (и уже возникшее) вещное право на объект» тем самым понуждает его к исполнению своих обязательств [46].Как видно из приведенного примера, по основанию возникновения общей долевой собственности в результате строительства договор участия в долевом строительстве нельзя считать договором о совместной деятельности.

Кроме того, бесспорность этих выводов следует и из положений ст. 11 Закона, согласно которой участнику долевого строительства предоставляется право уступить свои права требования по договору участия в долевом строительстве другому лицу, при этом нет надобности получения согласия всех остальных участников, как это было бы необходимо в случае, если бы этот договор квалифицировали как разновидность договора о совместной деятельности (ст. 252 ГК РФ).

Помимо этого, согласно ст. 1048 ГК РФ прибыль, полученная товарищами в результате их совместной деятельности, распределяется пропорционально стоимости вкладов товарищей в общее дело. В свою очередь прибыль застройщика состоит из разницы между суммой привлеченных денежных средств гражданин (инвестиционных взносов инвесторов) и фактически понесенными затратами на строительство. Следовательно, действия застройщика нельзя рассматривать как вклад в общее дело, так как в действительности они выполняются за плату [41].Таким образом, участие в деятельности по финансированию строительства объектов недвижимости, по крайней мере, для одного из ее субъектов является предпринимательской деятельностью, направленной на извлечение прибыли (либо иного полезного эффекта) из результата строительства, что также препятствует возможности отнести договор участия в долевом строительстве к договору о совместной деятельности, так как в соответствии с п. 2 ст. 1041 ГК РФ сторонами договора простого товарищества, заключаемого для осуществления предпринимательской деятельности, могут быть только индивидуальные предприниматели и (или) коммерческие организации [39].Это свидетельствует о том, что физические лица – участники (инвесторы), как правило, участвуют в таких договорах в иной роли.

Из всего вышесказанного можно сделать вывод о том, что в большинстве случаев мы не можем отнести договор участия в долевом строительстве к договору о совместной деятельности (договору простого товарищества). В пользу данного утверждения мы привели как минимум шесть доводов: во-первых, в договоре участия в долевом строительстве отсутствует единая для сторон цель; во-вторых, нет таких элементов как соединения вкладов и совместная деятельность; в-третьих, такой договор не носит доверительного характера; в-четвертых, не имеет места возникновение общей собственности на внесенное имущество и на результат строительства; в-пятых, отсутствует распределение прибыли пропорционально внесенному вкладу; и, наконец, различен субъектный состав. Помимо всего вышеперечисленного, бухгалтерский учет и налогообложение операций по договорам простого товарищества осуществляются по иной схеме, чем учет операций по договорам участия в долевом строительстве. Кроме того, участники простого товарищества должны вести отдельный баланс совместной деятельности, чего не происходит в процессе осуществления деятельности, связанной с привлечением денежных средств граждан и юридических лиц для долевого строительства многоквартирных домов и иных объектов недвижимости на основании договора участия в долевом строительстве [47].

3.3 Соотношение договора участия в долевом строительстве объектов недвижимости с инвестиционным договором

Изучая практику рассмотрения судами дел связанными с привлечением денежных средств граждан для строительства многоквартирных домов, мы приходим к выводу о том, что с целью приобретения жилых помещений граждане заключают с организациями договоры, которые чаще всего называются «Договор о долевом инвестировании», «Договор долевого участия в строительстве», «Договор финансирования строительства жилого дома», «Договор о совместном участии в строительстве дома», «Договор о долевом участии в инвестициях в строительство дома», «Инвестиционный контракт на строительство дома» и другие [41, 42]. При этом в тексте предлагаемого к подписанию договора обычно дополнительно делается ссылка на Федеральный закон от 25 февраля 1999 г. «Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений». Ввиду того, что типовая форма договоров, применяемых в сфере инвестирования строительства жилья, законодательством не утверждена, оценивая правовую природу вышеуказанных договоров, суды исходили из их содержания, а не из наименования.

Однако содержание перечисленных договоров (предмет, условия участия, взаимные права и обязанности сторон) являются практически одинаковыми, несмотря на разные названия. По сути, в каждом из таких договоров на гражданина (инвестора, дольщика) возлагается обязанность по оплате фактической стоимости строительства жилого помещения, а организация (инвестиционная компания, заказчик, застройщик) принимают на себя функции заказчика строительства определенного объекта недвижимости с обязательством передать гражданину (инвестору) в собственность обусловленное договором жилое помещение по окончании строительства и сдачи его в эксплуатацию.

Основанием выделения инвестиционного договора в отдельный вид следует считать его цель – особую причину установления обязанностей сторон (инвестор, заказчик) по данному договору, охватывающую деятельность по реализации инвестиционного проекта: помощь инвестору в выработке конечных характеристик объекта недвижимости, осуществление контроля за ходом строительства объекта, создание объекта и его передача инвестору. В результате исполнения обязательства, у инвестора возникает право собственности на объект недвижимого имущества.

Следовательно, вполне обоснован вывод, что названные выше договоры независимо от их наименования являются конструкцией инвестиционного договора, так как они регулируют отношения, складывающиеся в процессе инвестиционной деятельности и отражают специфику данного вида деятельности. Кроме того, Б.В.Муравьев исследовал элементы инвестиционного договора, определяющие его правовою природу, на примере договоров о долевом участии в строительстве (существовавших на практике до введения в действие Закона от 30 декабря 2004 года «Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации») и подобных ему договоров, так как в сфере инвестирования строительства объектов недвижимости они стали преобладающей формой взаимодействия заказчика и инвестора [41].

Однако с принятием Закона, регулирующего отношения, связанные с привлечением денежных средств граждан и юридических лиц для долевого строительства многоквартирных домов или иных объектов недвижимости на основании договора участия в долевом строительстве, можно выделить ряд отличий этого договора от инвестиционного договора, регулируемого инвестиционным законодательством. Во-первых, исходя из сущности отношений по инвестированию процесса строительства под предметом в инвестиционном договоре могут пониматься два материальных блага: [41] 1) инвестиционный взнос, передаваемый инвестором в распоряжение инвестиционной компании; и 2) та часть строящегося объект недвижимости, которая подлежит передаче в собственность инвестору. Таким образом, в договоре должно быть точно определено, что является вкладам в строительство объекта недвижимости, будь то денежные средства или другие объекты гражданских прав (п.1 ст. 1 Закона РСФСР от 26 июня 1991г. «Об инвестиционной деятельности в РСФСР» [10]). В то время как в договоре участия в долевом строительстве предметом договора является только подлежащий передаче конкретный объект долевого строительства, определяемый в соответствии с проектной документацией (ч. 4 ст. 4 Закона). При этом вкладом могут быть только денежные средства. Кроме того, в соответствии со ст. 3 Закона к застройщику, имеющему право на привлечение денежных средств участников долевого строительства для строительства объектов недвижимости, предъявляется ряд требований, не соблюдение которых влечет ответственность. В свою очередь ни Закон РСФСР от 26 июня 1991г. «Об инвестиционной деятельности в РСФСР», ни Федеральный закон от 25 февраля 1999 г. «Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений» таких требований к заказчику не содержит. Мы привели только наиболее яркие отличия рассматриваемых договоров, но далеко не все из существующих.

Изложенное выше дает основания полагать, что с введением в действие Федерального закона РФ от 30 декабря 2004 г. «Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации» в случае, если в целях регулирования отношений складывающихся в процессе финансирования строительства объектов недвижимости, будет заключен инвестиционный договор, основанный на законодательстве об инвестиционной деятельности, то такой договор будет считаться ничтожным.

Именно по этому в проекте федерального закона «О внесении изменений в Федеральный закон «Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации» предлагается уточнить соотношение применения положений Закона от 30 декабря 2004 г. с применением норм Федерального закона от 25 февраля 1999 г. «Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений», что на наш взгляд вполне обосновано. В законопроекте предлагается указать, что отношения между юридическими лицами, связанными с совместным участием в инвестиционной деятельности по строительству объектов недвижимости, не основанные на договоре участия в долевом строительстве, могут осуществляться на основании Гражданского Кодекса Российской Федерации и законодательства Российской Федерации об инвестиционной деятельности. При этом законопроект предполагает внесение дополнения в ст. 3 Закона, из содержания которой следует, что уступка требований по инвестиционным договорам физическим лицам не допускается.

# Таким образом, решение вопроса разграничения договора участия в долевом строительстве и инвестиционного договора в сфере строительства объектов недвижимости видится в необходимости уточнения существующего на данный момент Закона, что на практике пока еще не нашло отражения. При этом целью такого разграничения является не исключение из гражданского оборота инвестиционного договора как такового, а введение таких условий, которые способствовали бы развитию стабильных отношений в этой сфере, не подменяя собой правоотношений, возникающих из договора участия в долевом строительстве объектов недвижимости.

Так исходя из вышесказанного, отличие договора участия в долевом строительстве объектов недвижимости от инвестиционного договора в сфере строительства на лицо. Как минимум это выражается в различных требованиях, предъявляемых к сторонам указанных договоров, а также в этих договорах содержатся отличные по содержанию условия о предмете. Кроме того, Закон, регулирующий отношения по поводу долевого участия в строительстве, содержит огромное количество норм, направленных на защиту интересов участников долевого строительства, в свою очередь законодательство об инвестиционной деятельности дополнительных гарантий для инвесторов не содержит.

Подводя итог этой главы, отметим, что договор участия в долевом строительстве пополнил список существующих на сегодняшний день поименованных гражданско-правовых договоров Российской Федерации. Самостоятельность данного договора очевидна в силу специфики регулируемых им отношений, об этом свидетельствует и отсутствие в нем признаков других договорных обязательств.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Рассматривая договор участия в долевом строительстве объектов недвижимости, определяя его правовую природу, соотношение его с другими гражданско-правовыми договорами, анализируя положения нового Закона, вступившего в силу 1 апреля 2005 года, а также результаты его действия за два года, представляется возможным сделать следующие выводы и высказать предложения по вопросам, касающимся совершенствования гражданского законодательства.

1. Итак, «договор – невидимка», наконец, получил место в Законе. Теперь мы можем с полной уверенностью утверждать, не основываясь лишь на общих положениях об обязательствах и судебной практике, что договор участия в долевом строительстве, в силу специфики регулируемых им отношений, является самостоятельным гражданско-правовым договором, отличным от иных договорных обязательств.
2. Так по договору участия в долевом строительстве одна сторона (застройщик) обязуется в предусмотренный договором срок своими силами или с привлечением других лиц построить многоквартирный дом или иной объект недвижимости и после получения разрешения на ввод в эксплуатацию этих объектов передать соответствующий объект долевого строительства участнику долевого строительства, который в свою очередь обязуется уплатить обусловленную договором цену и принять объект долевого строительства при наличии разрешения на ввод в эксплуатацию многоквартирного дома или иного объекта недвижимости.
3. При этом, учитывая практику прошлых лет, законодатель при разработке этого Закона одной из целей поставил – обеспечение стабильности отношений, связанных с финансированием строительства, и в первую очередь строительства жилья. Одним из средств достижения этой цели стало четкое определение условий, которые обязательно должны быть согласованы, а именно: конкретный объект, подлежащий передаче участнику долевого строительства; срок его передачи; цена договора, сроки и порядок ее уплаты; а также гарантийный срок на объект долевого строительства, - иначе договор будет считаться незаключенным.
4. Законодательно закреплена обязательность государственной регистрации договоров участия в долевом строительстве в Федеральной регистрационной службе (Росрегистрация), под страхом его незаключенности, необходимость которой назрела давно. Эта мера призвана положить конец практике «двойных продаж».
5. Из анализа основных положений Закона следует, что приоритетом для законодателя являются права и законные интересы участников долевого строительства. Этим объясняется значительное увеличение объема их прав, при этом во главу стола ставятся интересы граждан-участников. Закон дает однозначный ответ на вопрос о возможности применения к рассматриваемым договорным отношениям с участием потребителя законодательства о защите прав потребителей.
6. Законодательно закреплена возможность уступки прав требования по договору участником долевого строительства, а также передачи этих прав по наследству.
7. Кроме того, в качестве еще одного средства, призванного гарантировать реальность прав, исполнение обязанностей и защиту интересов сторон договора (в первую очередь участников) в Законе названы такие способы обеспечения исполнения обязательств как залог недвижимости и неустойка.
8. Однако, не смотря на **достаточную защищенность прав участников долевого строительства, в некоторых случаях даже чрезмерную, Закон** может ударить не только по строительным компаниям, но и по лицам, вкладывающим денежные средства в строительство, а это **свидетельствует о его не**сбалансированности**.**
9. Ряд требований, предъявляемых к лицам, претендующим на роль застройщика, ограничивает их права и делает затруднительным привлечение средств граждан и организаций в долевое строительство. А в некоторых случаях применение тех мер ответственности, которые предусмотрены Законом, могу поставить застройщика в совершенно невыгодное положение, негативно сказавшись на его финансовой устойчивости.

Такой подход законодателя к решению проблем возникающих в сфере долевого строительства, на наш взгляд, не совсем оправдан. Не смотря на то, что в положениях Закона даются ответы на все наиболее спорные вопросы, возникавшие в практике разрешения споров из договорных отношений в сфере финансирования строительства объектов недвижимости, он порождает новые сложности, которые появятся в ходе его применения.

1. В целях создания реальных механизмов **практической реализации норм Закона о долевом участии необходимо** принятие соответствующих нормативно-правовых актов, разрешающих все спорные вопросы. В частности, создание более эффективных механизмов защиты имущественных интересов сторон договора участия в долевом строительстве объектов недвижимости; защиты интересов застройщиков от действий недобросовестных участников долевого строительства, в том числе и конкурентов; соблюдение баланса между размером негативных имущественных последствий для участников долевого строительства и застройщиков в зависимости от оснований их наступления.
2. Необходимо разграничение порядка и сфер применения законодательства об инвестиционной деятельности и законодательства, регулирующего отношения, связанные с привлечением денежных средств граждан и юридических лиц для создания многоквартирных домов и иных объектов недвижимости. При этом целью такого разграничения является не исключение из гражданского оборота инвестиционного договора как такового, а введение таких условий, которые способствовали бы развитию стабильных отношений в этой сфере, не подменяя собой правоотношений, возникающих из договора участия в долевом строительстве объектов недвижимости.

В заключение отметим, что будущее – за добросовестными предпринимателями, и юридически грамматными гражданами, которые понимают сущность правоотношений возникающих в процессе участия в долевом строительстве объектов недвижимости, знают как и умеют защищать свои права и законные интересы, а в реализации указанных задач им должна помочь достаточно грамотно сформированная и скорректированная, исходя из потребностей сегодняшнего дня, законодательная база.

СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННЫХ ИСТОЧНИКОВ

**Нормативно-правовые акты**

1. «Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая)» от 30.11.1994г. № 51-ФЗ (принят ГД ФС РФ 21.10.1994) (ред. от 05.02.2007)// Собрание законодательства Российской Федерации. – 1994. - № 32. - ст. 3301.;
2. «Градостроительный кодекс Российской Федерации» от 29.12.2004г. № 190-ФЗ (принят ГД ФС РФ 22.12.2004) (ред. от 29.12.2006) // Российская газета. – 2004.- № 290.;

Федеральный закон от 30.12. 2004 № 214-ФЗ (ред. от 16.10.2006) «Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации» (принят ГД ФС РФ 22.12.2004) (с изм. и доп., вступающими в силу с 01.01.2007);

Федеральный закон от 18.07.2006 № 111-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «Об участии в долевом строительстве многоквартирных жилых домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации» (принят ГД ФС РФ 30.06.2006);

Федеральный закон от 25.02.1999 № 39-ФЗ (ред. От 18.12.2006) «Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений» // Собрание законодательства Российской Федерации. - 1999. - № 9. - ст. 1096.;

1. Федеральный закон от 16.07.1998 № 102-ФЗ (ред. от 18.12.2006) «Об ипотеке (залоге недвижимости)» (принят ГД ФС РФ 24.06.1997) // Российская газета. – 1998. - № 137.;
2. Федеральный закон от 21.07.1997 № 122-ФЗ (ред. от 18.12.2006) «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» (принят ГД ФС РФ 17.06.1997)// Собрание законодательства Российской Федерации. - 1997. - № 30. - ст. 3594.;
3. Федеральный закон от 26.12.1995 № 208-ФЗ (ред. от 05.02.2007) «Об акционерных обществах» (принят ГД ФС РФ 24.11.1995) // Собрание законодательстваРФ. – 1996. - № 1. – ст.1.;
4. Федеральный закон от 07.02.1992 № 2300-1 (ред. от 25.11.2006) «О защите прав потребителей» // Российская газета. – 1996. - № 8.;
5. Федеральный закон от 26.06.1991 № 1488-1 (ред. от 10.01.2003) «Об инвестиционной деятельности в РСФСР» // Ведомости Съезда народных депутатов РСФСР и ВС РСФСР - 1991. - № 29.- ст. 1005.;
6. Федеральный закон от 13.03.2006 № 38-ФЗ (ред. От 09.02.2007) «О рекламе» // Российская газета. – 2006. - № 51.;
7. Приказ МАП РФ от 20.05.1998г. № 160 «О некоторых вопросах, связанных с применением Закона РФ «О защите прав потребителей» Зарегистрировано в Минюсте РФ 28.12.1998 № 1669 // Российская газета. – 1999. - № 5-6.;
8. Постановление ГД ФС РФ от 09.12.2005 № 2541-IV ГД «О парламентском запросе Государственной Думы Федерального Совета Российской Федерации Генеральному прокурору Российской Федерации В.В. Устинову «О многочисленных нарушениях прав и законных интересов граждан – участников долевого строительства» // Собрание законодательства РФ. – 2005. – № 51. – ст. 5497.;

**Судебные акты**

1. Информационное письмо ВАС РФ от 13.11.1997г. «Обзор практики разрешения споров, возникающих по договорам купли-продажи недвижимости» // Вестник ВАС РФ. – 1997. - №1. – С. 82-83.;
2. Информационное письмо ВАС РФ от 15.02.2001г. «Обзор практики разрешения споров, связанных с применением ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» // Вестник ВАС РФ. – 2001. - №4;
3. Информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 25.07.2000г. «Обзор практики разрешения арбитражными судами споров, связанных с договором на участие в строительстве» // Вестник ВАС РФ. – 2000. - № 9. – С. 45-47.;
4. Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 13.07. 1999г. № 2935/99 // Вестник ВАС РФ. - 1999. - № 10. – С. 21.;
5. Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 24.06.1997г. № 1665/97 // Вестник ВАС РФ. - 1997. - № 10. – С.16.;
6. Постановление Федерального арбитражного суда Северо-Западного округа от 27.08.2001 г. № А56-5094/01 // Справочная правовая система – Гарант (документ опубликован не был);
7. Постановление Федерального арбитражного суда Волго-Вятского округа от 29.01.2007 г. № А43-31292/2006-43-1038 // Справочная правовая система – Гарант (документ опубликован не был);
8. «Обобщение практики рассмотрения судами Российской Федерации дел по спорам между гражданами и организациями, привлекающими денежные средства граждан для строительства многоквартирных жилых домов» от 19.09.2002 г. // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. - 2003. - № 2. – С. 33.

**Научная и специальная литература**

**Монографии, учебные пособия**

1. Анненков К. Система русского гражданского права. Т. III: Права обязательственные. – СПб., 1901. – 546 с.
2. Аполлонов А. О., Еремичев И.А., Страунинг Э.Л. Договор долевого финансирования строительства жилья, заключаемый гражданами. – М.: Щит-М, 2003. – 188 с.
3. Брагинский М.И. Обязательства и способы их обеспечения: неустойка, залог, поручительство, банковская гарантия (комментарий к новому ГК РФ). Правовые нормы о предпринимательстве. Бюллетень. Выпуск 1.- М., 1995. – 144 с.
4. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. – М.: Статут, 2001. – 848 с.
5. Гражданское право. Том 1. Учебник / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. – М.: ТК Велби, 2002. – 77с.
6. Гражданское право: В 2 т. Том II. Полутом 1: Учебник /Отв. ред. проф. Е.А.Суханов. – М.: БЕК, 2003. – 704 с.
7. Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав. – М.: Статут, 2001. – 411 с.
8. Романец Ю.В. Система договоров в гражданском праве России. – М.: Юрист, 2001. – 494 с.
9. Шаханов А. Договор долевого участия в строительстве. – СПб.: Lex Star, 2001. – 32с.

**Статьи**

1. Богдан В.В. Гражданско-правовые способы защиты прав потребителей в сфере торговли и услуг // Юрист. – 2003. - № 7. – С. 11-17.
2. Болтанова Е.С. Правовая интерпретация государственной регистрации договоров // Журнал российского права. – 2002. - № 1. – С. 84-89.
3. Витрянский В.В. Договор продажи недвижимости // Вестник ВАС РФ. -1999. - № 9. - С. 80-115.
4. Воронин И. За строкой договора долевого участия // Бюллетень недвижимости. – 2003. - № 7. – С. 12-19.
5. Ем В.С., Козлова Н.В. Договор простого товарищества (комментарий главы 55 Гражданского кодекса Российской Федерации) // Законодательство. – 2000. - № 1. – С. 13-24.
6. Ивачев И. Новый закон – новые вопросы // Российская правовая газета «эж-Юрист». - 2005. - № 6. – С. 11.
7. Киндеева Е.А. Правовые проблемы государственной регистрации прав на вновь возведенные объекты недвижимости // Хозяйство и право. - 2000. - № 11.- С.47-51.
8. Кирюшина И.В. Правовое обеспечение прав участников долевого строительства жилья //Современные проблемы гражданского права и процесса: Сб. статей. / Отв. ред. А.В. Цихотский. – Новосибирск: Институт философии и права СО РАН. - 2002.- С. 124-125.
9. Малова Н. «Договор – невидимка» получил место в законе // Российская правовая газета «эж-Юрист». – 2005. - № 6. – С.11.
10. Муравьев Б.В. Инвестиционные обязательства в строительстве // Юрист. - 2001. - №3. – С. 44-59.
11. Незаметдинова Г. Применение цессии по договору участия в долевом строительстве // Российская правовая газета «эж-Юрист». – 2005. - № 4. – С. 8.
12. Романец Ю. Направленность договора как основа его квалификации // Право и экономика. -1999. - № 9. – С. 10-21.
13. Савельев А.Б. Договор простого товарищества // Актуальные вопросы гражданского права. - М., 1998. - С.284-306.
14. Савкин С.Ф. Споры, возникающие из правоотношений собственности и аренды (судебно-арбитражная практика) // Государство и право. – 1997. - № 2. – С. 68-76.
15. Скловский К. Квалификация отношений о застройке и право на объект строительства в судебной практике // Хозяйство и право. – 1997. - № 10. – С. 6-12.
16. Слепов Ю. Долевое строительство жилья: правовое регулирование и бухгалтерский учет // Финансовая газета. Региональный выпуск. - 2003. - № 22. – С. 40-49.
17. Сокол П.В. Отграничение инвестиционного договора в сфере жилищного строительства от смежных правовых форм // Проблемы осуществления гражданских прав: Межвузовский сборник научных трудов / Отв. ред. С.В. Мартышкин, Ю.С. Поваров, В.Д.Рузанова. - Самара., 2002. – С. 194-200.
18. Федоров С. Цена надежности // Российская правовая газета «эж- Юрист». – 2005. - № 6. – С. 10-11.
19. 19. Фоков А.В. Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости // Нотариус. – 2005. - № 2. – С. 9-15.
20. Шичанин А., Гривко О. Исполнение договорных обязательств в зеркале социальных противоречий // Хозяйство и право. - 2001. - № 2. – С. 91-99.
21. Щербинин А.Г**.** Особенности договора долевого участия граждан в строительстве жилья для личных нужд // Журнал российского права. – 2003. - № 10. – С. 14-20.

**Ресурсы Интернет**

54. А. Сидоров. Предложения по поправкам в Закон об участии в долевом строительстве подготовлены [Электрон. ресурс]: Юридический портал «Недвижимость и право». Режим доступа: World Wide Web. URL: http://www.realtylaw.ru. 14.03.2005.