## Проблемы, связанные со статусом субъектов строительной деятельности и их заменой в договорных отношениях

В связи с постоянными изменениями и развитием отношений в сфере строительства перечень субъектов строительной деятельности нельзя назвать исчерпывающим. Однако действующее законодательство детально не описывает перечень субъектов строительной сферы, их иерархию, а также не всегда дает им определение.

Путем анализа законодательства можно выделить, как минимум, 7 групп субъектов строительной сферы и охарактеризовать их статус.

### Застройщик и Заказчик

Несмотря на большую практическую необходимость, четкого определения понятия основного субъекта строительной деятельности – застройщика и его отличия от заказчика до настоящего времени законом не установлено.

На территории Украины по-прежнему применяется Положение заказчика-застройщика и технического надзора в строительстве, утвержденное постановлением Госстроя СССР от 02.02.88 г. В соответствии с данным положением под функциями заказчика понимается получение всех разрешительных документов в процессе строительства, утверждение проекта, технический надзор и обеспечение ввода объекта строительства в эксплуатацию.

Впервые на уровне закона элементы статуса застройщика были упомянуты в Законе Украины от 19.06.2003 г. № 978 «О финансово-кредитных механизмах и управлении имуществом при строительстве жилья и операциях с недвижимостью». Согласно ст. 4 данного Закона застройщиком могло стать лицо, в установленном законодательством порядке получившее право на использование земельного участка для сооружения объектов строительства и заключившее соглашение с управляющим.

Лишь в Правилах застройки г. Киева, утвержденных решением Киевского городского совета от 27.01.2005 г. № 11/2587, понятия застройщика и заказчика были разделены. При этом определено, что застройщиком является лицо, получившее право на застройку территории, строительство объекта и выполнение функций заказчика. Заказчиками являются юридические или физические лица, которые самостоятельно или по поручению инвестора (собственника объекта недвижимости) размещают заказы и заключают договора на выполнение проектно-изыскательских и строительно-монтажных работ по сооружению зданий и сооружений, прокладке инженерных сетей, сдают объект (сооружение) в эксплуатацию и выполняют прочие функции в соответствии с законодательством. Перечень функций заказчика детально прописан в вышеуказанном Положении заказчика-застройщика и технического надзора в строительстве, утвержденном постановлением Госстроя СССР от 02.02.88 г.

Также определение понятия «заказчик» можно вывести на основании ст. 875 Гражданского кодекса Украины (далее – ГКУ), в соответствии с которым заказчик – это сторона договора подряда на капитальное строительство, которая обязуется предоставить подрядчику строительную площадку (фронт работ), обеспечить его утвержденной проектно-сметной документацией, принять законченный объект и оплатить произведенные работы.

Таким образом, лицо приобретает статус застройщика как субъекта строительной деятельности с момента получения разрешения на строительство.

В соответствии со ст. 24 Закона Украины от 20.04.2000 г. № 1699-III «О планировании и застройке территории» (далее – Закон о планировании и застройке территории) право на застройку территории удостоверяется разрешением, выдаваемым местным советом, Киевской или Севастопольской городскими государственными администрациями сроком на два года.

Фактически это разрешение может выдаваться в двух формах:

– решение об отводе земельного участка под застройку (автоматически является разрешением на строительство конкретного объекта);

– решение исполкома совета о выдаче разрешения на проектно-изыскательские работы и строительство объекта – в случае, если заинтересованное лицо имеет правоустанавливающие документы на земельный участок либо согласие собственника земельного участка на его застройку, а если участок находится в пользовании – то согласие землепользователя и собственника земельного участка.

Следует отметить, что в соответствии со ст. 24 Закона о планировании и застройке территории разрешение на строительство не является основанием для начала строительных работ, так как для этого нужно предварительно получить разрешение Государственной архитектурно-строительной инспекции.

Таким образом, статус застройщика шире по содержанию, чем статус заказчика строительства. Фактически застройщик может объединять в себе как функции заказчика, так и функции генерального подрядчика и инвестора. На практике чаще всего сочетание этих функций в одних руках является невозможным или нерациональным, в связи с чем их часть передается на договорной основе третьим лицам, которые специализируются на тех или иных услугах в сфере строительной деятельности.

При этом если застройщик приобретает свой статус в административном порядке (на основании разрешения на строительство как акта органа власти или местного самоуправления), то заказчик строительства как самостоятельный субъект наряду с застройщиком появляется только на основании договорного делегирования застройщиком функций заказчика или их части иному лицу. Данный договор по своему характеру является смешанным и несет в себе одновременно признаки договора поручения, договора на оказание услуг, а также иногда и доверительного управления имуществом. В таком договоре следует четко указывать конкретный перечень функций заказчика, которые передаются застройщиком иному лицу, а также порядок оплаты услуг этого лица.

### Органы власти и местного самоуправления

Следует отметить, что этот блок субъектов весьма обширен в силу большой «зарегулированности» строительной отрасли подзаконными актами, что является лишним тормозом в ее эффективном развитии.

К ним относятся:

– органы государственной власти, которые устанавливают основы правового регулирования строительной деятельности (например, Верховная Рада

Украины, Кабинет Министров Украины, министерства и ведомства);

– органы государственной власти, осуществляющие разрешительные и надзорные функции в сфере строительной деятельности (Министерство регионального развития и строительства Украины, Государственная архитектурно-строительная инспекция, Государственный комитет по земельным ресурсам Украины, Санитарно-эпидемиологическая служба Украины,

Государственная экологическая инспекция, Государственная инспекция по контролю за охраной и использованием земель, Государственная инспекция по надзору за охраной труда и котлонадзору, Государственная комиссия по ценным бумагам и фондовому рынку Украины, Государственная комиссия по регулированию рынка финансовых услуг Украины и др.;

– органы местного самоуправления – органы, которые согласно Конституции и законам Украины управляют имуществом, которое находится в коммунальной собственности, регулируют земельные отношения и осуществляют контроль за соблюдением градостроительного законодательства на соответствующей территории, реорганизуют и ликвидируют коммунальные предприятия, организации и учреждения, а также осуществляют контроль за их деятельностью, решают иные вопросы местного значения, отнесенные законом к их компетенции.

### Инвесторы

К сожалению, законом пока не дано определение понятия «инвестор» в сфере строительства. В связи с этим следует руководствоваться определением этого понятия, сформированным на основании анализа действующего законодательства и подзаконных актов.

За основу можно взять определение, предусмотренное Правилами застройки г. Киева. В соответствии с ним инвесторами являются субъекты инвестиционной деятельности, которые принимают решение о вложении собственных, заимствованных и привлеченных имущественных и интеллектуальных ценностей в строительство объекта инвестирования, обеспечивают его финансирование и распоряжаются вложенными инвестициями по своему усмотрению с целью получения прибыли (дохода) или социального эффекта.

Такое определение в целом правильно соотносится с общими определениями понятий инвестиций, инвесторов и инвестиционной деятельности, изложенными в Законе Украины от 18.09.91 г. № 1560-XII «Об инвестиционной деятельности».

Можно утверждать, что в сфере строительной деятельности понятие инвестора является родовым, т. е. оно объединяет следующие условные группы лиц в зависимости от степени их участия в проекте:

– генеральный инвестор – инвестор, который самостоятельно полностью финансирует строительство с его начала и до введения объекта в эксплуатацию;

– соинвесторы – инвесторы, которые включаются в процесс финансирования строительства в его процессе совместно с главным инвестором;

– инвесторы-покупатели – конечные потребители инвестиционного продукта, которые в обмен на внесенные собственные инвестиции получают заранее определенные доли в праве собственности на возведенный объект (преимущественно в жилом строительстве).

Участие инвестора как самостоятельного субъекта в процессе строительства осуществляется на договорных началах с застройщиком (либо заказчиком, если ему предоставлены полномочия по привлечению инвесторов). В зависимости от договоренностей, он может также осуществлять и функции иных субъектов строительной деятельности, в т. ч. и генподрядчика, девелопера, заказчика и т. д.

Отношения инвестора с застройщиком могут быть оформлены как договорами инвестирования, договорами о совместной деятельности (кроме жилого строительства), предварительными договорами купли-продажи недвижимости, так и путем приобретения ценных бумаг (облигации, опционы) застройщика-эмитента и институтов совместного инвестирования, а также посредством фондов финансирования строительства. Очень важным здесь является четкое определение порядка передачи подрядчиком возведенного объекта или его части инвесторам, а также установление гарантий этой передачи по завершении строительных работ.

Ввод объекта в эксплуатацию осуществляется в соответствии с Порядком принятия в эксплуатацию завершенных строительством объектов, утвержденным постановлением Кабинета Министров Украины от 22.09.2004 г. № 1243. Именно после ввода возведенного объекта в эксплуатацию он становится полноценным объектом гражданского оборота и распределяется между инвесторами и застройщиком.

Процедура ввода в эксплуатацию и оформления правоустанавливающих документов на возведенный объект состоит из следующих стадий:

– принятие объекта рабочей комиссией заказчика;

– принятие объекта государственной приемочной комиссией, в которую помимо представителей заказчика и подрядчика входят представители контролирующих органов и местного исполкома (государственной администрации);

– оформление акта ввода в эксплуатацию и его утверждение исполкомом местного совета или государственной администрацией;

– техническая инвентаризация объекта, проводимая местным БТИ;

– оформление свидетельств о праве собственности на объект;

– государственная регистрация указанных свидетельств, которая до настоящего времени также проводится соответствующими бюро технической инвентаризации.

На практике взаимоотношения инвесторов и застройщика по поводу оформления права собственности на возведенный объект реализуются двумя путями:

1) застройщик выступает первичным собственником, т. е. после ввода в эксплуатацию объекта оформляет его целиком в свою собственность, а потом по нотариально заверенным договорам купли-продажи или мены передает его инвесторам. Этот способ используется, когда строительство жилья производилось за счет приобретения инвесторами целевых и дисконтных облигаций, опционов, предварительных договоров купли-продажи;

2) инвестор выступает первичным собственником объекта. В этом случае после принятия комиссией объекта в эксплуатацию для оформления свидетельств о праве собственности застройщик передает в соответствующий исполком местного совета или Киевскую (Севастопольскую) городскую государственную администрацию весь пакет документов, связанных с проведением строительства, в т. ч. перечень инвесторов и полагающихся им помещений в объекте. Свидетельства о праве собственности на конкретные помещения в объекте выдаются на имя соответствующих инвесторов.

### Проектировщик

Проектировщик, качество работы которого соответствует цене, является одним из самых востребованных участников строительно-инвестиционного процесса. На законодательном уровне определения этого понятия нет. Вместе с тем, ГСН А.2.2-3-2004 «Проектирование. Состав, порядок разработки, согласования и утверждения проектной Документации для строительства», утвержденные приказом Госстроя Украины от 20.01.2004 г. № 8, предусматривают, что проектировщик – это юридическое или физическое лицо – субъект хозяйственной деятельности, которое получило лицензию на право разработки проектной документации или ее отдельных разделов.

Таким образом, проектирование как отдельный вид хозяйственной деятельности подлежит обязательному лицензированию.

Следует отметить, что ст. 891 ГКУ и ст. 324 Хозяйственного кодекса Украины (далее – ХКУ) именно на проектировщиков возлагают ответственность за недостатки проектно-сметной документации, выявленные в ходе строительства, а также в процессе эксплуатации объекта. В подобных случаях проектировщики обязаны компенсировать причиненные убытки. Поэтому многие из них страхуют свои риски, а значит, повышают привлекательность для застройщика.

Взаимоотношения между застройщиком (заказчиком) и проектировщиком основываются на договорных началах путем заключения договора подряда на проведение проектно-изыскательских работ.

При этом соответствующим договором может быть предусмотрено, что проектировщик может осуществлять как весь комплекс работ непосредственно, так и поручать исполнение отдельных элементов иным проектировочным организациям. Во втором случае он выступает генеральным проектировщиком (по аналогии с генеральным подрядчиком), ответственным перед заказчиком за результаты работ привлеченных им проектировочных организаций.

Проектировщик может осуществлять как подготовку предпроектной и проектной документации, так и предоставлять инженерно-консультационные услуги, осуществлять авторский и технический надзор. Застройщикам в договорах на выполнение проектно-изыскательских работ рекомендуется четко предусматривать, что ответственность проектировщик несет не только за соответствие проектной документации градостроительным и архитектурным требованиям, исходным данным и разрешительной документации, но и за высокое художественное качество проекта, его эксплуатационную надежность.

### Подрядчик

Исходя из трактования ст. 875 ГКУ, подрядчик – это сторона договора подряда, которая на основании утвержденной проектно-сметной документации на свой риск из своих или из материалов заказчика осуществляет выполнение необходимых для строительного процесса работ и обязуется передать результат этих работ заказчику.

Как правило, для выполнения всего комплекса работ на крупных объектах необходима слаженная работа большого количества подрядчиков, которые специализируются на конкретных видах работ.

Действующее до настоящего времени Положение о подрядных контрактах в строительстве Украины, утвержденное протоколом Научно-технического совета Министерства Украины по делам строительства и архитектуры от 15.12.93 г. № 9, предусматривает следующие виды подрядчиков в зависимости от степени их участия в процессе строительства:

– генеральный подрядчик – подрядчик, который отвечает за выполнение всего комплекса работ, предусмотренных заказом, передачу их заказчику и обеспечение координации деятельности субподрядчиков;

– главный подрядчик – подрядчик, который отвечает за выполнение части работ на объекте, сдает их генеральному подрядчику или заказчику и обеспечивает координацию деятельности субподрядчиков в соответствующей части работ;

– субподрядчики – подрядчики, которые выполняют специальные и отдельные виды работ по договоренности с генеральным подрядчиком, главным подрядчиком или заказчиком.

Непосредственное осуществление строительных работ регулируется системой подрядных договоров между заказчиком, генеральным подрядчиком и субподрядчиками. В соответствии со ст. 323 ХКУ стороны при заключении договоров подряда должны руководствоваться Общими условиями договоров подряда, утвержденными постановлением Кабинета Министров Украины от 01.08.2005 г. № 668.

Во избежание конфликтов распределять функции и полномочия сторон рекомендуется в соответствии с Положением о взаимоотношениях организаций – генеральных подрядчиков с субподрядными организациями, утвержденным протоколом Научно-технического совета Государственного комитета Украины по вопросам градостроительства и архитектуры от 14.12.94 г. № 4.

Несмотря на рекомендательный характер, данное положение является весьма актуальным и полезным в детальном урегулировании подрядных отношений.

### Девелопер

Это относительно новые и ранее неизвестные отечественному законодательству субъекты строительной деятельности.

С учетом практики их работы и международного опыта можно сказать, что девелоперы – это лица, осуществляющие управление проектом от идеи (концепции) до ее реализации. При этом в международной практике интерес девелопера состоит не только в постройке объекта, но и в получении прибыли от его дальнейшего коммерческого использования (например, части прибыли от сдачи в аренду).

Иными словами, девелопер должен обеспечить реализацию процесса создания нового объекта недвижимости, освободив от этих забот застройщика. В функции девелопера входит как подбор команды участников проекта, так и маркетинговые исследования, организация проектирования, строительства, разработка порядка финансирования, бухгалтерский учет и управление имуществом.

Выделяют две принципиальные схемы работы взаимоотношений девелопера и застройщика:

– девелопер не берет на себя финансирование проекта и работает на гонораре в размере до 10 % от стоимости проекта (fee development). Его задача сводится к проектированию на деньги инвестора, необходимым согласованиям с властями, строительству и сдаче площадей. Ко всем работам он привлекает соответствующих специалистов, но ответственность за весь проект полностью несет сам;

– девелопер сам финансирует проект и руководит процессом его реализации (speculative development). Этот вид девелопмента является очень рискованным (но при этом и высокодоходным) видом бизнеса, основной проблемой которого является построение системы финансирования проекта.

Эта система представляет собой комбинацию собственных средств девелопера, привлеченных им инвестиций, банковских кредитов и т. д. При смешанном финансировании девелопер сможет претендовать на получение в собственность до половины площадей возведенного объекта либо на половину доходов от его коммерческого использования.

### Посредники

Безусловно, такой сложный процесс, как строительство любых крупных объектов с учетом недостатков и пробелов законодательства на сегодняшний день практически не может обойтись без посредников.

По сути, посредники представляют собой инфраструктуру строительно-инвестиционного процесса, обеспечивающую решение финансовых проблем участников строительства.

Условно их можно подразделить на несколько групп:

– банки и финансовые учреждения (предоставление кредитов и займов, организация фондов финансирования строительства);

– институты совместного инвестирования (корпоративные и паевые инвестиционные фонды);

– субъекты рынка ценных бумаг (торговцы ценными бумагами, хранители, регистраторы, депозитарии);

– субъекты рынка недвижимости (риелторы).

Такое многообразие вызвано, прежде всего, тем, что строительство является весьма капиталоемким процессом, в связи с чем повсеместно возникает проблема с финансированием проекта и оптимизацией его налогообложения.

При этом следует отметить, что собственно финансирование проектов обеспечивают лишь первая и вторая из указанных групп посредников. Остальные группы или обеспечивают соблюдение законодательно установленной процедуры перехода капитала от инвесторов к застройщику или заказчику (субъекты рынка ценных бумаг) либо влияют на определение стоимости проекта и объемов его финансирования (субъекты рынка недвижимости). Влияние на строительные процессы со стороны последних двух групп субъектов хозяйствования лишь увеличивается, а значит, есть основания для того, чтобы их также относить к субъектам строительной сферы.

Часто на практике возникает вопрос с последствиями замены лица, исполняющего функции заказчика, генерального проектанта и генерального подрядчика.

Отношения участников строительства, как и любого сложного процесса, таят в себе определенные «подводные камни». Очень часто в самом начале реализации проекта стороны четко не обсуждают возможность и порядок выхода из проекта кого-либо из них. В результате из-за какого-нибудь конфликта и без четкой договоренности по данному поводу стороны начинают уделять все свое внимание судебным спорам друг с другом, отчего реализация проекта приостанавливается на неопределенный срок.

В самой по себе замене участника проекта на другое лицо нет ничего плохого. Если есть возможность привлечь к участию в проекте с меньшими затратами более профессионального девелопера, проектировщика или генерального подрядчика, то почему бы ее не использовать?

С юридической точки зрения основной проблемой замены лица, выполняющего функции заказчика, а также генерального проектировщика и генерального подрядчика, является передача от них соответствующей документации и имущественных прав новому участнику проекта. Во избежание конфликтной ситуации в соответствующих договорах рекомендуется прописывать порядок выхода одной из сторон из проекта и порядок передачи ею соответствующей документации.

Одновременно для обеспечения надлежащего поведения генерального подрядчика, проектировщика или заказчика застройщику рекомендуется предусмотреть возможность уступки ими имущественных прав с отлагательным условием (например, в случае отказа генерального проектировщика выполнить письменные указания застройщика (заказчика) в 5-дневный срок все имущественные права по разработке проектной документации переходят к застройщику (заказчику), а проектировщик в этот же срок обязан передать ему всю разработанную документацию). Это условие может быть оформлено как отдельным договором, так и включено в основной договор в качестве его раздела.

Такой вариант решения проблемы тем более актуален в случае выхода из проекта лица, на которое оформлялись разрешительные документы, поскольку у оставшихся участников проекта возникнут проблемы с продолжением работ. Правда, при этом не исключено, что придется заново оформлять разрешения, поскольку в тексте ранее выданных документов не будет фигурировать новый участник проекта.

Отношения сторон строительного процесса не рекомендуется регулировать одним общим многосторонним договором, т. к. это повлечет излишние нагромождения в его тексте, а значит, создаст угрозу пропуска существенных моментов, без которых договор в соответствующей части будет признан недействительным или ничтожным. Главное, чтобы взаимоотношения всех участников были четко прописаны в договорах, а их существенные условия были заранее оговорены сторонами.

В завершение хотелось бы отметить, что установление законодательных определений участников строительного процесса в значительной мере способствовало бы повышению прозрачности их отношений, а значит, и защите прав и законных интересов субъектов хозяйствования.

Распределение функций при осуществлении строительного процесса нельзя считать негативным явлением, поскольку одно и то же лицо просто не в состоянии качественно и полностью охватить все аспекты строительства и одновременно выступить в качестве всех субъектов строительной деятельности.

**Литература:**

1. http://www.ab.net.ua
2. Закон Украины от 19.06.2003 г. № 978 «О финансово-кредитных механизмах и управлении имуществом при строительстве жилья и операциях с недвижимостью»
3. Гражданский кодекс Украины
4. Хозяйственный кодекс Украины