

А.В. СМІТЮХ

Правові аспекти інвестування у будівництво житла

КІЇВ
ВИДАВНИЦТВО
ІСТИНА
2012

А.В. Смітюх

Правові аспекти інвестування у будівництво житла

Практичний посібник

Київ
Видавництво «Істина»
2012

ББК 67.9 (4УКР)305

С72

С72 Смітюх А.В. Правові аспекти інвестування у будівництво житла: Практичний посібник. – К.: Істина, 2012. – 184 с.

ISBN 978-966-8909-80-1

У цьому виданні розглядаються положення законодавства України, що регулюють правові аспекти інвестування у будівництво житлової нерухомості. У книзі висвітлюються питання процедури юридичного оформлення будівництва житла від початку розробки містобудівної документації до оформлення права власності, з урахуванням положень Закону України від 17 лютого 2011 р. «Про регулювання містобудівної діяльності» та прийнятих на його виконання підзаконних нормативно-правових актів. Особливу увагу приділено як передбаченим законодавством, так і таким, що склалися *de facto*, інвестиційним схемам фінансування будівництва житла.

Книга призначається для юристів-практиків та підприємців, інвесторів, які планують вкласти кошти в інвестування будівництва житла; вона буде корисною для студентів та викладачів юридичних та економічних вузів, а також широкого загалу читачів.

ББК 67.9(4УКР)305+67.305

ISBN 978-966-8909-80-1

© Смітюх А.В., 2012 р.

© Видавництво «Істина», 2012 р.

ЗМІСТ

ПЕРЕЛІК СКОРОЧЕНЬ	5
ПЕРЕДМОВА	7
I. ЗАГАЛЬНІ ПРАВОВІ АСПЕКТИ ІНВЕСТИЦІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ	
1.1. Поняття інвестицій	10
1.2. Інвестиційна діяльність	11
1.3. Класифікації інвестицій у будівництво житла	12
1.4. Інвестування як господарська операція	15
II. ЮРИДИЧНІ АСПЕКТИ ПРОЦЕДУРИ БУДІВНИЦТВА	
2.1. Будівництво як засіб здійснення креативних інвестицій у нерухомість	18
2.2. Містобудівна документація та її правове значення	20
2.3. Правовий статус забудовника і загальна характеристика правової процедури будівництва	30
2.4. Будівельний паспорт забудови земельної ділянки	34
2.5. Проектування об'єктів будівництва	35
2.6. Правове регулювання стадії будівництва	43
2.7. Прийняття в експлуатацію закінчених будівництвом об'єктів	56
2.8. Виникнення, оформлення та реєстрація права власності на новозбудовану нерухомість	58
2.9. Правовий статус об'єктів незавершеного будівництва	67
2.10. Пайова участь інвестора-збудовника у розвитку інфраструктури населеного пункту	72
2.11. Комплексна реконструкція застарілого житлового фонду	74

III. ІНВЕСТИЦІЙНІ СХЕМИ ФІНАНСУВАННЯ БУДІВНИЦТВА ЖИТЛА	
3.1. Загальна характеристика засобів інвестування в будівництво житла	79
3.2. Інвестування будівництва житла через договори, заборонені ст. 4 Закону «Про інвестиційну діяльність»	84
3.3. Інвестування у будівництво житлової нерухомості через фонди фінансування будівництва	86
3.4. Інвестування у будівництво житлової нерухомості через емісію облігацій	106
3.5. Інвестування у будівництво житла через ІСІ	119
3.6. Інвестування у будівництво житла через фонди операцій з нерухомістю	137
3.7. Особливості інвестування у будівництво житла в умовах фінансової кризи	147
IV. ЮРИДИЧНИЙ СУПРОВІД ІНВЕСТИВАННЯ У БУДІВНИЦТВО ЖИТЛА	
4.1. Поняття і загальні засади юридичного супроводу інвестиційної діяльності	152
4.2. Основні етапи юридичного супроводу інвестиційної діяльності	154
4.3. Правовий аналіз (Due Diligence) при здійсненні інвестування у будівництво житла	158
ВИСНОВКИ	171
ДОПОМІЖНІ ТАБЛИЦІ	174

ПЕРЕЛІК СКОРОЧЕНЬ

АМКУ	Антимонопольний комітет України
ДАБІ	Державна архітектурно-будівельна інспекція
ДАБК	Державний архітектурно-будівельний контроль
Держінформнауки	Державне агентство з питань науки, інновацій та інформатизації України
Держінвестпроект	Державне агентство з інвестицій та управління національними проектами України
Інспекція ДАБК	Інспекція державного архітектурно-будівельного контролю
НКРРФП	Національна комісія з регулювання ринків фінансових послуг
НКЦПФР	Національна комісія з цінних паперів та фондового ринку
ДПІ	Державна податкова інспекція
ЗП	Завдання на проектування
ІСІ	Інститути спільного інвестування
КІФ	Корпоративний інвестиційний фонд
КМ України	Кабінет Міністрів України
КУА	Компанія з управління активами
МБУО	Містобудівні умови і обмеження
Мінбуд	Міністерство регіонального розвитку, будівництва та житлово-комунального господарства
Мінфін України	Міністерство фінансів України
Мінекономрозвитку	Міністерство економічного розвитку і торгівлі України
МОН України	Міністерство освіти і науки, молоді та спорту України
НБУ	Національний банк України
ПІІ	Підприємство з іноземними інвестиціями
ПІФ	Пайовий інвестиційний фонд

ТУ	Технічні умови
Укрдержреєстр	Державна реєстраційна служба України
ЦМК	Цілісний майновий комплекс
ЦП	Цінні папери
ФОН	Фонд операцій з нерухомістю
ФФБ	Фонд фінансування будівництва
DD	Due Diligence

ПЕРЕДМОВА

Інвестування у будівництво житлової нерухомості є, напевне, основним – разом з інвестуванням у житло на т.зв. «вторинному ринку» – напрямом інвестування дрібних інвесторів – пересічних українських громадян. Такий стан речей обумовлений декількома обставинами.

По-перше – це нерозвинутість ринку цінних паперів, на якому дрібні інвестори могли б здійснювати портфельне інвестування (об’єктивний чинник), разом з негативним досвідом участі значної частини населення у фінансових пірамідах на початку 90-х років ХХ ст., що породжує масову недовіру пересічних громадян до інструментів фінансового інвестування (суб’єктивний чинник). Порівняно з цінними паперами житлова нерухомість виглядає цілком зрозумілим, реальним, надійним об’єктом інвестування.

По-друге – недостатня забезпеченість житлом міського населення України (об’єктивний чинник) через низку історичних причин. Радянська влада добре усвідомлювала виклики хвиль урбанізації, що стали слідством як довоєнної індустріалізації, так і післявоєнної відбудови народного господарства, і докладала величезних зусиль для налагодження масового будівництва житла, утім, на момент розпаду СРСР далеко не кожна сім’я мала власне житло. Ситуацію погіршила також остання, пострадянська хвиля урбанізації, пов’язана з масовим виїздом сільської молоді до міст-мільйонників у зв’язку з повною для них безперспективністю життя на селі. Отже, інвестування громадян у будівництво нерухомості часто має суто соціальну мотивацію: багато людей інвестує у житло, що будується, не для вкладення заощаджень чи отримання спекулятивного доходу від перепродажу нерухомості, а щоб особисто використувати житло за його основним призначенням, тобто щоб жити в ньому.

По-третє – під час будівельного буму 2000-х років було закладено багато об'єктів будівництва, отже, існує досить велика пропозиція об'єктів цього виду інвестування (об'єктивний чинник).

Отже, хоча девіз «нерухомість буде дорожчати завжди» давно втратив актуальність, громадяни продовжують інвестувати у будівництво житла, незважаючи на ризики. У свою чергу ризики, що виникають у інвестора при інвестуванні у будівництво житла, можна поділити на 3 великі групи: технічні (пов'язані з якістю житла, що будується); економічні (пов'язані з фінансовим станом як самого інвестора, так і забудовника); нарешті – юридичні.

Для прийняття рішення щодо здійснення інвестування громадянин має оцінити і зрозуміти всі ці ризики, кожний з яких має власну специфіку. Звісно, у сучасних умовах світова економічна криза робить найбільш вагомими економічні ризики будівництва. Технічні ризики будівництва залежать лише від добросовісності і майстерності забудовника і підрядника. Що стосується юридичних ризиків, то вони мають системний характер і обумовлені дефектним, на мій погляд, підходом законодавця до регулювання відносин інвестування будівництва житла.

У цій книзі особливу увагу приділено:

– питанням процедури юридичного оформлення будівництва житла від початку розробки містобудівної документації до оформлення права власності з урахуванням положень нового Закону України від 17 лютого 2011 р. «Про регулювання містобудівної діяльності» та прийнятих на виконання цього документу підзаконних актів;

– передбаченим законодавством і таким, що склалися de facto, інвестиційним схемам фінансування будівництва житла (інвестиційні договори, фонди фінансування будівництва, фонди операцій з нерухомістю, цільові «будівельні» облігації, дисконтні облігації, інститути спільного інвестування);

– методології здійснення юридичного супроводу інвестування у будівництво житла, особливо правовому аналізу об'єкту інвестування (Due Diligence) при здійсненні інвестування у будівництво житла.

Отже, це видання адресоване, насамперед, юристам, які консультують пересічних інвесторів – громадян у їх відносинах зі забудовниками щодо юридичних ризиків, які виникають у зв'язку здійсненням інвестування у будівництво житла, власне інвесторам, які планують вкладати кошти в будівництво житла, а також студентам та викладачам юридичних та економічних вузів.

I. ЗАГАЛЬНІ ПРАВОВІ АСПЕКТИ ІНВЕСТИЦІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

1.1. Поняття інвестицій

Законодавство України містить 2 легальні визначення поняття «інвестиції»:

- Згідно зі ст. 1 Закону України від 18 вересня 1991 р. «Про інвестиційну діяльність» інвестиціями є всі види майнових та інтелектуальних цінностей, що вкладаються в об'єкти підприємницької та інших видів діяльності, в результаті якої створюється прибуток (доход) або досягається соціальний ефект;
- Згідно з п. 14.1.81 Податкового кодексу (ПК) України інвестиція визначається як господарська операція, яка передбачає придбання основних фондів, нематеріальних активів, корпоративних прав і цінних паперів (ЦП) в обмін на кошти або майно.

Перше визначення акцентує на тому, **що** вкладається (інвестиція – певна цінність, що вкладається), і на **меті** інвестування (отримання прибутку або досягнення соціального ефекту), не визначаючи засобу інвестування, тоді як друге визначення робить акцент на засобі інвестування (придбання, тобто лише купівля-продаж), а також на об'єкті інвестування, на тому, **куди** вкладається інвестиція.

На мою думку, викладене у ПК України визначення надто звужує коло інвестиційних відносин, оскільки з них виявляється штучно вилученою ціла низка характерних, суто інвестиційних форм, наприклад, інвестування в об'єкти нерухомості, що будуються через ФФБ, або інвестування при будівництві нерухомості господарським способом. Економісти, у свою чергу, піддають це визначення критиці за те, що воно не наголошує на меті інвестування, прирівнює інвестицію, яка є капіталом, що вкладається, до самої господарської операції вкладення, а також за прив'язування інвестиції до обміну, тоді як визначальним для

інвестиції є не обмін, а саме вкладення¹. Ці зауваження слід визнати справедливими, особливо при цьому слід наголосити на тому, що інвестиції як цінності, що вкладаються, не слід змішувати з вкладенням інвестицій, тобто інвестуванням або інвестиційною операцією.

Отже, надалі будемо виходити з визначення інвестицій, наведеного у ст. 1 Закону «Про інвестиційну діяльність», тим більше, що сфера застосування ПК України обмежується податковими відносинами.

1.2. Інвестиційна діяльність

Згідно з ч. 1 ст. 2 Закону «Про інвестиційну діяльність» нею є сукупність практичних дій суб'єктів права щодо реалізації інвестицій. Пункт 4 Положення (стандарту) бухгалтерського обліку 4 «Звіт про рух грошових коштів», затв. наказом Мінфіну України від 31 березня 1999 р. № 87, визначає інвестиційну діяльність інакше, а саме – як придбання та реалізацію тих необоротних активів, а також тих фінансових інвестицій, які не є складовою частиною еквівалентів грошових коштів.

Утім, крім легальних, існують також доктринальні визначення цього поняття. М.П. Денисенко визначає інвестиційну діяльність як комплекс заходів і дій фізичних і юридичних осіб, які вкладають свої ресурси з метою отримання прибутків², О.М. Вінник – як різновид господарської діяльності, тобто як систематичні дії організаційно-майнового характеру, спрямовані на вкладення інвестицій, на довготривалій або постійній основі, з метою визначення соціально-економічного ефекту, насамперед – отримання прибутку³.

Інвестиційну діяльність як і будь-яку іншу можна розглядати через категорії суб'єкту і об'єкту.

¹ Майорова Т.В. Інвестиційна діяльність: Підручник. – К.: Центр учбової літератури, 2009. – С. 7.

² Денисенко М.П. Основи інвестиційної діяльності: Підручник. – К.: Алерта, 2003. – С. 59.

³ Вінник О.М. Інвестиційне право: Навчальний посібник. – К.: Юридична думка, 2005. – С. 11-12.

Так, **об'єктами інвестиційної діяльності** може бути будь-яке майно та майнові права з обмеженнями, прямо визначеними законом. Об'єкт інвестування – це те майно, в яке здійснюється інвестиція.

Різницю між об'єктом інвестування і самою інвестицією можна побачити на наступних простих прикладах:

- Фізична особа за договором купівлі-продажу купує об'єкт нерухомості – квартиру. Тут об'єктом інвестування є квартира, а інвестицією – сплачені за неї грошові кошти;
- Юридична особа вносить як вклад до статутного капіталу ТОВ акції АТ. Тут інвестицією є акції АТ, а об'єктом інвестування – корпоративні права, що виникають з володіння часткою у ТОВ.

Суб'єктами інвестиційної діяльності є насамперед **інвестори**, тобто – як їх визначає ч. 1 ст. 5 Закону «Про інвестиційну діяльність» – особи, які приймають рішення про вкладення власних, позичкових або залучених цінностей в об'єкти інвестування, а також інші учасники інвестиційної діяльності, тобто контрагенти інвесторів за вчиненими ними правочинами, через які здійснюється інвестування, державні органи і органи місцевого самоврядування, їх посадові особи, посередники, торговці цінними паперами, інші учасники ринку цінних паперів.

При здійсненні різних видів інвестицій і на різних стадіях інвестування інвестор має різні назви (забудовник, інвестор, власник нерухомості, довірчий власник, установник управління, власник ЦП, покупець тощо) і, відповідно, різний правовий статус, утім, всі ці правові ситуації за участі інвестора об'єднує його правовий зв'язок з інвестицією і мета інвестування.

1.3. Класифікації інвестицій у будівництво житла

У законодавстві і спеціальній літературі наводиться велика кількість класифікацій, пов'язаних з інвестиціями.

Предмет цього дослідження обмежується інвестиціями, які здійснюються у будівництво житла.

Як правило, інвестор, який здійснює такі інвестиції, планує отримати житло, яке будується, у власність, утім, можливе також інвестування, за якого інвестор не стає власником житла після введення об'єкту будівництва в експлуатацію. Це відбувається при фінансуванні будівництва житла через ФОН чи ІСІ. Зазначені інвестиційні схеми передбачають залучення коштів інвесторів у будівництво житла через емісію цінних паперів, причому збудоване житло відчужується емітентом на користь третіх осіб, а інтерес інвестора полягає в отриманні прибутку від погашення цінних паперів за рахунок коштів, отриманих від продажу нерухомості.

Отже, інвестування, за якого інвестор стає власником житла, яке побудоване за його кошти, можна розглядати як **реальне або капітальне**, тоді як інвестування, за якого інвестор не набуває житло у власність, а отримує лише кошти від погашення цінних паперів, є **фінансовим**, а саме – **портфельним** інвестуванням.

Також при інвестуванні у будівництво житла кошти спрямовуються, як правило, безпосередньо на створення нової цінності – нерухомого майна. Утім, можливі також інвестиції, за рахунок яких інвестор не створює, а набуває щось – наприклад, інвестиції у придбання земельної ділянки для будівництва чи об'єкту незавершеного будівництва.

Такі інвестиції називають **креативними** (від англ. creation – створення), тобто такими, що спрямовані на створення нового майна або прав та **аквізаційними** (від англ. acquisition – придбання), тобто такими, що спрямовані на придбання вже існуючих прав або майна). При цьому аквізаційна інвестиція може бути одним з етапів, складовою частиною креативної інвестиції (придбання земельної ділянки – аквізаційна інвестиція, на якій згодом будується комплекс будівель – креативна інвестиція).

За природою цінностей, що інвестуються (за змістом ст. 1 Закону «Про інвестиційну діяльність»), інвестиції поділяються на:

- Грошові (грошові кошти у валюті України та іноземній валюті);
- Рухоме майно;

- Нерухоме майно;
- ЦП та корпоративні права;
- Права вимоги виконання зобов'язань та інші права вимоги;
- Права користування землею, іншою нерухомістю;
- Права інтелектуальної власності;
- Права здійснення господарської діяльності, в тому числі права на користування надрами та використання природних ресурсів.

При будівництві житла мають місце, як правило, грошові інвестиції.

За національною належністю інвестора та місцем здійснення інвестиції поділяються на:

- **Внутрішні** (здійснюються в Україні резидентами України – її громадянами, іноземцями та особами без громадянства, які постійно проживають в Україні, юридичними особами, створеними за законодавством України, територіальними громадами та державою Україна в особі державних органів та органів місцевого самоврядування);
- **Іноземні** (здійснюються в Україні фізичними особами – іноземцями та особами без громадянства, які постійно проживають за межами України, юридичними особами, утвореними за законодавством держави іншої, ніж Україна, іноземними державами, міжнародними урядовими і неурядовими організаціями);
- **Зовнішні** (здійснюються за межі України резидентами України – її громадянами, іноземцями та особами без громадянства, які постійно проживають в Україні, юридичними особами, створеними за законодавством України, територіальними громадами та державою Україна в особі державних органів та органів місцевого самоврядування).

Чіткий поділ інвестицій на національні та іноземні необхідний для того, щоб ідентифікувати, які саме інвестиції є іноземними. Попри те, що іноземні інвестиції в Україні мають національний режим, тобто прирівнюються до національних, вони підлягають обов'язковій реєстрації, факт якої надає іноземним інвесторам особливі гарантії. Зовнішні інвестиції резидентів України за її

межі також мають особливий режим. Інвестиції нерезидентів, здійснені за межами України, залишаються поза нашою увагою, оскільки до них не може бути застосоване законодавство України.

Залежно від форми власності на інвестиції розрізняють відповідно:

- Державні інвестиції;
- Комунальні інвестиції;
- Приватні інвестиції.

Процес прийняття рішень щодо здійснення комунального і особливо – державного інвестування, так само, як і власне процедура здійснення інвестування, є значно складнішим порівняно з інвестуванням, що здійснюється фізичними особами і юридичними особами, не заснованими на публічних формах власності.

З іншого боку, у тому, що стосується саме інвестування у будівництво житла, існують дуже серйозні обмеження щодо засобів залучення забудовником коштів фізичних та юридичних осіб, тобто по суті – приватних інвестицій (саме ці питання і є основним предметом уваги цієї книги).

1.4. Інвестування як господарська операція

Інвестиційна діяльність окремого інвестора, яку він здійснює в рамках обраної ним інвестиційної стратегії, спрямованої на формування певного інвестиційного портфелю, природним чином складається з низки окремих, хоча, можливо, і пов'язаних між собою вкладень, інвестувань або інвестиційних операцій.

Інвестування як господарська операція має певні етапи або стадії, що дозволяє розглядати інвестування як певний процес, що розгортається у часі. Деякі дослідники називають ці стадії фазами інвестиційного циклу:⁴

⁴ Вінник О.М. Інвестиційне право: Навчальний посібник. – К.: Атіка, 2000. – С. 11.

На мою думку, з точки зору правознавства доцільно виділяти такі стадії процесу інвестування.

- Передінвестиційна стадія, на якій інвестор:
 - Здійснює пошук об'єкту інвестування і приймає попереднє рішення про інвестування;
 - Здійснює всебічний (у тому числі юридичний) аналіз об'єкту інвестування, т.зв. Due Diligence (див. розділ IV посібника);
 - Здійснює переговори з іншими учасниками інвестиційної діяльності щодо умов інвестування;
 - Приймає остаточне рішення щодо інвестування;
 - Визначає інвестиційну схему;
 - Вчиняє з іншими учасниками інвестиційної діяльності (у тому числі з іншими інвесторами) всі необхідні для здійснення інвестування правочини;
- Стадія власне інвестування, на якій інвестор виконує всі дії, необхідні для безпосереднього внесення інвестиції;
- Стадія роботи інвестиції наявна у більшості, але не в усіх випадках це період часу від моменту внесення інвестиції до початку отримання ефекту від неї. Ця стадія відсутня, наприклад, у разі, якщо фізична особа інвестує гроші у купівлю вже збудованого житла з метою проживання в ньому. Навпаки, ця стадія може виявитися дуже тривалою, якщо, наприклад, фізична особа інвестує офісне приміщення до статутного капіталу ТОВ з метою отримувати прибуток від консалтингової діяльності такого ТОВ: період безприбуткової діяльності товариства може тягнутися досить довго. Так само при інвестуванні у будівництво житла ефект від внесення інвестиції має місце не одразу, а лише після успішного завершення будівництва. Отже, при інвестуванні у будівництво житла можна розглядати процес будівництва як стадію «роботи» інвестиції.

- Стадія отримання ефекту від інвестування може наставати безпосередньо після внесення інвестиції або після стадії її роботи. Ефект може бути отриманий:
 - Одразу у повному обсязі (наприклад, одразу після внесення, якщо для особи ефектом від інвестування у готове житло є можливість проживання в ньому, або одразу після наступного перепродажу житла, якщо інвестиція була спекулятивною і ефектом для особи є отримання доходу, який становить різницю між коштами, інвестованими у нерухомість, і отриманими від її продажу коштами у разі підвищення цін на ринку нерухомості), або
 - Поступово (наприклад, у випадку з інвестуванням офісного приміщення до статутного капіталу консалтингового ТОВ, або якщо ефектом від інвестування у житло є платежі, які сплачуватимуть інвесторові майбутні наймачі такого житла).

З урахуванням усього зазначеного вище, **інвестиційна схема** виглядає як стратегічний план інвестора щодо інвестування, тобто окремої інвестиційної операції, а саме щодо виду, форми інвестиції, об'єкту інвестування, його мети – очікуваного ефекту, у тому числі засобів і строків його отримання. Відповідно, **інвестиційна операція** – це господарська операція з інвестування, що здійснена за певною інвестиційною схемою.

Визначальне значення в інвестиційній схемі має мета інвестування, оскільки те, що для однієї схеми є кінцевим ефектом, для іншої може бути лише проміжним результатом. Це добре ілюструють наведені вище приклади з інвестуванням у житло: для однієї інвестиційної схеми метою є соціальний ефект – отримання інвестором квартири у власність для проживання, тоді як для іншої схеми цей факт є лише проміжним результатом, оскільки кінцевим ефектом є отримання доходу, який становить різницю між коштами, інвестованими у придбання житла, і коштами, отриманими від її продажу (якщо це відбувається в умовах підвищення цін на ринку нерухомості).

II. ЮРИДИЧНІ АСПЕКТИ ПРОЦЕДУРИ БУДІВНИЦТВА

2.1. Будівництво як засіб здійснення креативних інвестицій у нерухомість

Виходячи з поділу інвестицій на креативні (шляхом здійснення яких створюються об'єкти інвестування) та аквізаційні (шляхом яких вони набуваються), зрозуміло, що креативні інвестиції у нерухомість відбуваються шляхом будівництва такої нерухомості. Отже, не дивно, що більшість дослідників відзначають значну роль інвестиційних відносин у капітальному будівництві,⁵ або навіть визначають інвестування як мету (завдання) здійснення капітального будівництва⁶.

Законодавство України визначає поняття «забудова територій», «будівництво» і «капітальне будівництво».

Забудова територій згідно зі ст. 26 Закону «Про регулювання містобудівної діяльності» полягає в розміщенні об'єктів будівництва.

Капітальне будівництво згідно з постановою КМ України від 27 грудня 2001 р. № 1764 «Про затвердження Порядку державного фінансування капітального будівництва» – це процес створення нових, а також розширення, реконструкція, технічне переоснащення діючих підприємств, об'єктів виробничого і невиробничого призначення, пускових комплексів (з урахуванням проектних робіт, проведення торгів (тендерів) у будівництві, консервації, розконсервації об'єктів, утримання дирекцій підприємств, що будуються, а також придбання технологічного обладнання, що не входить до кошторису об'єктів).

Будівництво – це спорудження нового об'єкта, реконструкція, розширення, добудова, реставрація і ремонт об'єктів, виконання монтажних робіт (див. наказ Мінфіну України від 28 квітня 2001 р. № 205 «Про затвердження Положення (стандарту) бухгалтерського обліку 18 «Будівельні контракти»)

⁵ Господарське право: Підручник / За ред. О.П. Подцерковного. – Харків: Одиссей, 2011. – С. 450.

⁶ Вінник О.М. Господарське право: Навчальний посібник. – К.: Правова єдність, 2009. – С. 531.

або нове будівництво, реконструкція, технічне переоснащення, реставрація та капітальний ремонт об'єктів будівництва (див. наказ Мінбуду від 16 травня 2011 р. № 45 «Про затвердження Порядку розроблення проектної документації на будівництво об'єктів»). Також Конвенція про безпеку та гігієну праці у будівництві від 20 червня 1988 р. визначає, що термін «будівництво» охоплює: і) будівельні роботи, серед них земляні роботи й спорудження, конструктивні зміни, реставраційні роботи, капітальний і поточний ремонт (куди входять чистка й пофарбування) та знесення усіх видів будинків чи будівель; іі) цивільне будівництво, в тому числі земляні роботи й споруди, конструктивні зміни, капітальний, поточний ремонт та знесення, наприклад, аеропортів, доків, гаваней, внутрішніх водних шляхів, гребель, захист споруд на берегах річок і морів та поблизу зон обвалів, автомобільних доріг і шосе, залізниць, мостів, тунелів, віадуків та об'єктів, пов'язаних з наданням послуг, зокрема комунікації, дренаж, каналізація, водопостачання й енергопостачання; ііі) монтаж та демонтаж будов і конструкцій з елементів заводського виробництва, а також виробництво збірних елементів на будівельному майданчику.

Можна бачити, що поняття забудови територій є вкрай стислим, лаконічним, будівництво визначається фактично шляхом перерахування видів робіт, які можуть бути віднесені до будівельних, тоді як поняття капітального будівництва стосується головним чином розширення будівництв і охоплює, серед іншого, явища, не пов'язані безпосередньо з забудовою територій та будівництвом. Нас будівництво цікавить у його інвестиційному аспекті, отже, ми будемо розглядати його як засіб здійснення креативних інвестицій у нерухомість, що відбувається шляхом будівництва нових об'єктів нерухомості, реконструкції, розширення, добудови, реставрації і ремонту нерухомості, яка вже існує.

Зрозуміло, що креативне інвестування шляхом створення об'єктів нерухомості, будівництва стосується головним чином будівель і споруд; земельні ділянки штучно створюються дуже рідко, до того ж, земельні ділянки, штучно створені в межах прибережної захисної смуги чи смуги відведення, на землях

лісогосподарського призначення та природно-заповідного фонду, що перебувають у прибережній захисній смузі водних об'єктів або на земельних ділянках дна водних об'єктів (перелічене вище охоплює, фактично, всі випадки штучного створення земельних ділянок), не можуть передаватися у приватну власність або оренду незалежно від того, ким і за чий рахунок вони створені (ст.ст. 83, 84, 93 Земельного кодексу (ЗК) України).

2.2. Містобудівна документація та її правове значення

Забудова територій, проектування та будівництво конкретної споруди (будівлі), в ході якого і відбувається креативне інвестування у нерухомість, відбувається не довільно, а відповідно до **містобудівної документації**, яку ст. 17 Закону України від 16 листопада 1992 р. «Про основи містобудування», п. 7 ч. 1 ст. 1 Закону «Про регулювання містобудівної діяльності» визначають як затверджені текстові і графічні матеріали, якими регулюється планування, забудова та інше використання територій.

Фактично це – локальні акти у вигляді креслень з поясненнями, які визначають майбутнє використання територій, де здійснюватиметься забудова або створюватимуться парки, майдани тощо. Містобудівна документація має визначальне значення для виникнення прав на земельні ділянки: як зазначено у ч. 4 ст. 24 Закону «Про регулювання містобудівної діяльності» зміна цільового призначення земельної ділянки, яка не відповідає плану зонування території та/або детальному плану території, забороняється. Так само не дозволяється передача (надання) земельних ділянок із земель державної або комунальної власності у власність чи користування фізичним та юридичним особам для містобудівних потреб у разі відсутності містобудівної документації, а саме – плану зонування або детального плану території (характеристика наводиться нижче).

Відповідно до ст. 16 Закону «Про регулювання містобудівної діяльності» містобудівна документація на місцевому рівні розробляється з урахуван-

ням даних Державного земельного кадастру на актуалізованій картографічній основі в цифровій формі як просторово орієнтована інформація в державній системі координат на паперових і електронних носіях.

Містобудівна документація на місцевому рівні може бути оновлена за рішенням місцевих рад, що передбачає:

- 1) актуалізацію картографо-геодезичної основи;
- 2) переведення з паперових носіїв у векторну цифрову форму.

Містобудівну документацію, про яку йдеться далі, розробляють ліцензовані проектні організації, а затверджують ради, що представляють інтереси відповідної територіальної громади (тобто міські, сільські, селищні ради). Замовником розробки містобудівної документації можуть бути як органи місцевого самоврядування, так і інвестори-забудовники, які виносять відповідні проекти на інвестиційний конкурс на право забудови відповідної території і пропонують до затвердження місцевим радам. Правове регулювання містобудівної документації на рівні законів здійснюється відповідно до Закону «Про основи містобудування» та Закону «Про регулювання містобудівної діяльності», який був прийнятий на заміну скасованому Закону України від 20 квітня 2000 р. «Про планування і забудову територій».

Найбільше значення має такий вид містобудівної документації, як **генеральні плани населених пунктів** (п. 2 ч. 1 ст. 1, ст. 17 Закону «Про регулювання містобудівної діяльності»), що визначають принципові рішення щодо розвитку, планування, забудови та іншого використання території населених пунктів. Генеральний план населеного пункту є основним видом містобудівної документації на місцевому рівні. Призначенням генерального плану є обґрунтування довгострокової стратегії планування та забудови території населеного пункту. Невід'ємною його частиною є план земельно-господарського устрою цього населеного пункту.

Генеральний план містить текстові і графічні матеріали (низку планів-креслень з поясненнями), що визначають планувальну структуру та просторову композицію забудови населеного пункту, стратегію та логіку його розвит-

ку, впорядковуюють його забудову. Для населених пунктів, занесених до Списку історичних населених місць України, в межах визначених історичних ареалів у складі генерального плану населеного пункту визначаються режими регулювання забудови та розробляється історико-архітектурний опорний план, в якому зазначається інформація про об'єкти культурної спадщини.

Рішення про розроблення і згодом – про затвердження генерального плану населеного пункту приймає відповідна сільська, селищна, міська рада, його розробку організують виконавчі органи сільських, селищних і міських рад, Київська та Севастопольська міські державні адміністрації.

Виконавчі органи сільських, селищних і міських рад, Київська та Севастопольська міські державні адміністрації:

1) подають пропозиції до проекту відповідного місцевого бюджету на наступний рік або про внесення змін до бюджету на поточний рік щодо потреби у розробленні містобудівної документації;

2) визначають в установленому законодавством порядку розробника генерального плану населеного пункту, встановлюють строки розроблення та джерела його фінансування;

3) звертаються до обласної державної адміністрації, Ради міністрів Автономної Республіки Крим (для міст обласного та республіканського Автономної Республіки Крим значення), КМ України (для міст Києва та Севастополя) щодо визначення державних інтересів для їх урахування під час розроблення генерального плану населеного пункту;

4) повідомляють через місцеві засоби масової інформації про початок розроблення генерального плану населеного пункту та визначають порядок і строк внесення пропозицій до нього фізичними та юридичними особами;

5) забезпечують попередній розгляд матеріалів щодо розроблення генерального плану населеного пункту архітектурно-містобудівними радами відповідного рівня;

6) узгоджують проект генерального плану населеного пункту з органами місцевого самоврядування, що представляють інтереси суміжних територіа-

льних громад, з метою врегулювання питань планування територій у приміських зонах.

Генеральний план населеного пункту підлягає експертизі, що здійснюється у порядку, затвердженому постановою КМ України від 25 травня 2011 р. № 548, експертною організацією, ліцензованою Мінбудом.

Строк дії генерального плану населеного пункту не обмежується, утім зміни до нього можуть вноситися не частіше, ніж один раз на 5 років.

Загальна доступність матеріалів генерального плану населеного пункту забезпечується шляхом його розміщення на веб-сайті органу місцевого самоврядування та у місцевих періодичних друкованих засобах масової інформації, а також у загальнодоступному місці у приміщенні такого органу, крім частини, що становить державну таємницю та належить до інформації з обмеженим доступом відповідно до законодавства. Зазначена частина може включатися до складу генерального плану населеного пункту як окремий розділ.

Щодо адміністративно-територіальних одиниць, які не є населеними пунктами (наприклад, райони областей), їх окремих частин, або в разі, якщо йдеться про 2 суміжні населені пункти, можуть затверджуватися **схеми планування територій** (ст.ст. 1, 14, 15 Закону «Про регулювання містобудівної діяльності»). Ці схеми є, так би мовити, «попередніми» щодо генеральних планів документами, вони визначають принципові рішення щодо планування, забудови, іншого використання відповідних територій і затверджуються відповідними (районними, обласними) радами. Схеми планування територій підлягають експертизі, що здійснюється експертною організацією, ліцензованою Мінбудом. На відміну від експертизи генерального плану міста, експертиза схеми планування території може здійснюватися винятково державними експертними організаціями.

Схеми можуть визначати потреби у змінах меж населених пунктів, доцільність розроблення генеральних планів, планувальну і, відповідно, – планувальну структуру території, її зонування.

У складі генерального плану населеного пункту може розроблятися **план зонування території** цього населеного пункту, утім, план зонування території може розроблятися і як окрема містобудівна документація після затвердження генерального плану (ст. 18 Закону «Про регулювання містобудівної діяльності»). План зонування території розробляється на основі генерального плану населеного пункту (у його складі або як окремий документ), плану земельно-господарського устрою та містобудівного кадастру з метою визначення умов та обмежень використання території для містобудівних потреб у межах визначених зон. Невід'ємною складовою плану зонування території (у складі генерального плану чи окремо) є проект землеустрою щодо впорядкування території населеного пункту.

План зонування території встановлює функціональне призначення, вимоги до забудови, ландшафтної організації території.

План зонування не підлягає експертизі.

Зонування території здійснюється з дотриманням таких вимог:

- 1) урахування попередніх рішень щодо планування і забудови території;
- 2) виділення зон обмеженої містобудівної діяльності;
- 3) відображення існуючої забудови територій, інженерно-транспортної інфраструктури, а також основних елементів планувальної структури територій;
- 4) урахування місцевих умов під час визначення функціональних зон;
- 5) встановлення для кожної зони умов та обмежень з визначенням видів використання земельних ділянок та об'єктів нерухомості;
- 6) узгодження меж зон з межами територій природних комплексів, смугами санітарно-захисних, санітарних, охоронних та інших зон обмеженого використання земель, червоними лініями.

На підставі генеральних планів населеного пункту для окремих районів, мікрорайонів, кварталів розроблюються та затверджуються **детальні плани території**, що визначають принципи планувально-просторової організації забудови; червоні лінії та лінії регулювання забудови; функціональне призна-

чення, режим та параметри забудови однієї чи декількох земельних ділянок, розподіл територій; містобудівні умови та обмеження (у разі відсутності плану зонування території) або уточнення містобудівних умов та обмежень згідно із планом зонування території; потребу в підприємствах і закладах обслуговування населення, місце їх розташування; доцільність, обсяги, послідовність реконструкції забудови; черговість та обсяги інженерної підготовки території; систему інженерних мереж; порядок організації транспортного і пішохідного руху; порядок комплексного благоустрою та озеленення (ст.ст. 1, 19 Закону «Про регулювання містобудівної діяльності»).

Для населених пунктів з чисельністю населення до 50 тис. осіб генеральні плани можуть поєднуватися з детальними планами всієї території таких населених пунктів. Детальні плани території не підлягають експертизі.

Загальна доступність матеріалів детального плану території забезпечується шляхом його розміщення на веб-сайті органу місцевого самоврядування, у місцевих друкованих засобах масової інформації, а також у загальнодоступному місці у приміщенні такого органу, крім частини, що належить до інформації з обмеженим доступом відповідно до законодавства.

Визначені детальним планом території **червоні лінії** (ст. 1 Закону «Про регулювання містобудівної діяльності») – це визначені в містобудівній документації щодо пунктів геодезичної мережі межі існуючих та запроектованих вулиць, доріг, майданів, які розділяють території забудови та території іншого призначення (парки, дороги, інші земельні ділянки загального користування). Фактично, червоні лінії встановлюють замкнені межі кварталу (мікрорайону), всередині яких у майбутньому будуть розташовані будівлі, і відділяють їх від парків, майданів та вулиць (враховуючи газони і тротуари).

Лінії регулювання забудови (ст. 1 Закону «Про регулювання містобудівної діяльності») – це визначені в містобудівній документації межі розташування будинків і споруд відносно червоних ліній, меж окремих земельних ділянок, природних меж та інших територій.

Генеральний план населеного пункту разом з планом зонування та детальними планами територій визначають режим забудови територій.

Заплановане будівництво конкретної будівлі не може відбуватися довільно, воно має бути вписаним у контекст всієї містобудівної документації тієї території, де воно заплановане, і відповідати режиму забудови, встановленому, відповідно, генеральним і детальним планами територій.

Порядок врахування громадських інтересів при розробленні містобудівної документації. Плани органів місцевого самоврядування та інвесторів щодо забудови територій, втілені у містобудівній документації, можуть по-різному сприйматися місцевою територіальною громадою, у тому числі негативно. Незадоволення громади запланованою забудовою може стати причиною соціального конфлікту. Як правило, такі конфлікти виникають за спроб здійснити забудову місць загального користування, зокрема паркових зон, що є місцями масового відпочинку громадян. Незадоволеними планами щодо майбутньої забудови можуть виявитися також мешканці застарілого житлового фонду, що підлягає реконструкції, а також власники нерухомості, що підлягає знесенню у зв'язку зі забудовою.

Для запобігання виникненню подібних конфліктів місцева влада повинна ознайомлюватися з думкою громадськості та власників нерухомості і враховувати під час планування і забудови територій громадські інтереси.

Передбачений ст. 21 Закону «Про регулювання містобудівної діяльності» порядок врахування громадських інтересів при розробці містобудівної документації називається *«громадськими слуханнями»*. Слід одразу зазначити, що норми чинного законодавства надають громадськості лише певну можливість висловити свої думки щодо розробленої містобудівної документації, але не містять задовільного механізму взаємодії громадськості з владою і не дозволяють громадськості впливати на процес прийняття рішень.

Положення ст. 21 Закону «Про регулювання містобудівної діяльності» конкретизовані у Порядку проведення громадських слухань щодо врахування громадських інтересів під час розроблення проектів містобудівної документа-

ції на місцевому рівні, затв. постановою КМ України від 25 травня 2011 р. № 555.

Отже, громадським слуханням підлягають розроблені проекти містобудівної документації на місцевому рівні: генеральні плани населених пунктів, плани зонування територій, детальні плани територій. Закон прямо забороняє затверджувати таку містобудівну документацію без проведення громадських слухань щодо відповідних проектів і визначає, що для врахування громадських інтересів сільські, селищні, міські ради та їх виконавчі органи (у разі делегування їм таких повноважень) зобов'язані забезпечити:

1) *оприлюднення прийнятих рішень щодо розроблення містобудівної документації на місцевому рівні з прогнозованими правовими, економічними та екологічними наслідками (у 2-тижневий строк з моменту прийняття рішення). Оприлюднення таких рішень здійснюється шляхом опублікування у засобах масової інформації, що розповсюджуються на відповідній території, а також розміщення на офіційному веб-сайті відповідного органу місцевого самоврядування;*

2) *оприлюднення проектів містобудівної документації на місцевому рівні та забезпечення доступу громадськості до цієї інформації (у місячний строк з дня їх надходження до відповідного органу місцевого самоврядування). Оприлюднення здійснюється шляхом розміщення матеріалів (планшетів, макетів) у визначеному органом місцевого самоврядування місці та інформування громадян через розповсюдження брошур і повідомлень, засоби масової інформації, що розповсюджуються на відповідній території, а також розміщення інформації на офіційному веб-сайті відповідного органу місцевого самоврядування;*

3) *реєстрацію, розгляд та узагальнення пропозицій громадськості до проектів містобудівної документації на місцевому рівні (пропозиції подаються протягом строку, визначеного органом місцевого самоврядування, і розглядаються протягом місяця).*

Пропозиції до проектів містобудівної документації на місцевому рівні мають право надавати:

- повнолітні дієздатні фізичні особи, які проживають на території, щодо якої розроблено відповідний проект містобудівної документації на місцевому рівні;
- юридичні особи, об'єкти нерухомого майна яких розташовані на території, для якої розроблено відповідний проект містобудівної документації на місцевому рівні;
- власники та користувачі земельних ділянок, розташованих на території, щодо якої розробляється документація, та на суміжній з нею;
- представники органів самоорганізації населення, діяльність яких поширюється на відповідну територію;
- народні депутати України, депутати відповідних місцевих рад.

Можна бачити, що до категорій осіб, які можуть висловлювати пропозиції щодо проектів містобудівної документації, не належать фізичні особи, які проживають або володіють нерухомим майном на територіях, суміжних з територіями, щодо яких розробляється містобудівна документація. Отже, якщо, наприклад, розроблено детальний план, який передбачає забудову парку, громадськість відповідного населеного пункту, з огляду на формулювання ст. 21 Закону «Про регулювання містобудівної діяльності», буде позбавлена можливості висловити свої пропозиції і зауваження з цього приводу. Пропозиції громадськості мають бути обґрунтовані в межах відповідних законодавчих та нормативно-правових актів, державних будівельних норм, стандартів і правил та надаватися у строки, визначені для проведення процедури громадських слухань.

За результатами розгляду пропозицій заявнику надається відповідь про їх урахування або обґрунтована відмова.

Слід наголосити, що законодавство України сьогодні взагалі не регулює порядок проведення власне громадських слухань як певних зборів, на яких має формуватися погоджувальна комісія і відбуватися живе обговорення міс-

тобудівної документації за участі зазначених вище представників громадськості, розробників документації і місцевої влади;

4) *узгодження спірних питань між громадськістю і замовниками містобудівної документації на місцевому рівні через погоджувальну комісію* (у 2-тижневий строк з моменту її формування). Така узгоджувальна комісія формується лише за наявності «пропозицій громадськості, рішення про врахування яких розробник і замовник не можуть прийняти самостійно», або якщо «мають місце спірні питання». Отже, наявність пропозицій і зауважень з боку громадськості щодо проектів містобудівної діяльності як така не є підставою для формування комісії: комісія створюється лише у разі, якщо замовник і розробник документації вирішать, що є спірні питання, і вони не можуть самостійно, без допомоги громадськості їх вирішити.

До складу погоджувальної комісії входять:

- посадові особи відповідного органу місцевого самоврядування;
- представники органу земельних ресурсів, природоохоронного і санітарно-епідеміологічного органу, органу містобудування та архітектури, охорони культурної спадщини та інших органів;
- представники професійних об'єднань та спілок, архітектори, науковці;
- уповноважені представники громадськості, які обираються під час громадських слухань (кількість представників громадськості має становити не менше 50% і не більше 70% загальної чисельності комісії).

Головою погоджувальної комісії є посадова особа відповідного органу місцевого самоврядування.

Погоджувальна комісія розглядає спірні питання, зафіксовані у протоколі громадських слухань, та ухвалює рішення про врахування або мотивоване відхилення цих пропозицій (зауважень).

Засідання погоджувальної комісії є правомочним, якщо у ньому взяли участь не менше двох третин її членів (з них не менше половини – представ-

ників громадськості). Рішення погоджувальної комісії приймається більшістю присутніх членів та оформлюється відповідним протоколом.

У разі неспроможності погоджувальної комісії врегулювати спірні питання між сторонами остаточне рішення приймає відповідний орган місцевого самоврядування. Урегульовані погоджувальною комісією спірні питання між сторонами або прийняті відповідним органом місцевого самоврядування рішення є підставою для внесення змін до проекту відповідної документації;

5) *оприлюднення результатів розгляду пропозицій громадськості до проектів містобудівної документації на місцевому рівні* (у 2-тижневий строк з дня прийняття відповідних рішень) здійснюється шляхом опублікування в засобах масової інформації, що розповсюджуються на відповідній території, а також розміщення таких рішень на офіційних веб-сайтах відповідних органів місцевого самоврядування.

2.3. Правовий статус забудовника і загальна характеристика правової процедури будівництва

Правовий статус забудовника. Забудова територій (будівництво) згідно зі ст. 26 Закону «Про регулювання містобудівної діяльності» полягає в розміщенні об'єктів будівництва. Забудова земельної ділянки можлива лише у разі, якщо вона відповідає цільовому призначенню такої ділянки. Правова процедура забудови встановлюється Законом «Про регулювання містобудівної діяльності» та прийнятими на його основі підзаконними нормативно-правовими актами і полягає у отриманні низки документів, які оформлюються на **збудовника** – особу, яка відповідно до закону отримала право власності або користування земельною ділянкою для містобудівних потреб чи документально підтверджену згоду осіб, що мають такі права, та виконує передбачені законодавством дії, необхідні для здійснення будівництва або зміни (у тому числі шляхом знесення) об'єкта містобудування. Наведене вище визначення не

є легальним, але, на мою думку, досить чітко передає суть правового статусу забудовника⁷.

У разі, якщо земельна ділянка перебуває у приватній власності, а забудовник не є її власником чи користувачем, може оформлюватися нотаріально засвідчена згода власника земельної ділянки на її забудову (якщо ділянка перебуває у користуванні, – нотаріально засвідчені згоди власника та користувача). Забудовник також є замовником за договорами будівельного підряду та підряду на виконання проектних робіт і отримує збудовану нерухомість у власність (якщо забудова здійснюється виключно за рахунок його коштів і забудовник є інвестором), або передає її частини іншим інвесторам, які стають власниками проінвестованих ними об'єктів інвестування (якщо забудова здійснювалася забудовником із залученням коштів інших інвесторів). Отже, саме забудовник, незалежно від того, чи є він єдиним інвестором будівництва або залучає кошти інших інвесторів, є центральною фігурою юридичної процедури будівництва.

Загальна характеристика правових процедур забудови. Згідно зі ст. 32 Закону «Про регулювання містобудівної діяльності» усі об'єкти будівництва за складністю архітектурно-будівельного рішення та/або інженерного обладнання поділяються на I, II, III, IV і V категорії складності. Категорія складності об'єкта будівництва визначається відповідно до ДБН та стандартів на підставі класу наслідків (відповідальності) будівництва такого об'єкту.

⁷ У чинному законодавстві забудовник визначається як особа, яка у встановленому законодавством порядку отримала право на використання земельної ділянки для спорудження об'єктів житлового будівництва або згідно з укладеними договорами має право розпоряджатися житловою площею у будинках, які будуються, або реконструюються (див. постанову КМ України від 29 травня 2001 р. № 584 «Про порядок надання пільгових довготермінових кредитів молодим сім'ям та одиноким молодим громадянам на будівництво (реконструкцію) і придбання житла»). Можна бачити, що це визначення прив'язане до житлового будівництва і не охоплює всі інші можливі ситуації. Пункт 2.15 Положення про фінансування та державне кредитування капітального будівництва, що здійснюється на території України, затв. наказом Міністерства економіки України, Міністерства фінансів України, Державного комітету у справах містобудування і архітектури України від 23 вересня 1996 р. № 127/201/173, визначає забудовника або титулодержателя як юридичну особу, яка освоює капітальні вкладення, виділені на будівництво, та здійснює його підрядним або господарським способом. У цьому визначенні акцентується на фінансовій стороні будівництва, причому будівництва, що його здійснює юридична особа.

Етапи правової процедури будівництва розрізняються залежно від категорії складності і виду об'єкту.

Фактично можна виділити 3 варіанти правової процедури забудови:

1. Процедура забудови присадибних, дачних і садових земельних ділянок (така процедура може застосовуватися у випадку будівництва індивідуального (садибного) житлового будинку, садового, дачного будинку не вище 2 поверхів (без урахування мансардного поверху) з площею до 300 кв. м, господарських будівель і споруд, гаражів, елементів благоустрою та озеленення земельної ділянки) містить такі етапи:

- отримання забудовником будівельного паспорту;
- укладення договору підряду з підрядником (необов'язково, здійснюється лише у разі будівництва підрядним способом);
- направлення забудовником повідомлення про початок виконання будівельних робіт Інспекції ДАБК за місцезнаходженням об'єкта будівництва (оформлення права на початок здійснення будівельних робіт);
- будівництво;
- прийняття збудованого об'єкту нерухомості в експлуатацію шляхом реєстрації відповідною Інспекцією ДАБК декларації про готовність об'єкта до експлуатації;
- оформлення і реєстрація права власності на збудований об'єкт нерухомості.

2. Процедура забудови, яка передбачає будівництво об'єктів I-III категорій складності, містить такі етапи:

- отримання забудовником вихідних даних на проектування і технічних умов;
- проектування об'єкту будівництва;
- укладення договору підряду з підрядником (необов'язково, здійснюється лише у разі будівництва підрядним способом);
- реєстрація декларації про початок виконання будівельних робіт (оформлення права на початок здійснення будівельних робіт);

- будівництво;
- прийняття збудованого об'єкту нерухомості в експлуатацію шляхом реєстрації відповідною Інспекцією ДАБК декларації про готовність об'єкта до експлуатації;
- оформлення і реєстрація права власності на збудований об'єкт нерухомості.

3. Процедура забудови, яка передбачає будівництво об'єктів IV-V категорій складності, містить такі етапи:

- отримання забудовником вихідних даних на проектування і технічних умов;
- проектування об'єкту будівництва;
- експертиза проекту будівництва;
- укладення договору підряду з підрядником (необов'язково, здійснюється лише у разі будівництва підрядним способом);
- отримання дозволу на початок виконання будівельних робіт (оформлення права на початок здійснення будівельних робіт);
- будівництво;
- прийняття збудованого об'єкту нерухомості в експлуатацію шляхом оформлення забудовником акту готовності об'єкта до експлуатації і видачі Інспекцією ДАБК сертифіката;
- оформлення і реєстрація права власності на збудований об'єкт нерухомості.

Як бачимо, зі зростанням складності об'єкту будівництва зростає складність правової процедури забудови, отже, у процедурі з'являються додаткові етапи та/або висуваються більш жорсткі вимоги до змісту документації і порядку її погодження⁸.

⁸ Слід також зазначити, що ранні редакції попереднього Закону «Про планування і забудову територій», скасованого у зв'язку з прийняттям Закону «Про регулювання містобудівної діяльності», передбачали лише одну процедуру, подібну до тієї, яка зараз застосовується лише при будівництві найскладніших об'єктів IV-V категорії складності, яка, до того ж, мала додатковий (перший) етап – отримання дозволу на будівництво (не плутати з дозволом на початок виконання будівельних робіт).

Нижче подається характеристика окремих етапів зазначених вище правових процедур забудови.

2.4. Будівельний паспорт забудови земельної ділянки

Отримання будівельного паспорта забудови земельної ділянки є першим етапом правової процедури забудови присадибних, дачних і садових земельних ділянок у випадку будівництва нескладних об'єктів, а саме, як йшлося вище, – індивідуального (садибного) житлового будинку, садового, дачного будинку не вище 2 поверхів (без урахування мансардного поверху) з площею до 300 кв. м, господарських будівель і споруд, гаражів, елементів благоустрою та озеленення земельної ділянки.

Інститут будівельного паспорта є новим для законодавства України і регулюється ст. 27 Закону «Про регулювання містобудівної діяльності». Порядок видачі будівельного паспорта забудови земельної ділянки встановлений наказом Мінбуду від 5 липня 2011 р. № 103.

Будівельний паспорт визначає комплекс містобудівних та архітектурних вимог до розміщення і будівництва на території земельної ділянки відповідного об'єкту і замінює собою проект будівництва (для об'єктів будівництва, на які надається будівельний паспорт, розроблення проекту будівництва здійснюється виключно за бажанням замовника, причому проектування на підставі будівельного паспорта, на відміну від усіх інших випадків, здійснюється без отримання містобудівних умов та обмежень).

Будівельний паспорт надається місцевим органом містобудування та архітектури на безоплатній основі протягом 10 робочих днів з дня надходження відповідної заяви та пакета документів, до якого входять: засвідчена копія документа, що засвідчує право власності або користування земельною ділянкою; засвідчена згода співвласників земельної ділянки (житлового будинку) на забудову зазначеної земельної ділянки; ескіз намірів забудови (місце розташування будівель та споруд на земельній ділянці, фасади, максимальні відмітки

висотності, відстані до сусідніх земельних ділянок), і складається з текстових та графічних матеріалів, що готуються за інформацією з відповідної містобудівної документації, будівельних норм, державних стандартів та правил.

До складу будівельного паспорта входять: вимоги до забудови земельної ділянки (включають також технічні умови); схема забудови земельної ділянки (визначає місце розташування запланованих об'єктів будівництва, червоні лінії, лінії регулювання забудови, під'їзди до будівель і споруд, відстань від об'єкта будівництва до вулиць (доріг), мінімальні відстані від об'єкта будівництва до меж земельної ділянки, а також будівель і споруд, розташованих на суміжних земельних ділянках, місця підключення до інженерних мереж); проєкт будівництва (за наявності).

Будівельний паспорт є підставою для виконання будівельних робіт (за умови направлення забудовником повідомлення про початок виконання будівельних робіт до відповідної Інспекції ДАБК).

2.5. Проєктування об'єктів будівництва

Отримання забудовником технічних умов і вихідних даних на проєктування є першим етапом процедури будівництва. Вихідні дані не вимагаються лише якщо будівництво здійснюватиметься на підставі будівельного паспорта, або якщо об'єкт є таким, що відповідає критеріям, встановленим Переліком об'єктів будівництва, для проєктування яких містобудівні умови та обмеження не надаються, затв. наказом Мінбуду від 7 липня 2011 р. № 109 (це стосується, зокрема, але не обмежуючись, заміни повітряних ліній зв'язку на кабельні, всіх типів озеленення, благоустрою прибудинкових територій, капітального ремонту дахів будівель незалежно від їх площ без зміни конфігурації, улаштування засобів безперешкодного доступу людей з обмеженими фізичними можливостями до об'єктів житлово-громадського призначення тощо).

Цей етап процедури забудови врегульований ст.ст. 29, 30 Закону «Про регулювання містобудівної діяльності» та наказом Мінбуду від 7 липня 2011 р. № 109, що встановлює порядок надання містобудівних умов та обмежень забудови земельної ділянки, їх склад та зміст.

Технічні умови (ТУ) – це комплекс умов та вимог до інженерного забезпечення об'єкта будівництва, які повинні відповідати його розрахунковим параметрам, зокрема щодо водо-, тепло-, енерго- і газопостачання, каналізації, радіофікації, зовнішнього освітлення, відведення зливових вод, телефонізації, телекомунікації, диспетчеризації, пожежної та техногенної безпеки.

До *вихідних даних* належать:

- Містобудівні умови і обмеження земельної ділянки (МБУО), які містять комплекс планувальних та архітектурних вимог до проектування і будівництва щодо поверховості та щільності забудови земельної ділянки, відступів будинків і споруд від червоних ліній, меж земельної ділянки, її благоустрою та озеленення, інші вимоги до об'єктів будівництва, встановлені законодавством та містобудівною документацією. За допомогою МБУО орган містобудування та архітектури визначає відповідність намірів щодо забудови земельної ділянки вимогам містобудівної документації на місцевому рівні. До 2009 р. функції МБУО виконувало АПЗ – архітектурно-планувальне завдання.
- Завдання на проектування (ЗП), яке містить вимоги самого забудовника до будівлі, її основних параметрів, планувальних, архітектурних, інженерних і технологічних рішень та властивостей, вартості та організації будівництва і складається відповідно до МБУО і ТУ.

МБУО і ТУ забудовник отримує в органах місцевого самоврядування, ЗП – складає сам. ТУ і МБУО надаються безоплатно у 10-денний строк за заявою забудовника про намір здійснити забудову земельної ділянки і діють до завершення будівництва.

Фактично, вихідні дані і ТУ– це передпроектні документи, які містять всю інформацію, необхідну для розробки проекту, вони є головним орієнтиром для архітектора, що готуватиме проект будівництва.

Проектування об'єктів будівництва регулюється ст. 7 Закону України від 20 травня 1999 р. «Про архітектурну діяльність», ст.ст. 31-32 Закону «Про регулювання містобудівної діяльності», Порядком розроблення проектної документації на будівництво об'єктів, затв. наказом Мінбуду від 16 травня 2011 р. № 45, та галузевими нормативно-правовими актами, зокрема ДБН А.2.2-3-2004 «Проектування. Склад, порядок розроблення, погодження та затвердження проектної документації для будівництва», затв. наказом Державного комітету України з будівництва та архітектури від 20 січня 2004 р. № 8.

Отже, проект будівництва – це документація для будівництва, що складається з креслень, графічних і текстових матеріалів, інженерних і кошторисних розрахунків, які визначають містобудівні, об'ємно-планувальні, архітектурні, конструктивні, технічні та технологічні рішення, вартісні показники конкретного об'єкту архітектури та відповідає вимогам державних стандартів, будівельних норм і правил. Проект розробляється відповідно до вихідних даних під керівництвом або за обов'язкової участі архітектора, який має відповідний кваліфікаційний сертифікат, має бути засвідчений підписом і особистою печаткою такого архітектора. Як вже зазначалося вище, існує 5 категорій складності об'єктів і, відповідно, проектів будівництва. Проекти складаються для всіх об'єктів будівництва, за винятком нескладних об'єктів, що будуються за будівельним паспортом⁹. Проекти складаються з визначених законодавством частин, що різним чином комбінуються залежно від складності об'єкту будівництва та його призначення. Ці частини мають такі назви: ескізний проект, робочий проект, проект, техніко-економічний розрахунок або техніко-економічне обґрунтування (для об'єктів виробництва) та робоча документація.

⁹ Індивідуальні (садибні) житлові будинки, садові, дачні будинки не вище 2 поверхів (без урахування мансардного поверху) з площею до 300 кв. м, господарські будівлі і споруди, гаражі, елементи благоустрою та озеленення земельної ділянки.

Наприклад, технічно нескладні об'єкти, а також об'єкти з використанням проектів масового та повторного застосування I та II категорій проектуються в одну стадію, яка має назву робочий проект (РП). Утім, проектування може здійснюватися також у 2 або 3 стадії.

Відповідно, більш складні об'єкти I та II категорій складності проектуються у 2 стадії: для об'єктів цивільного призначення: 1 – ескізний проект (ЕП), а для об'єктів виробничого призначення – техніко-економічний розрахунок (ТЕР); для обох: 2 – робоча документація (Р).

Для об'єктів III категорії складності проектування здійснюється в 2 стадії: 1 – проект (П); 2 – Р.

Об'єкти IV та V категорій складності проектуються в 3 стадії: 1 – об'єкти цивільного призначення – ЕП, об'єкти виробничого призначення – техніко-економічне обґрунтування (ТЕО); 2 – П; 3 – Р.

По суті ЕП розробляється для принципового визначення вимог до містобудівних, архітектурних, художніх, екологічних та функціональних рішень об'єкта, підтвердження самої можливості його створення.

ТЕР застосовується для технічно нескладних об'єктів виробничого призначення, ТЕО – для об'єктів виробничого призначення, які потребують детального обґрунтування відповідних рішень та визначення варіантів і доцільності будівництва об'єкта. Суть ТЕО та ТЕР полягає в обґрунтуванні потужності виробництва, номенклатури та якості продукції, кооперації виробництва, забезпечення сировиною, матеріалами, напівфабрикатами, паливом, електро- та теплоенергією, водою і трудовими ресурсами, розрахункової вартості будівництва та основних техніко-економічних показників. При підготовці ТЕО (ТЕР) повинна здійснюватись всебічна оцінка впливів діяльності, що планується, на стан навколишнього середовища.

П розробляється для визначення містобудівних, архітектурних, художніх, екологічних, технічних, технологічних, інженерних рішень об'єкта, кошторисної вартості будівництва і техніко-економічних показників.

РП визначає конкретні містобудівні, архітектурні, художні, екологічні, технічні, інженерні рішення об'єкта, кошторисну вартість будівництва, техніко-економічні показники. РП застосовується для технічно нескладних об'єктів, а також об'єктів з використанням проектів масового застосування, є інтегруючою стадією проектування і складається з 2 частин – затверджувальної (пояснювальна записка, кошторисна документація, організація будівництва) та робочих креслень.

До складу Р входять: робочі креслення; кошторисна документація; специфікації обладнання, виробів і матеріалів.

Проекти розробляються на підставі **договорів підряду на виконання проектних робіт**, що укладаються між забудовниками (замовниками) і проєктувальниками згідно зі ст. 324 Господарського кодексу (ГК) України, ст.ст. 887-891 Цивільного кодексу (ЦК) України, ст.ст. 23-24 Закону «Про архітектурну діяльність». Такі договори можна укласти на виконання всього комплексу проектних робіт або щодо окремих стадій та розділів проекту.

За договором підряду на проведення проектних робіт підрядник зобов'язується розробити за завданням замовника проектну документацію, а замовник зобов'язується прийняти та оплатити її. Замовник надає підрядникові вихідні дані, у тому числі ЗП (ЗП може бути підготовлене за дорученням замовника самим підрядником). Підрядник зобов'язаний додержуватись вимог, що містяться у ЗП та інших вихідних даних для проектування та виконання пошукових робіт, і має право відступити від них лише за згодою замовника.

Договір підряду на проведення проектних робіт укладається у простій письмовій формі і повинен містити: найменування сторін; місце і дату укладення; предмет договору (найменування об'єкта, обсяги і види робіт, передбачених проектом); строки початку і завершення виконання робіт; права і обов'язки сторін; вартість робіт; порядок розрахунків за виконані роботи; відповідальність сторін (відшкодування збитків); урегулювання спорів; підстави та умови зміни і розірвання договору.

Замовник зобов'язаний, якщо інше не встановлено договором підряду на проведення проектних та пошукових робіт:

1) сплатити підрядникові встановлену ціну після завершення усіх робіт чи сплатити її частинами після завершення окремих етапів робіт або в іншому порядку, встановленому договором або законом;

2) використовувати проектно-кошторисну документацію, одержану від підрядника, лише для цілей, встановлених договором, не передавати проектно-кошторисну документацію іншим особам і не розголошувати дані, що містяться у ній, без згоди підрядника;

3) надавати послуги підрядникові у виконанні проектних та пошукових робіт в обсязі та на умовах, встановлених договором;

4) брати участь разом з підрядником у погодженні готової проектно-кошторисної документації з уповноваженими органами державної влади та органами місцевого самоврядування;

5) відшкодувати підрядникові додаткові витрати, пов'язані зі зміною вихідних даних для проведення проектних та пошукових робіт внаслідок обставин, що не залежать від підрядника;

6) залучити підрядника до участі у справі за позовом, пред'явленим до замовника іншою особою у зв'язку з недоліками складеної проектно-кошторисної документації або виконаних пошукових робіт.

Підрядник, у свою чергу, зобов'язаний:

1) виконувати роботи відповідно до вихідних даних для проведення проектування та згідно з договором;

2) погоджувати готову проектно-кошторисну документацію із замовником, а в разі необхідності – також з уповноваженими органами державної влади та органами місцевого самоврядування;

3) передати замовникові готову проектно-кошторисну документацію та результати пошукових робіт;

4) не передавати без згоди замовника проектно-кошторисну документацію іншим особам;

5) гарантувати замовникові відсутність у інших осіб права перешкодити або обмежити виконання робіт на основі підготовленої за договором проектно-кошторисної документації.

Підрядник відповідає за недоліки проектно-кошторисної документації та пошукових робіт, в тому числі за недоліки, виявлені згодом у ході будівництва, а також у процесі експлуатації об'єкта, створеного на основі виконаної проектно-кошторисної документації і результатів пошукових робіт.

У разі виявлення недоліків у проектно-кошторисній документації або в пошукових роботах підрядник на вимогу замовника зобов'язаний безоплатно переробити проектно-кошторисну документацію або здійснити необхідні додаткові пошукові роботи, а також відшкодувати завдані збитки, якщо інше не встановлено договором або законом.

Затвердження проекту будівництва здійснює замовник (забудовник). За дво- і тристадійного проектування проекти будівництва затверджуються на стадії П та РП і схвалюються на стадії ТЕО, ТЕР та ЕП.

Попередньо проект засвідчується підписом і скріплюється особистою печаткою архітектора, який має кваліфікаційний сертифікат. Порядок затвердження проектів будівництва і проведення їх експертизи затверджений постановою КМ України від 11 травня 2011 р. № 560.

Проекти будівництва, що реалізуються із залученням державних коштів, затверджують:

- КМ України – щодо об'єктів загальною кошторисною вартістю 100 млн грн. і більше, а також об'єктів, що становлять особливу екологічну небезпеку або реалізуються із залученням іноземних кредитів, що надані під державні гарантії;
- центральні органи виконавчої влади, Рада міністрів Автономної Республіки Крим, обласні, Київська та Севастопольська міські держадміністрації та інші органи державної влади – щодо об'єктів загальною кошторисною вартістю від 30 до 100 млн грн.;

- підприємства, установи та організації державної форми власності – щодо об'єктів загальною кошторисною вартістю до 30 млн грн.

Згідно зі ст. 7 Закону «Про архітектурну діяльність» проектна документація на будівництво об'єктів, розроблена відповідно до містобудівних обмежень і умов і затверджена забудовником, не підлягає більше погодженню з органами виконавчої влади, місцевого самоврядування, охорони культурної спадщини, природоохоронними і санітарно-епідеміологічними органами. Утім, це не скасовує необхідності здійснення експертизи проекту у випадках, визначених законом.

Експертиза проектів будівництва передбачена ст. 8 Закону «Про інвестиційну діяльність» та ст. 31 Закону «Про регулювання містобудівної діяльності», детальне її проведення врегульоване Порядком затвердження проектів будівництва і проведення їх експертизи, затв. постановою КМ України від 11 травня 2011 р. № 560.

Обов'язковій експертизі підлягають лише проекти будівництва об'єктів, які:

- належать до IV і V категорій складності – щодо додержання нормативів з питань санітарного та епідеміологічного благополуччя населення, екології, охорони праці, енергозбереження, пожежної, техногенної, ядерної та радіаційної безпеки, міцності, надійності та необхідної довговічності;
- споруджуються на територіях зі складними інженерно-геологічними та техногенними умовами – в частині міцності, надійності та довговічності (незалежно від категорії складності);
- споруджуються із залученням бюджетних коштів – щодо кошторисної частини проектної документації (незалежно від категорії складності).

У всіх інших випадках експертиза здійснюється лише за бажанням забудовника – замовника проектної документації.

Експертизу проводять експертні організації різних форм власності, що відповідають критеріям, встановленим наказом Мінбуду від 23 травня 2011 р. № 53. Інформація про такі організації оприлюднюється Мінбудом на його офіційному сайті. Конкретна експертна організація, що проводитиме експертизу, визначається самим забудовником.

Строк проведення експертизи за загальним правилом не повинен перевищувати 30 календарних днів. Утім, для об'єктів, що становлять підвищену ядерну та радіаційну небезпеку, і тих, щодо яких проводиться оцінка їх впливу на навколишнє природне середовище, експертиза може тривати до 90 календарних днів, тоді як для об'єктів I-III категорій складності, що споруджуються на територіях зі складними інженерно-геологічними та техногенними умовами, так само як і для кошторисної частини проекту будівництва об'єктів I-III категорій складності, – 15 календарних днів.

За результатами проведеної експертизи експертна організація надсилає її замовникові письмовий звіт, який містить інформацію про:

- дотримання вимог законодавства при розробці проекту;
- допущені помилки, які можуть бути виправлені без коригування проекту будівництва, а також допущені помилки та недотримання зазначених вимог, що потребує коригування проекту будівництва (за наявності).

Якщо проект вимагає коригування, після виправлення помилок проводиться повторна експертиза.

2.6. Правове регулювання стадії будівництва

Визначення способу будівництва. Будівництво може здійснюватися:

- безпосередньо самим забудовником, якщо він має ліцензію на право здійснення будівельної діяльності (т.зв. господарський спосіб будівництва);
- ліцензованою будівельною організацією, з якою укладається договір підряду на капітальне будівництво (т.зв. підрядний спосіб будівництва).

Як зазначає О. Вінник, по суті, поняття «спосіб будівництва» пояснює, чийми, власне, силами та у формі яких правовідносин здійснюється будівництво, при цьому можливий також підрядно-господарський метод, за якого частину робіт забудовник (за наявності ліцензії) виконує своїми силами, а на решту підряджає відповідні будівельні організації¹⁰. **Договір підряду на виконання будівельних робіт** детально врегульований ст.ст. 317-324 ГК України, ст.ст. 837-864, 875-876 ЦК України.

Сторонами договору будівельного підряду, що укладається у простій письмовій формі, є замовник (ним є забудовник) і підрядник (будівельна організація). За договором будівельного підряду підрядник зобов'язується збудувати і здати у встановлений строк об'єкт або виконати інші будівельні роботи відповідно до проектно-кошторисної документації, а замовник зобов'язується надати підрядникові будівельний майданчик (фронт робіт), передати затверджену проектно-кошторисну документацію, якщо цей обов'язок не покладається на підрядника, прийняти об'єкт або закінчені будівельні роботи та оплатити їх.

Договір будівельного підряду укладається на проведення нового будівництва, капітального ремонту, реконструкції (технічного переоснащення) підприємств, будівель (зокрема житлових будинків), споруд, виконання монтажних, пусканалагоджувальних та інших робіт, нерозривно пов'язаних з місцезнаходженням об'єкта.

Згідно з ч. 5 ст. 318 ГК України договір підряду на капітальне будівництво повинен містити: найменування сторін; місце і дату укладення; предмет договору (найменування об'єкта, обсяги і види робіт, передбачених проектом); строки початку і завершення будівництва, виконання робіт; права і обов'язки сторін; вартість і порядок фінансування будівництва об'єкта (робіт); порядок матеріально-технічного, проектного та іншого забезпечення будівництва; режим контролю якості робіт і матеріалів замовником; порядок прийняття об'єкта (робіт); порядок розрахунків за виконані роботи; умови про дефекти і гара-

¹⁰ Вінник О.М. Інвестиційне право: Навчальний посібник. – К.: Атіка, 2000. – С. 50.

нтійні строки; страхування ризиків, фінансові гарантії; відповідальність сторін (відшкодування збитків); урегулювання спорів, підстави та умови зміни і розірвання договору.

Стаття 838 ЦК України встановлює співвідношення генерального підряду і субпідряду. Отже, підрядник має право, якщо інше не встановлено договором, залучити до виконання роботи інших осіб (субпідрядників), залишаючись відповідальним перед замовником за результат їхньої роботи. У цьому разі підрядник виступає перед замовником як генеральний підрядник, а перед субпідрядником – як замовник.

Генеральний підрядник відповідає перед субпідрядником за невиконання або неналежне виконання замовником своїх обов'язків за договором підряду, а перед замовником – за порушення субпідрядником свого обов'язку. Замовник і субпідрядник не мають права пред'являти один одному вимоги, пов'язані з порушенням договорів, укладених кожним з них з генеральним підрядником, якщо інше не встановлено договором або законом.

Згідно з ч. 3 ст. 319 ГК України договір підряду на виконання робіт з монтажу устаткування замовник може укласти з генеральним підрядником або з постачальником устаткування. За згодою генерального підрядника договори на виконання монтажних та інших спеціальних робіт можуть укладатися замовником з відповідними спеціалізованими підприємствами.

Підрядник зобов'язаний виконати роботу, визначену договором підряду, зі свого матеріалу і своїми засобами, якщо інше не встановлено договором, і відповідає за неналежну якість наданих ним матеріалу і устаткування, а також за надання матеріалу або устаткування, обтяженого правами третіх осіб.

Якщо робота виконується частково або в повному обсязі з матеріалу замовника, підрядник відповідає за неправильне використання цього матеріалу. Підрядник зобов'язаний надати замовникові звіт про використання матеріалу та повернути його залишок.

Якщо робота виконується з матеріалу замовника, у договорі підряду мають бути встановлені норми витрат матеріалу, строки повернення його за-

лишку та основних відходів, а також відповідальність підрядника за невиконання або неналежне виконання своїх обов'язків.

Підрядник відповідає за невиконання або неналежне виконання роботи, спричинене недоліками матеріалу, наданого замовником, якщо не доведе, що ці недоліки не могли бути ним виявлені за належного приймання матеріалу.

Підрядник зобов'язаний здійснювати будівництво та пов'язані з ним будівельні роботи відповідно до проектної документації і повинен виконати усі роботи, визначені у проектній документації та в кошторисі (проектно-кошторисній документації), якщо інше не встановлено договором будівельного підряду.

Підрядник, який виявив у ході будівництва не враховані проектною документацією роботи і необхідність у зв'язку з цим проведення додаткових робіт і збільшення кошторису, зобов'язаний повідомити про це замовника.

У разі неодержання від замовника в розумний строк відповіді на своє повідомлення підрядник зобов'язаний зупинити відповідні роботи з віднесенням збитків, завданих цим зупиненням, на замовника. Замовник звільняється від необхідності відшкодування цих збитків, якщо доведе, що у проведенні додаткових робіт немає необхідності.

Матеріально-технічне забезпечення будівництва покладається на підрядника, якщо інше не встановлено договором будівельного підряду (зокрема, договором на замовника може бути покладений обов'язок сприяти підрядникові у забезпеченні будівництва водопостачанням, електроенергією тощо, а також у наданні інших послуг).

Частина 4 ст. 879 ЦК України передбачає, що оплата робіт провадиться після прийняття замовником збудованого об'єкта (виконаних робіт), якщо інший порядок розрахунків не встановлений за погодженням сторін. На практиці, як правило, встановлюється поетапна оплата.

У договорі підряду на капітальне будівництво сторони визначають вартість робіт (ціну договору) або домовляються про спосіб її визначення.

Вартість робіт за договором підряду (компенсація витрат підрядника та належна йому винагорода) може визначатися складанням приблизного або твердого кошторису. Кошторис вважається твердим, якщо договором не передбачено інше. Зміни до твердого кошторису можуть бути внесені лише за погодженням сторін.

У разі виникнення потреби значно перевищити приблизний кошторис підрядник зобов'язаний своєчасно попередити про це замовника. Якщо підрядник не попередив замовника про перевищення кошторису, він зобов'язаний виконати роботу, не вимагаючи відшкодування понесених додаткових витрат.

Підрядник не має права вимагати збільшення твердого кошторису, а замовник – його зменшення. У разі істотного зростання після укладення договору вартості матеріалів та устаткування, які мали бути надані підрядником, а також послуг, що надавалися йому третіми особами, підрядник має право вимагати збільшення встановленої вартості робіт, а у разі відмови замовника – розірвання договору в установленому порядку.

У разі необхідності консервації будівництва з незалежних від сторін обставин замовник зобов'язаний оплатити підрядникові виконані до консервації роботи та відшкодувати йому витрати, пов'язані з консервацією.

Підрядник гарантує досягнення об'єктом будівництва визначених у проектно-кошторисній документації показників і можливість експлуатації об'єкта відповідно до договору протягом гарантійного строку, якщо інше не встановлено договором будівельного підряду. Гарантійний строк становить 10 років від дня прийняття об'єкта замовником, якщо більший гарантійний строк не встановлений договором або законом.

Підрядник відповідає за дефекти, виявлені у межах гарантійного строку, якщо він не доведе, що вони сталися внаслідок: природного зносу об'єкта або його частин; неправильної його експлуатації або неправильності інструкцій щодо його експлуатації, розроблених самим замовником або залученими ним іншими особами; неналежного ремонту об'єкта, який здійснено самим замовником або залученими ним третіми особами.

Гарантійний строк продовжується на час, протягом якого об'єкт не міг експлуатуватися внаслідок недоліків, за які відповідає підрядник.

У разі виявлення протягом гарантійного строку недоліків замовник повинен заявити про них підрядникові в розумний строк після їх виявлення.

Договором будівельного підяду може бути встановлено право замовника оплатити передбачену договором частину ціни робіт, визначеної у кошторисі, після закінчення гарантійного строку.

Частина 3 ст. 322 ГК України встановлює, що позовна давність для вимог, що впливають з неналежної якості робіт за договором підяду на капітальне будівництво, визначається з дня прийняття роботи замовником і становить:

- 1 рік – щодо недоліків некапітальних конструкцій, а у разі якщо недоліки не могли бути виявлені за звичайного способу прийняття роботи, – 2 роки;
- 3 роки – щодо недоліків капітальних конструкцій, а у разі якщо недоліки не могли бути виявлені за звичайного способу прийняття роботи, – 10 років;
- 30 років – щодо відшкодування збитків, завданих замовникові протиправними діями підрядника, які призвели до руйнувань чи аварій.

Якщо договором підяду встановлений гарантійний строк і заява з приводу недоліків роботи зроблена у межах гарантійного строку, перебіг позовної давності починається від дня заявлення про недоліки.

Оформлення права на виконання будівельних робіт здійснюється у різний спосіб залежно від категорії складності об'єкту будівництва відповідно до положень ст.ст. 34-37 Закону «Про регулювання містобудівної діяльності» та постанови КМ України від 13 квітня 2011 р. № 466 «Деякі питання виконання підготовчих і будівельних робіт».

Державним органом, який здійснює оформлення права виконувати будівельні роботи, є ДАБІ/Інспекції ДАБК¹¹.

Отже, забудовник має право виконувати будівельні роботи після:

– *направлення повідомлення про початок виконання будівельних робіт* Інспекції ДАБК за місцезнаходженням об'єкта будівництва – щодо об'єктів, будівництво яких здійснюється на підставі будівельного паспорта. Повідомлення здійснюється не пізніше ніж за один день до початку виконання будівельних робіт. У повідомленні зазначаються дані будівельного паспорта, місцезнаходження об'єкту будівництва, реквізити документів що засвідчують право власності чи користування земельною ділянкою або договору суперфіцію, інформація про підрядників (за наявності), осіб, які здійснюють технічний та/або авторський нагляд за будівництвом;

– *реєстрації* відповідною Інспекцією ДАБК за місцезнаходженням об'єкту будівництва *декларації про початок виконання будівельних робіт* – щодо об'єктів будівництва, що належать до I-III категорій складності. Підставою для відмови у реєстрації декларації Інспекцією є її оформлення з порушенням установлених вимог. Реєстрація здійснюється протягом 5 робочих днів з дня надходження декларації, причому в разі, коли Інспекція не зареєструвала декларацію або не повернула її у зазначений строк, заявник набуває право на виконання будівельних робіт на 11-ий робочий день з дня, коли декларація повинна бути зареєстрована чи повернута. У такому разі декларація вважається зареєстрованою. Декларація містить ті самі дані, що й будівельний паспорт, а також детальну характеристику проекту будівництва і відомості про проектувальника;

– *видачі* забудовнику відповідною Інспекцією ДАБК *дозволу на виконання будівельних робіт* – щодо об'єктів будівництва, що належать до IV і V

¹¹ ДАБІ є центральним органом виконавчої влади, діяльність якого спрямовується і координується КМ України через Мінбуд України, входить до системи органів виконавчої влади і забезпечує реалізацію державної політики з питань державного архітектурно-будівельного контролю та контролю у сфері житлово-комунального господарства. Інспекції ДАБК є, відповідно, територіальними органами ДАБІ в областях, містах Києві, Севастополі, Автономній Республіці Крим.

категорій складності. Такий дозвіл надає Інспекція ДАБК за місцезнаходженням об'єкта, а щодо об'єкта, розміщеного на території кількох адміністративно-територіальних одиниць, – ДАБІ. Для отримання дозволу замовник (його уповноважена особа) звертається до відповідної Інспекції із заявою, до якої додається ряд документів, у т.ч.: копія документа, що посвідчує право власності чи користування земельною ділянкою, або копія договору суперфіцію; проектна документація на будівництво, розроблена та затверджена в установленому законодавством порядку; копія документа, що посвідчує право власності на будинок чи споруду, або письмова згода його власника на проведення будівельних робіт у разі реконструкції, реставрації, капітального ремонту об'єкта; копії документів про призначення осіб, відповідальних за виконання будівельних робіт, осіб, які здійснюють авторський і технічний нагляд, та інші документи. Інспекція протягом 10 робочих днів з дня реєстрації заяви приймає рішення про надання дозволу або відмову в його видачі, причому відмова можлива з таких підстав: неподання документів, необхідних для прийняття рішення про видачу такого дозволу; невідповідність поданих документів вимогам законодавства; виявлення недостовірних відомостей у поданих документах. У разі прийняття рішення про відмову у видачі дозволу Інспекція надсилає заявнику протягом 10 робочих днів з дня реєстрації заяви лист з обґрунтуванням причин відмови. У разі коли в установлений строк Інспекцією не видано дозвіл або відмову в його видачі, замовник звертається до ДАБІ для вжиття протягом 10 робочих днів заходів, пов'язаних з видачею зазначеного дозволу або відмовою в його видачі. Якщо протягом зазначеного строку не видано дозвіл або відмову в його видачі, право на виконання будівельних робіт виникає на 10-ий робочий день з дня реєстрації звернення до зазначеної Інспекції, а дозвіл вважається виданим.

Повідомлення про початок будівельних робіт, декларація про початок будівельних робіт та документи на отримання дозволу на виконання будівельних робіт надаються забудовником особисто або надсилаються рекомендованим листом з описом вкладення. Оформлення здійснюється безоплатно, доку-

менти, що надають право на виконання будівельних робіт, є чинними до завершення будівництва.

Розглянемо також правовий інститут підготовчих робіт, що передбачений ст. 35 Закону «Про регулювання містобудівної діяльності» і детально розкривається у постанові КМ України від 13 квітня 2011 р. № 466 «Деякі питання виконання підготовчих і будівельних робіт».

Підготовчі роботи – це роботи з підготовки земельної ділянки, влаштування огороження будівельного майданчика та знесення будівель і споруд, порушення елементів благоустрою в межах відведеної земельної ділянки під забудову, вишукувальні роботи, роботи зі спорудження тимчасових виробничих та побутових споруд, необхідних для організації і обслуговування будівництва, улаштування під'їзних шляхів, складування будівельних матеріалів, підведення тимчасових інженерних мереж, а також з винесення інженерних мереж та видалення зелених насаджень.

Такі підготовчі роботи, за винятком робіт з винесення інженерних мереж та видалення зелених насаджень, можуть здійснюватися особою, яка оформила право власності, користування земельної ділянки або уклала щодо ділянки договір суперфіцію за умови повідомлення відповідної Інспекції ДАБК про початок виконання підготовчих робіт.

Для здійснення робіт з винесення інженерних мереж та видалення зелених насаджень необхідно зареєструвати в Інспекції ДАБК декларацію про початок виконання будівельних робіт (реєстрація здійснюється у 5-денний строк у порядку, подібному до порядку реєстрації будівельної декларації).

Оформлення права на здійснення підготовчих робіт не надає права здійснювати роботи будівельні, натомість, оформивши відповідно до законодавства право на виконання будівельних робіт, забудовник автоматично отримує право здійснювати і підготовчі роботи.

Відомості щодо отриманих повідомлень про початок виконання будівельних/підготовчих робіт, поданих та зареєстрованих декларацій про початок виконання будівельних/підготовчих робіт, виданих, переоформлених, анулюо-

ваних дозволів вносяться до Єдиного реєстру отриманих повідомлень про початок виконання підготовчих і будівельних робіт, зареєстрованих декларацій про початок виконання підготовчих і будівельних робіт, виданих дозволів на виконання будівельних робіт, зареєстрованих декларацій про готовність об'єкта до експлуатації та виданих сертифікатів, відмов у реєстрації таких декларацій та у видачі таких дозволів і сертифікатів – єдиної комп'ютерної бази даних, функціонування якої забезпечує ДАБІ у порядку, визначеному наказом Мінбуду від 24 червня 2011 р. № 92 (далі – Єдиний будреєстр).

У разі оформлення права на виконання будівельних/підготовчих робіт у забудовника виникають такі зобов'язання щодо інформування про цей факт:

– при оформленні права на виконання будівельних робіт шляхом направлення повідомлення Інспекції ДАБК – протягом 7 календарних днів з дня подання до Інспекції повідомлення письмово поінформувати про це виконавчий орган сільської, селищної, міської ради або місцеву держадміністрацію за місцезнаходженням об'єкта будівництва, а також державні органи у сфері пожежної та техногенної безпеки;

– при реєстрації декларації про початок виконання будівельних/підготовчих робіт або отриманні дозволу – поінформувати зазначені вище органи, а також, якщо йдеться про будівельні (не підготовчі) роботи – розмістити інформацію про зареєстровану декларацію, виданий дозвіл, відомості про найменування об'єкта, зображення об'єкта та його основні техніко-економічні показники, замовника, проектувальника, підрядників, осіб, відповідальних за здійснення авторського і технічного нагляду, відповідальних за виконання робіт, на стенді завдовжки не менш як 1,5 метра і завширшки не менш як 1 метр, що встановлюється на будівельному майданчику в доступному для огляду місці.

У свою чергу виконавчий орган сільської, селищної, міської ради, місцева держадміністрація повідомляють через місцеві засоби масової інформації про початок виконання будівельних робіт на об'єктах будівництва, що нале-

жать до IV і V категорій складності, на території відповідної адміністративно-територіальної одиниці.

Оформлення права на виконання будівельних робіт є останнім формальним етапом процедури забудови перед початком, власне, будівництва; повідомлення/декларація про початок виконання будівельних робіт, дозвіл на їх виконання є, так би мовити, остаточними документами, які підтверджують законність будівництва, що розпочинається.

Здійснення будівництва без оформлення права на виконання будівельних робіт може тягти адміністративну, кримінальну відповідальність та/або знесення такого самочинно збудованого об'єкту.

Законодавство передбачає таку адміністративну відповідальність за виконання будівельних робіт без отримання дозволу на виконання будівельних робіт:

– для юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців – штраф у розмірі від 18 до 900 мінімальних розмірів заробітної плати залежно від складності об'єкту (ст. 2 Закону «Про відповідальність за правопорушення у сфері містобудівної діяльності»);

– для фізичних осіб – штраф у розмірі від 5 до 10, для посадових осіб – від 9 до 18 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян (ст. 97 КпАП).

Слід також зазначити, що передбачена ст. 197-1 Кримінального кодексу (КК) України кримінальна відповідальність за самовільне будівництво настає лише у випадку, якщо таке будівництво відбувається на самовільно зайнятій земельній ділянці, отже, будівництво особою без отримання дозволу на виконання будівельних робіт на законно відведеній такій особі ділянці не є кримінально караним.

Незалежно від заходів щодо притягнення винних осіб до адміністративної чи кримінальної відповідальності, відповідно до ст. 38 Закону «Про регулювання містобудівної діяльності» Інспекція ДАБК у разі виявлення факту самочинного будівництва об'єкта, перебудова якого з метою усунення істотного відхилення від проекту або усунення порушень законних прав та інте-

ресів інших осіб, істотного порушення будівельних норм є неможливою, видає особі, яка здійснила (здійснює) таке будівництво, припис про усунення порушень вимог законодавства у сфері містобудівної діяльності, державних будівельних норм, стандартів і правил з визначенням строку для добровільного виконання припису.

У разі якщо особа в установлений строк добровільно не виконала вимоги, встановлені у приписі, Інспекція подає позов до суду про знесення самочинно збудованого об'єкта та компенсацію витрат, пов'язаних з таким знесенням. За рішенням суду самочинно збудований об'єкт підлягає знесенню з компенсацією витрат, пов'язаних зі знесенням об'єкта, за рахунок особи, яка здійснила (здійснює) таке самочинне будівництво.

Будівництво є, фактично, низкою будівельних робіт, а з інвестиційно-правової точки зору – втіленням власних грошових інвестицій забудовника або залучених ним у третіх осіб грошових інвестицій у матеріальну форму нерухомості, що будується. Отже, це – інвестування *de facto*, матеріалізація інвестиції, а відтак – найважливіша складова етапу внесення інвестиції у процесі інвестування. Якщо будівництво здійснюється підрядним способом, будівництво становить також виконання підрядником зобов'язань за договором підряду з метою реалізації проекту будівництва.

За процесом будівництва здійснюються наступні види нагляду за дотриманням проектних рішень та вимог державних стандартів, будівельних норм і правил, якістю виконаних робіт та їх обсягами:

- *Авторський нагляд архітектора* – нагляд генерального проєктувальника (див. ст. 11 Закону «Про архітектурну діяльність», Порядок здійснення архітектурного нагляду під час будівництва об'єкта архітектури, затв. постановою КМ України від 11 липня 2007 р. № 903) за додержанням проєкту під час будівництва. Авторський нагляд здійснюється на підставі окремого договору між забудовником і архітектором і дістає вияв фактично у систематичному відвідуванні об'єкта представниками групи авторського нагляду згідно з планом-графіком

або за викликом замовника (виходячи з виробничої потреби). Результати авторського нагляду фіксуються у спеціальному журналі. У разі відхилення будівництва від проекту або вимог законодавства архітектор повідомляє про це забудовника та Інспекцію ДАБК;

- *Технічний нагляд забудовника*, для здійснення якого забудовник наймає на договірних засадах сертифікованих ДАБІ спеціалістів (див. ст.ст. 1, 11 Закону «Про архітектурну діяльність», Порядок здійснення технічного нагляду під час будівництва об'єкта архітектури, затв. постановою КМ України від 11 липня 2007 р. № 903). Предметом технічного нагляду є: якісні характеристики матеріалів, що використовуються під час будівництва об'єкта; відповідність виконаних будівельно-монтажних робіт і матеріалів проектним рішенням, вимогам державних стандартів, будівельних норм і правил, технічних умов та інших нормативних документів; відповідність обсягів та якості виконаних будівельно-монтажних робіт проектно-кошторисній документації; облік обсягів прийнятих і оплачених будівельно-монтажних робіт, а також будівельно-монтажних робіт, виконаних з недоліками, тощо. Так само, як і у випадку з архітектурним наглядом, у разі виявлення порушень спеціаліст повідомляє про це забудовника та Інспекцію ДАБК;
- *Державний архітектурно-будівельний контроль ДАБІ/Інспекцій ДАБК* здійснюється з питань додержання вимог законодавства у сфері містобудівної діяльності, проектної документації, будівельних норм, державних стандартів і правил, технічних умов, інших нормативних документів під час виконання підготовчих і будівельних робіт, архітектурних, інженерно-технічних і конструктивних рішень, застосування будівельної продукції. Здійснюючи ДАБК, посадові особи відповідних Інспекцій мають відповідні права, зокрема, але не обмежуючись – право безперешкодного доступу на об'єкти будівництва; право вимагати розкриття конструктивних елементів об'єктів

будівництва; право давати обов'язкові до виконання приписи; право зупиняти будівельні роботи і накладати адміністративні стягнення, у тому числі штрафи (див. ст. 10 Закону «Про архітектурну діяльність», ст. 41 Закону «Про регулювання містобудівної діяльності», п. 11 Порядку здійснення державного архітектурно-будівельного контролю, затв. постановою КМ України від 23 травня 2011 р. № 553).

2.7. Прийняття в експлуатацію закінчених будівництвом об'єктів

Прийняття в експлуатацію закінчених будівництвом об'єктів регулюється ст. 39 Закону «Про регулювання містобудівної діяльності», Порядком прийняття в експлуатацію закінчених будівництвом об'єктів, затв. постановою КМ України від 13 квітня 2011 р. № 461.

Прийняття в експлуатацію закінчених будівництвом об'єктів здійснюється у різному порядку залежно від категорії їх складності і, відповідно, від того, як оформлювалася вся попередня правова процедура будівництва:

- *Об'єкти I-III категорій складності* (у тому числі об'єкти, будівництво яких здійснювалося на підставі будівельного паспорту) приймаються в експлуатацію шляхом реєстрації відповідною Інспекцією ДАБК *декларації про готовність об'єкта до експлуатації*. Така декларація подається забудовником, який підписує і скріплює печаткою кожну сторінку документу, і містить інформацію про об'єкт будівництва, його кошторисну вартість, забудовника, генеральних проєктувальника і підрядника, осіб, які здійснювали авторський і технічний нагляд, проєкт та/або будівельний паспорт, документи, якими оформлено право на виконання будівельних робіт, страховика (якщо будівництво було застраховане), а також твердження (власне декларацію) про те, що об'єкт є готовим до експлуатації, на об'єкті виконані всі

роботи, передбачені проектною документацією, згідно з державними будівельними нормами, стандартами і правилами, встановлене все необхідне обладнання, здійснені всі належні заходи з охорони праці, забезпечення вибухобезпеки, пожежної безпеки, охорони навколишнього природного середовища. Інспекція ДАБК перевіряє протягом 10 робочих днів з дати подання (надходження) до неї декларації повноту даних, зазначених у ній, та реєструє декларацію, або у разі коли декларація подана чи оформлена з порушенням установлених вимог, повертає її на доопрацювання з обґрунтуванням підстав повернення. Один примірник зареєстрованої декларації видається замовнику, а другий залишається в Інспекції ДАБК, яка її зареєструвала;

- *Об'єкти IV-V категорій* приймаються в експлуатацію шляхом оформлення забудовником *акту готовності об'єкта до експлуатації* і видачі Інспекцією ДАБК *сертифіката*. Першим етапом є оформлення акту готовності об'єкта до експлуатації, який містить ті самі дані, що і декларація про готовність об'єкта до експлуатації (див. вище), але підписується не лише забудовником, а й генеральним проектувальником, генеральним підрядником або підрядником (у разі якщо будівельні роботи виконуються без залучення субпідрядників), субпідрядниками, страховиком (якщо об'єкт застрахований). Збудовник подає такий акт разом із супровідною заявою до Інспекції ДАБК, яка надавала дозвіл на виконання будівельних робіт. Отримавши ці документи, Інспекція не пізніше ніж на 3-й робочий день після реєстрації заяви розпочинає перевірку документів, яка триває не більше ніж 4 робочих дні. Під час проведення перевірки Інспекція ДАБК має право відбирати зразки продукції, призначати експертизу, одержувати проектну та іншу документацію, пов'язану з будівництвом, інші матеріали, відомості, довідки та пояснення з питань, що виникають, та залучати у разі потреби установи, організації, державні органи. Рішення про видачу сертифіката або про відмову у видачі прийма-

ється протягом 10 робочих днів з дати реєстрації заяви. Підставою для відмови у видачі сертифіката є: неподання документів, необхідних для прийняття рішення про видачу сертифіката; виявлення недостовірних відомостей у поданих документах; невідповідність об'єкта проектній документації та вимогам державних будівельних норм, стандартів і правил.

Експлуатація закінчених будівництвом об'єктів, не прийнятих в експлуатацію, прямо забороняється законодавством, порушення цієї заборони є підставою для стягнення з винної особи штрафу у розмірі від 18 до 900 мінімальних розмірів заробітної плати залежно від складності об'єкту (ст. 2 Закону «Про відповідальність за правопорушення у сфері містобудівної діяльності»).

Незалежно від того, в якому порядку об'єкт будівництва приймається в експлуатацію, на ньому повинні бути виконані всі передбачені проектною документацією та державними будівельними нормами роботи, а також змонтоване і випробуване обладнання.

На об'єкті виробничого призначення, де встановлено технологічне обладнання, повинні бути проведені пусконаладжувальні роботи, створено безпечні умови для роботи виробничого персоналу та перебування людей відповідно до вимог нормативно-правових актів з охорони праці та промислової безпеки, пожежної та техногенної безпеки, екологічних та санітарних норм.

Житлові будинки, в яких квартири та інші приміщення побудовані за кошти фізичних та юридичних осіб, можуть прийматися в експлуатацію без виконання внутрішніх опоряджувальних робіт, які не впливають на експлуатацію будинків, якщо це обумовлено умовами інвестування та за умови дотримання при цьому санітарних, протипожежних і технічних вимог. Натомість житлові будинки, в яких квартири побудовані за кошти державного бюджету, місцевих бюджетів для соціально незахищених верств населення (інваліди, учасники ВВВ, багатодітні сім'ї, громадяни, що постраждали внаслідок Чорнобильської катастрофи, тощо), приймаються в експлуатацію за умови виконання опоряджувальних робіт у повному обсязі.

Датою прийняття в експлуатацію закінченого будівництвом об'єкта є дата реєстрації декларації про готовність об'єкта до експлуатації або видачі сертифіката. Відомості про всі такі декларації і сертифікати вносяться до Єдиного будреєстру у порядку, передбаченому наказом Мінбуду від 24 червня 2011 р. № 92.

Зареєстрована декларація або сертифікат є підставою для укладення договорів про постачання на прийнятий в експлуатацію об'єкт необхідних для його функціонування ресурсів – води, газу, тепла, електроенергії (має бути здійснене протягом 10 днів з моменту звернення до відповідних служб), включення даних про такий об'єкт до державної статистичної звітності і, на решті, оформлення права власності на нього.

2.8. Виникнення, оформлення та реєстрація права власності на новозбудовану нерухомість

Момент виникнення права власності на завершену будівництвом нерухомість. Право власності на такі об'єкти виникає згідно зі ст. 331 ЦК України після завершення будівництва, прийняття в експлуатацію та з моменту державної реєстрації права власності.

Як вже зазначалося, ранні редакції попереднього Закону «Про планування і забудову територій», скасованого у зв'язку з прийняттям Закону «Про регулювання містобудівної діяльності», передбачали лише одну правову процедуру будівництва, подібну до тієї, яка зараз застосовується при будівництві найскладніших об'єктів IV-V категорій складності. Ця обставина є однією з головних причин повсюдного поширення практики будівництва об'єктів взагалі поза будь-якими правовими процедурами з наступною «екстремальною» їх легалізацією через судові рішення з вельми сумнівним правовим обґрунтуванням.

Також слід додати, що попередня редакція ст. 331 ЦК України дозволяла здійснення державної реєстрації права власності на недобудоване нерухоме

майно у разі, якщо за заявою заінтересованої особи суд визнавав її власником недобудованого нерухомого майна. Це було можливо, якщо суд встановлював, що частка робіт, яка не виконана відповідно до проекту, є незначною. Саме ця норма була нормативно-правовою підставою поширення судової практики «екстремальної» легалізації прав на новостворену нерухомість. Реалізація цих положень ст. 331 ЦК України на практиці призвела до численних зловживань при «узаконюванні» об'єктів, збудованих без оформлення будівельної документації та всупереч вимогам документації містобудівної, тому ці положення було скасовано. Утім, така практика залишилась навіть після скасування єдиної нормативно-правової підстави її існування.

Як наслідок, прийняття об'єкту в експлуатацію у багатьох випадках не відбувалося: після фактичного завершення будівництва забудовник звертався до суду з надуманим позовом про визнання його права власності до пов'язаних з ним осіб і, користуючись тим, що судові рішення, яке набуло законної сили, розглядається як один з правовстановлювальних документів, надавав таке рішення для здійснення державної реєстрації права власності на новозбудовану нерухомість.

Отже, одним із завдань спрощення правових процедур будівництва і вдосконалення процедури державної реєстрації прав на нерухоме майно стало саме припинення практики «екстремальної» легалізації новозбудованої нерухомості.

Система реєстрації прав на нерухомість: загальні зауваження. Оскільки нерухоме майно є найважливішим видом об'єктів прав, суспільство заінтересоване у чіткій ідентифікації як прав на це майно, так і обмежень цих прав, а також осіб, яким ці права належать. Як наслідок, у більшості країн існують національні системи державної реєстрації прав на нерухомість та їх обмежень.

Згідно зі ст. 331 ЦК України право власності на новозбудовані будівлі та споруди виникає після завершення будівництва, прийняття в експлуатацію та з моменту державної реєстрації права; право власності на будівлі та споруди,

що відчужуються, – після вчинення відповідного правочину, з моменту реєстрації цього права.

Утім, система реєстрації прав на нерухомість в Україні перебуває у стані реформування: хоча Закон України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» був прийнятий ще 1 липня 2004 р., його положення фактично не застосовуються, оскільки передбачена цим Законом система державної реєстрації прав на землю разом зі збудованою на ній нерухомістю перебуває у стадії формування, яке має бути завершене не пізніше 1 січня 2013 р.¹².

Таким чином, слід розглянути 2 системи державної реєстрації прав на нерухоме майно:

- наявну *de facto*, яка діє до 1 січня 2013 р.;
- перспективну, передбачену Законом «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» і прийнятими відповідно до нього підзаконними актами, яка розпочне діяльність з 1 січня 2013 р., якщо строк її формування не буде продовжений.

Державна реєстрація прав проводиться на підставі особливих, так званих правовстановлювальних документів:

- 1) договорів, укладених у порядку, встановленому законом;
- 2) свідоцтв про право власності на нерухоме майно (до створення нової системи реєстрації прав на нерухомість такі свідоцтва видаються виконавчими комітетами місцевих рад, після – самими державними реєстраторами Укрдержреєстру)¹³;

¹² Слід зазначити, що термін і умови завершення формування нової системи державної реєстрації прав на нерухоме майно декілька раз переносився.

¹³ Відповідно до ст. 18 Закону «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» свідоцтво про право власності на нерухоме майно, що підтверджує виникнення права власності при здійсненні державної реєстрації прав на нерухоме майно, видається фізичним та юридичним особам на новозбудовані, реконструйовані об'єкти нерухомого майна; членам житлового, житлово-будівельного, дачного, гаражного чи іншого відповідного кооперативу, які повністю внесли свої пайові внески; юридичним особам у разі внесення до статутного фонду (статутного або складеного капіталу) об'єктів нерухомого майна їх засновниками (учасниками); фізичним особам та юридичним особам, які в разі ліквідації (реорганізації) юридичної особи отримали у власність у встановленому законодавством порядку нерухоме майно юридичної особи, що ліквідується (реорганізується); фізич-

3) свідоцтв про право власності, виданих органами приватизації наймачам житлових приміщень у державному та комунальному житловому фонді;

4) державних актів на право власності або постійного користування на земельну ділянку у випадках, встановлених законом;

5) рішень судів, що набрали законної сили;

6) інших документів, що підтверджують виникнення, перехід, припинення прав на нерухоме майно, поданих органу державної реєстрації прав разом із заявою (наприклад, свідоцтво про право на спадщину, видане нотаріусом або консульською установою України, свідоцтво про придбання майна з прилюдних торгів (аукціонів) та свідоцтво про придбання майна з прилюдних торгів (аукціонів), якщо прилюдні торги (аукціони) не відбулися, видані нотаріусом тощо).

Підтвердженням здійснення реєстрації прав (обтяжень прав) на нерухоме майно є витяг з відповідного реєстру.

Слід зауважити, що правовстановлювальним документом для новозбудованого нерухомого майна, у тому числі житла, є свідоцтво про право власності. Рішення суду може визначати зміни у правовому статусі житла як об'єкта нерухомості, утім, легалізація створення нового об'єкту через рішення суду є правовою аномалією.

Система реєстрації прав на нерухоме майно в Україні до 1 січня 2013 р. Наявна система реєстрації прав на нерухоме майно в Україні передбачає окреме оформлення і реєстрацію прав на земельні ділянки та на збудовану на них нерухомість різними органами за різними процедурами. Фактично це 2 системи, які сформувалися у різні часи на різних правових підставах і які діють паралельно.

ним особам та юридичним особам, що вийшли зі складу засновників (учасників) юридичної особи за рішенням органу, уповноваженого на це установчими документами, отримали у власність об'єкт нерухомого майна, переданий їм; реабілітованим громадянам, яким повернуто у власність належні їм об'єкти нерухомого майна; у разі виділення окремого об'єкта нерухомого майна зі складу об'єкта нерухомого майна, що складається із 2 або більше об'єктів; фізичним та юридичним особам на об'єкти нерухомого майна, які в установленому порядку переведені з житлових у нежитлові і навпаки; в інших випадках, встановлених законом.

Отже, згідно з п. 4 постанови КМ України від 17 липня 2003 р. № 1088 «Про створення єдиної системи державної реєстрації земельних ділянок, нерухомого майна та прав на них у складі державного земельного кадастру» до створення державного реєстру прав на землю та нерухоме майно:

- *Центр державного земельного кадастру при Державному агентстві земельних ресурсів України* (далі – Центр ДЗК) проводить реєстрацію земельних ділянок та прав на них шляхом внесення записів про реєстрацію земельних ділянок та прав на них до бази даних Державного реєстру земель, а *комунальні підприємства бюро технічної інвентаризації* вносять дані про об'єкти нерухомого майна, розташовані на земельних ділянках, та права на них до бази даних Державного реєстру прав власності на нерухоме майно;
- Адміністратором бази даних Державного реєстру земель є Центр ДЗК при *Державному агентстві земельних ресурсів України*;
- Адміністратором бази даних Державного реєстру прав власності на нерухоме майно є Державне підприємство «Інформаційний центр» Міністерства юстиції України.

Наявна система реєстрації прав на нерухоме майно є, фактично, перехідною, має тимчасовий характер. Це вбачається навіть у тому, що оформлення та реєстрація права власності на будівлі, споруди (у тому числі на новозбудовані) та їх частини відбувається відповідно до затвердженого наказом Міністерства юстиції України від 7 лютого 2002 р. № 7/5 Тимчасового положення про порядок державної реєстрації права власності на нерухоме майно (зараз діє в редакції наказу від 28 липня 2010 р. № 1692/5), а база даних, яка використовується Центром ДЗК, має назву Перехідної кадастрово-реєстраційної системи. Також слід відзначити поступове розширення обсягу прав, що підлягають реєстрації: якщо у 2002 р. БТІ реєстрували лише право власності на нерухомість, то у 2011-2012 рр. – права власності та права користування (сервітут) на об'єкти нерухомого майна, розташовані на земельних ділянках; права користування (найму, оренди) будівлею або іншими капітальними спорудами, їх

окремими частинами; права власності на об'єкти незавершеного будівництва; довірче управління нерухомим майном, а також здійснювали облік безхазяйного нерухомого майна.

Ще однією особливістю тимчасової системи є те, що обтяження об'єктів нерухомого майна фіксуються не у зазначених вище реєстрах, а в окремих реєстрах: у Єдиному реєстрі заборон відчуження об'єктів нерухомого майна, Державному реєстрі іпотек і Державному реєстрі обтяжень рухомого майна (у тому, що стосується податкової застави).

Отже, до 1 січня 2013 р. діє такий порядок оформлення і державної реєстрації прав на новозбудовану нерухомість: після введення об'єкта в експлуатацію спеціалізовані комунальні підприємства – бюро технічної інвентаризації (БТІ) здійснюють технічну інвентаризацію такої нерухомості, після чого на підставі документів, що посвідчують права забудовника на земельну ділянку та прийняття об'єкта в експлуатацію, органи місцевого самоврядування оформлюють право власності і видають власникові правовстановлювальний документ – свідоцтво про право власності. Реєстрацію права власності здійснюють БТІ, які на підставі цього правовстановлювального документу вносять дані про новий об'єкт нерухомості та його власника до Реєстру прав власності на нерухоме майно. З цього моменту і виникає право власності на новозбудовану нерухомість.

Система реєстрації прав на нерухоме майно в Україні після 1 січня 2013 р. будуватиметься на засадах, передбачених Законом «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень». Виходячи з цих засад:

- Створюється Державний реєстр речових прав на нерухоме майно, тобто *єдина державна інформаційна система*, що містить відомості про права на нерухоме майно, їх обтяження, а також про об'єкти та суб'єктів цих прав;
- Діяльність реєстру забезпечує *єдиний орган* – Державна реєстраційна служба України (Укрдержреєстр), що є центральним органом вико-

навчої влади, діяльність якого спрямовується і координується КМ України через Міністра юстиції України;

- *Зазначений реєстр є єдиною базою даних, в якому реєструються права на всю нерухомість, тобто земельні ділянки та розташовані на земельних ділянках об'єкти нерухомого майна, переміщення яких неможливе без їх знецінення та зміни призначення, а саме: житлові будинки; квартири; будівлі, в яких розташовані приміщення, призначені для перебування людини, розміщення рухомого майна, збереження матеріальних цінностей, здійснення виробництва тощо; споруди (інженерні, гідротехнічні тощо) – земельні поліпшення, що не належать до будівель та приміщень, призначені для виконання спеціальних технічних функцій; приміщення – частини внутрішнього об'єму житлових будинків, будівель, квартир, обмежені будівельними елементами;*
- *У реєстрі реєструються і права, і обтяження щодо нерухомого майна, а саме: право власності на нерухоме майно; право володіння; право користування (сервітут); право користування земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб (емфітевзис); право забудови земельної ділянки (суперфіцій); право господарського відання; право оперативного управління; право постійного користування та право оренди земельної ділянки; право користування (найму, оренди) будівлею або іншими капітальними спорудами, їх окремими частинами; іпотека; довірче управління майном; інші речові права відповідно до закону; податкова застава, предметом якої є нерухоме майно, та інші обтяження. Слід зазначити, що Закон «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» та прийняті на його підставі нормативно-правові акти декларують, серед іншого, можливість здійснення реєстрації прав на підприємство як нерухомість, тобто як цілісний майновий комплекс за цивілістичною концепцією, передбаченою ст. 191 ЦК України, але не встановлюють діє-*

вого правового механізму реалізації такої можливості. Отже, концепція підприємства як об'єкту прав залишається недіючою.

Державний реєстр речових прав на нерухоме майно містить відомості про зареєстровані права і обтяження, суб'єктів прав, об'єкти нерухомого майна, документи, на підставі яких проведено державну реєстрацію прав, і картографічні (графічні) дані¹⁴. Порядок державної реєстрації прав на нерухоме майно та їх обтяжень затверджений постановою КМ України від 22 червня 2011 р. № 703. Невід'ємною складовою частиною реєстру є база даних про реєстрацію заяв і запитів та реєстраційні справи.

Отже, після 1 січня 2013 р. БТІ відповідатимуть лише за технічну інвентаризацію нерухомості, тоді як і видачу правовстановлювального документу (так само – свідоцтва про право власності), і державну реєстрацію прав здійснюватимуть державні реєстратори Укрдержреєстру.

¹⁴ Стаття 30 Закону України від 7 липня 2011 р. «Про Державний земельний кадастр» встановлює засади взаємодії Центру ДЗК і Укрдержреєстру. Отже, первинну реєстрацію земельної ділянки як майбутнього об'єкту прав здійснює Центр ДЗК шляхом внесення земельної ділянки до Державного земельного кадастру. При цьому Центр ДЗК надає Укрдержреєстру відомості про: державну реєстрацію земельної ділянки (дату державної реєстрації, орган, що здійснив таку реєстрацію); кадастровий номер, площу, місце розташування земельної ділянки; кадастровий план зареєстрованої земельної ділянки в електронній (цифровій) формі і надає доступ до перегляду кадастрових карт (планів). Укрдержреєстр, у свою чергу, надає Центру ДЗК відомості щодо суб'єктів права власності та інших речових прав на земельну ділянку, державної реєстрації таких прав. Отже, Державний земельний кадастр існує паралельно з Державним реєстром речових прав на нерухоме майно, утім, відомості щодо *параметрів* земельної ділянки визначаються даними реєстрації земельної ділянки у Державному земельному кадастрі, натомість відомості щодо *прав і обтяжень прав* на цю ділянку, так само як і на всі споруджені на ній об'єкти нерухомості, визначаються реєстрацією цих прав в Державному реєстрі речових прав на нерухоме майно, що її здійснює Укрдержреєстр.

2.9. Правовий статус об'єктів незавершеного будівництва

Як вже було зазначено, статус новоствореної будівлі (споруди) виникає після завершення її будівництва, прийняття її в експлуатацію та державної реєстрації права власності першого власника (ч. 2 ст. 331 ЦК України).

До цього моменту з правової точки зору завершена будівництвом будівля (споруда) не існує, отже, може йтися про:

- Будівельні матеріали;
- Об'єкт незавершеного будівництва;
- Будівельні матеріали разом із об'єктом незавершеного будівництва (як головну річ і приналежність, оскільки вони необхідні для будівництва)¹⁵.

Утім, процес будівництва полягає, фактично, у тому, що будівельні матеріали і обладнання припиняють самотійне буття і стають невід'ємними частинами об'єкту незавершеного будівництва.

Відповідно, об'єкт незавершеного будівництва є, по суті, самотійною річчю зі власним правовим значенням, він є чимось більшим, ніж простою сумою витрачених будівельних матеріалів, більша частина яких назавжди припинила самотійне існування і не може бути використана навіть після демонтажу.

Легальне визначення об'єкту незавершеного будівництва містить ст. 1 Закону України від 5 червня 2003 р. «Про іпотеку», згідно з якою це – об'єкт будівництва, на який видано дозвіл на будівництво, понесені витрати на його спорудження та який не прийнятий в експлуатацію відповідно до законодавства.

Отже, як по суті, так і з точки зору законодавства, об'єкт незавершеного будівництва може розглядатися як окремий об'єкт прав.

¹⁵ Спасибо-Фатеева І. Особливості посвідчення договорів відчуження та іпотеки об'єктів нерухомого майна незавершеного будівництва // Мала енциклопедія нотаріуса. – 2008. – № 4. – С. 50.

Згідно з ч. 1 ст. 181 ЦК України до нерухомих речей належать об'єкти, розташовані на земельній ділянці, переміщення яких є неможливим без їх знецінення та зміни їх призначення. Об'єкт незавершеного будівництва відповідає цьому критерію. Визнання цього законодавцем впливає також з ч. 3 ст. 3 Закону «Про іпотеку», згідно з якою іпотечний договір щодо майнових прав на нерухомість, будівництво якої не завершено, посвідчується нотаріусом на підставі документів, що підтверджують майнові права на цю *нерухомість*.

Утім, відповідно до абз. 1 ч. 3 ст. 331 ЦК України до завершення будівництва (створення майна) особа вважається власником матеріалів, обладнання тощо, які були використані в процесі цього будівництва (створення майна).

Можна бачити, що між наведеними вище положеннями законодавства існує суперечність. Ця суперечність є наслідком того, що положення ЦК України втілюють традиційний радянський підхід (за тих часів ідентифікація власника не була актуальним питанням, а передача недобудованого майна від однієї державної організації іншій була радше бухгалтерською, ніж правовою проблемою), тоді як положення Закону «Про іпотеку» виходять з нових реалій обороту, ускладнених світовою фінансовою кризою, яка вплинула насамперед на будівельну галузь, внаслідок чого будівництво багатьох об'єктів було зупинене на невизначений строк, а у багатьох забудовників виникла необхідність залучати додаткові кошти у будівництво під заставу (іпотеку) такої недобудованої нерухомості.

Зазначену суперечність певною мірою вирішує абз. 2 ч. 3 ст. 331 ЦК України, згідно з яким у разі необхідності власник матеріалів і обладнання може укласти договір щодо об'єкта незавершеного будівництва, право власності на який реєструється органом, що здійснює державну реєстрацію прав на нерухоме майно на підставі документів, що підтверджують право власності або користування земельною ділянкою для створення об'єкта нерухомого майна, проектно-кошторисної документації, а також документів, що містять опис об'єкта незавершеного будівництва.

Отже, підхід законодавця до цієї проблеми зводиться до того, що за загальним правилом майно в процесі будівництва розглядається лише як проста сукупність будівельних матеріалів, утім, за бажанням власника це майно може набути статусу нерухомості – об'єкту незавершеного будівництва. Тобто правовий режим нерухомості поширюється на таке майно, і статус об'єкта незавершеного будівництва виникає тільки за бажанням власника через процедуру державної реєстрації права власності.

Справа у тому, що з моменту виникнення (початку будівництва) об'єкта незавершеного будівництва і до моменту прийому його в експлуатацію, коли об'єкт стає будівлею (спорудою) він змінюється *de facto* у ході будівельних робіт. Звісно, ідеальний образ цього об'єкту втілений у проектній документації, але характеристика його реального стану, необхідна для реєстрації права власності, ймовірно буде змінюватися.

Крім змін об'єкту незавершеного будівництва *de facto*, можливі також зміни його юридичного статусу.

Такі зміни можуть відбуватися:

- При переході прав на земельну ділянку, на якій споруджується об'єкт незавершеного будівництва;
- При передачі прав на об'єкт незавершеного будівництва в іпотеку;
- При добровільному відчуженні об'єкту незавершеного будівництва, у тому числі шляхом продажу, міни, внесення до статутного капіталу господарського товариства;
- При примусовому відчуженні об'єкту незавершеного будівництва, у тому числі через звернення на нього стягнення за іпотекою;
- При поділі об'єкту незавершеного будівництва;
- При прийманні замовником об'єкта будівництва від підрядника у разі припинення зобов'язання підрядника збудувати і передати об'єкт, яке виникло з договору будівельного підряду (замовник може прийняти як добудований, так і недобудований об'єкт, наприклад, зведений фундамент).

Об'єкт незавершеного будівництва – це річ у процесі її становлення, проміжний, перехідний її стан. Як наслідок – незавершене будівництво є природним об'єктом інвестування, оскільки вимагає безперервного залучення інвестицій для завершення будівництва. Недостатність залучених інвестицій, нездатність забудовника завершити будівництво має наслідком консервацію об'єкту незавершеного будівництва у тому стані, в якому він перебуває на момент припинення інвестування, а це, у свою чергу, означає, що об'єкт залишатиметься неповноцінною нерухомістю, непридатною до використання за призначенням, і буде руйнуватися, зазнаючи впливу зовнішнього середовища.

Реєстрація прав на об'єкти незавершеного будівництва досить довгий час була одним з проблемних правових питань, оскільки законодавство не передбачало задовільної її процедури,¹⁶ утім, сьогодні така процедура встановлена п.п. 4.1-4.4 чинної редакції Тимчасового положення про порядок державної реєстрації права власності та інших речових прав на нерухоме майно. Слід зауважити, що із запровадженням нової системи державної реєстрації прав на нерухоме майно з 1 січня 2013 р., ця процедура встановлюватиметься п.п. 72-76 Порядку державної реєстрації прав на нерухоме майно, затв. постановою КМ України від 22 травня 2011 р. № 703,¹⁷ але не зазнає істотних змін, за винятком того, що державну реєстрацію здійснюватимуть не БТІ, а Укрдержреєстр.

Для здійснення державної реєстрації права власності на об'єкт незавершеного будівництва забудовник надає органів державної реєстрації прав документ, що посвідчує речове право на земельну ділянку, засвідчену в установленому порядку копію примірника кадастрового плану земельної ділянки на паперовому носії і документ, що відповідно до законодавства надає право на виконання будівельних робіт.

¹⁷ Зокрема, слід зазначити, що вперше таку процедуру було визначено документом, який не був нормативно-правовим актом, а мав рекомендаційний характер – листом Міністерства юстиції України від 10 травня 2006 р. № 19-32/1 – і декілька років залишався єдиним правовим орієнтиром з цього питання.

Важливою особливістю реєстрації права власності на об'єкт незавершеного будівництва є те, що ані свідоцтво про право власності на об'єкт незавершеного будівництва, ані будь-який інший правовстановлювальний документ не оформлюється. Функцію правовстановлювального документу фактично виконує наведений вище пакет документів. На підтвердження державної реєстрації прав власності на об'єкт незавершеного будівництва власнику видається витяг про реєстрацію прав власності на нерухоме майно.

Аквізаційне інвестування в об'єкт незавершеного будівництва може здійснюватися через реєстрацію прав на нього з наступним відчуженням (продажем, зверненням стягнення як на предмет застави) самого об'єкту. Утім, цей спосіб є не єдиним і, до того ж, не найбільш поширеним засобом відступлення відповідних прав. Це зумовлено як недостатньою урегульованістю правового статусу таких об'єктів, так і більшою зручністю інших засобів, до яких, зокрема, належать:

- Відступлення корпоративних прав з передачею корпоративного контролю над суб'єктом господарювання, який є забудовником і, відповідно – власником об'єкту незавершеного будівництва (найбільш зручний засіб передачі прав на такі об'єкти, за якого не переоформлюються жодні документи, що стосуються безпосередньо об'єкту незавершеного будівництва) ¹⁸;

- Відступлення прав на земельну ділянку, на якій розташований об'єкт незавершеного будівництва (ускладнений необхідністю переоформлювати більшість документів).

В інших випадках правочини щодо нерухомості, яка будується, стосуються можливості відступлення права отримати не об'єкт незавершеного будівництва, а завершену будівництвом нерухомість у майбутньому. Це – договори інвестування і угоди щодо відступлення прав інвестора за такими дого-

¹⁸ У такому випадку має місце фактично корпоративна форма фінансового, а не капітального інвестування, оскільки об'єкт незавершеного будівництва не є безпосереднім об'єктом інвестування. Слід також зауважити, що досить часто через корпоративну форму фінансового інвестування здійснюється придбання земельних ділянок та збудованої нерухомості: подекуди виявляється простішим відступити частку в господарському товаристві, ніж оформити відчуження нерухомості, яка належить такому товариству.

ворами, продаж і перепродаж цільових «будівельних» облігацій, укладення договорів про участь у ФФБ і відступлення прав за такими договорами.

2.10. Пайова участь інвестора-забудовника у розвитку інфраструктури населеного пункту

Стаття 40 Закону «Про регулювання містобудівної діяльності» передбачає додаткові інвестиційні зобов'язання забудовника щодо створення і розвитку інженерно-транспортної та соціальної інфраструктури населеного пункту, крім випадків, передбачених ч. 4 цієї статті. Ці зобов'язання полягають у пайовій участі інвестора у розвитку інфраструктури населеного пункту і реалізуються шляхом перерахування ним до відповідного місцевого бюджету коштів для створення і розвитку зазначеної інфраструктури. Перерахування зазначених коштів здійснюється до прийняття об'єкта будівництва в експлуатацію.

Порядок залучення, розрахунку розміру і використання коштів пайової участі у розвитку інфраструктури населеного пункту встановлюють органи місцевого самоврядування відповідно до положень Закону «Про регулювання містобудівної діяльності». Величина пайової участі у розвитку інфраструктури населеного пункту визначається у договорі, укладеному інвестором-забудовником з органом місцевого самоврядування, з урахуванням загальної кошторисної вартості будівництва об'єкта, визначеної згідно з ДБН, стандартами і правилами. При цьому не враховуються витрати на придбання та виділення земельної ділянки, звільнення будівельного майданчика від будівель, споруд та інженерних мереж, влаштування внутрішніх і позамайданчикових інженерних мереж і споруд та транспортних комунікацій.

Зазначений договір про пайову участь у розвитку інфраструктури населеного пункту укладається не пізніше ніж через 15 робочих днів з дня реєстрації звернення замовника про його укладення, але до прийняття об'єкта будівництва в експлуатацію.

Істотними умовами такого договору є такі:

- Розмір пайової участі у розвитку інфраструктури населеного пункту (визначається протягом 10 робочих днів з дня реєстрації органом місцевого самоврядування звернення замовника про укладення договору про пайову участь та доданих до нього документів, що підтверджують вартість будівництва об'єкта, з техніко-економічними показниками);
- Строк (графік) сплати пайової участі (кошти пайової участі у розвитку інфраструктури населеного пункту сплачуються в повному обсязі до прийняття об'єкта будівництва в експлуатацію єдиним платежем або частинами за графіком, що визначається договором);
- Відповідальність сторін.

Невід'ємною частиною договору є розрахунок величини пайової участі у розвитку інфраструктури населеного пункту.

У разі якщо загальна кошторисна вартість будівництва об'єкта не визначена згідно з ДБН, стандартами і правилами, вона визначається на основі встановлених органом місцевого самоврядування нормативів для одиниці створеної потужності. Встановлений органом місцевого самоврядування для замовника розмір пайової участі у розвитку інфраструктури населеного пункту не може перевищувати законодавчо визначений граничний розмір пайової участі у розвитку інфраструктури населеного пункту, а саме:

- 10% загальної кошторисної вартості будівництва об'єкта – для нежитлових будівель та споруд;
- 4% загальної кошторисної вартості будівництва об'єкта – для житлових будинків.

Кошти, отримані як пайова участь у розвитку інфраструктури населеного пункту, можуть використовуватися виключно для створення і розвитку інженерно-транспортної та соціальної інфраструктури відповідного населеного пункту.

До пайової участі у розвитку інфраструктури населеного пункту не залучаються замовники у разі будівництва:

- 1) об'єктів будь-якого призначення на замовлення державних органів або органів місцевого самоврядування за рахунок коштів державного або місцевих бюджетів;
- 2) будівель навчальних закладів, закладів культури, фізичної культури і спорту, медичного і оздоровчого призначення;
- 3) будинків житлового фонду соціального призначення та доступного житла;
- 4) індивідуальних (садибних) житлових будинків, садових, дачних будинків загальною площею до 300 кв. м, господарських споруд, розташованих на відповідних земельних ділянках;
- 5) об'єктів комплексної забудови територій, що здійснюється за результатами інвестиційних конкурсів або аукціонів;
- 6) об'єктів будівництва за умови спорудження на цій земельній ділянці об'єктів соціальної інфраструктури;
- 7) об'єктів, що споруджуються замість тих, що пошкоджені або зруйновані внаслідок надзвичайних ситуацій техногенного або природного характеру;
- 8) об'єктів, передбачених Державною цільовою програмою підготовки та проведення в Україні фінальної частини чемпіонату Європи 2012 р. з футболу, за рахунок коштів інвесторів.

2.11. Комплексна реконструкція застарілого житлового фонду

Старіння житлового фонду вимагає – у деяких випадках – комплексної реконструкції цілих кварталів і навіть мікрорайонів. З іншого боку, оскільки історичні ареали міст, як правило, складаються із застарілого житлового фонду, великі інвестори часто зацікавлені в отриманні прав на здійснення такої реконструкції з метою отримання прибутку від продажу новозбудованої нерухомості, розташованої в інвестиційно привабливому районі міста. Така практика стала поширюватися ще за відсутності задовільного правового регулю-

вання, що призводило до багатьох конфліктів між інвесторами та органами місцевого самоврядування – з однієї сторони та власниками (мешканцями, користувачами) квартир і нежитлових приміщень будинків (магазинів, офісів), земельних ділянок – з іншої.

Зараз реконструкція застарілого житлового фонду регулюється ст. 25 Закону «Про планування та забудову територій» та спеціальним Законом України від 22 грудня 2006 р. «Про комплексну реконструкцію кварталів (мікрорайонів) застарілого житлового фонду».

Об'єктами комплексної реконструкції відповідно до ст. 1 Закону «Про комплексну реконструкцію кварталів (мікрорайонів) застарілого житлового фонду» є території щільної забудови, зайняті об'єктами житла до 5 поверхів, які за технічним станом не відповідають сучасним нормативним вимогам щодо безпечного і комфортного проживання, граничний строк експлуатації яких збіг або знос основних конструкційних елементів яких становить не менше 60%. У процесі комплексної реконструкції житлові будинки або зносяться із заміною їх новими будинками, або реконструюються, тобто перебудовуються з метою поліпшення умов проживання, експлуатації, зміни кількості жилих квартир, загальної та жилої площі тощо, що пов'язано зі зміною їх геометричних параметрів, функціонального призначення, заміною окремих конструкцій, їх елементів, основних техніко-економічних показників.

Таких змін можуть зазнавати також окремі об'єкти, які хоча й не мають ознак застарілого фонду, але розташовані у межах комплексної забудови та ускладнюють реалізацію проекту реконструкції. Місцеві ради передбачають у генеральних планах необхідність здійснення реконструкції застарілого житлового фонду на території відповідних кварталів (мікрорайонів), здійснюють інвентаризацію застарілого фонду, згодом приймають рішення про його реконструкцію, призначають і проводять конкурс для визначення інвестора, який здійснюватиме реконструкцію. Відповідно до ст. 15 Закону «Про комплексну реконструкцію кварталів (мікрорайонів) застарілого житлового фонду» в конкурсі повинні взяти участь не менш ніж 3 інвестори.

Детальні плани територій, що підлягають реконструкції, та проекти за- будови розроблює інвестор. Виконавчий комітет місцевої ради укладає з інве- стором – переможцем конкурсу договір на проведення реконструкції.

Найбільш проблемним питанням комплексної реконструкції є відносини інвестора-забудовника зі власниками та наймачами нерухомості, що підлягає реконструкції, врегульовані ст.ст. 12, 16 Закону «Про комплексну реконструк- цію кварталів (мікрорайонів) застарілого житлового фонду». Закон втілює концепцію адекватної компенсації власникам та наймачам нерухомості із од- ночасним запобіганням зловживанням як з боку цих осіб, так і з боку інвесто- ра-забудовника.

Так, з моменту державної реєстрації рішення про віднесення нерухомого майна, розташованого на території, що підлягає комплексній реконструкції, до застарілого житлового фонду забороняється здійснення будь-яких дій, спря- мованих на зміну власника таких об'єктів, або розширення його прав при пе- реселенні.

Відселення власників (наймачів) жилих (нежилих) приміщень будинків, що зносяться або реконструюються, здійснюється за умови згоди цих власни- ків (наймачів), яку вони надають у договорах, що їх інвестор-забудовник по- передньо укладає з кожним власником (наймачем) цих приміщень. У таких договорах повинні бути закріплені як погоджена сторонами компенсація, так і гарантії власникам (наймачам), виходячи з критеріїв, що викладені нижче.

Мешканці об'єктів, які не знищуються при проведенні реконструкції, підлягають відселенню до маневреного житлового фонду, сформованого інве- стором-забудовником за власні кошти та призначеного для тимчасового про- живання громадян на час проведення реконструкції житла.

Утім, відселення власників (наймачів) жилих приміщень у маневрених житлових фонд не допускається у разі знесення житлових будинків.

Власникам (наймачам) жилих приміщень, будинків, що підлягають зне- сенню, які не перебувають на квартирному обліку, на умовах компенсації на- дається інше житло в межах території комплексної реконструкції, з кількістю

кімнат та жилою площею не меншою за кількість кімнат та жилу площу квартири будинку, що підлягає знесенню, незалежно від числа зареєстрованих у ньому осіб. Жила площа, що пропонується, може бути безоплатно збільшена до 50% жилої площі квартири будинку, що підлягає знесенню.

Власникам (наймачам) жилих приміщень, які перебувають на квартирному обліку, надається нове житло з урахуванням норми жилої площі, встановленої законом.

За бажанням власники можуть отримати за вилучене в них житло не нерухомість, а грошову компенсацію або отримати квартиру меншої площі з грошовою компенсацією різниці вартості. Житло надається, а компенсація сплачується попередньо – до початку реконструкції.

Для переселення мешканців застарілого житлового фонду та надання ним житла інвестор в першочерговому порядку може будувати так звані стартові жилі будинки. Такі будинки повинні бути розташовані в межах кварталів (мікрорайонів), що реконструюються, або, як виняток, за рішенням органу місцевого самоврядування – на вільних земельних ділянках в межах суміжних кварталів (мікрорайонів).

Власнику (наймачу) жилого приміщення надаються за рахунок інвестора-забудовника транспортний засіб та вантажники для перевезення майна або компенсуються документально підтверджені витрати, пов'язані з переселенням. Також власник (наймач) жилого приміщення має позачергове право в місячний термін з дня переселення на телефонізацію за рахунок інвестора-забудовника наданої для переселення квартири, якщо вилучена у нього квартира також була телефонізована.

Власник гаража має право на грошову компенсацію за ринковою вартістю або на місце на організованій автостоянці в межах території реконструкції кварталів (мікрорайонів) за рахунок інвестора-забудовника.

Закон передбачає також певні гарантії власникам нежитлових приміщень та садибних жилих будинків. Цим особам надається на їх вибір рівноцінне майно (нежитлове приміщення або земельна ділянка з побудованим на

ній житлом) або грошова компенсація на основі експертної оцінки, утім закон, на відміну від гарантій власникам (наймачам) квартир, не містить жодних положень щодо місцезнаходження так характеристик такого майна.

Земельні ділянки, не зайняті садибами, примусово вилучаються за рішенням місцевої ради за процедурою викупу для суспільних потреб, передбаченою ст. 146 ЗК України.

Слід зазначити, що механізм врахування інтересів власників, мешканців, користувачів нерухомості, що реконструюється, і надання їм компенсації є доволі дієвим. Утім, до нього можна висловити такі зауваження:

– При компенсації, що надається власникам квартир, не враховуються такі показники нерухомості, як поверх, висота стелі, інсоляція, вид з вікна;

– При компенсації, що надається власникам нежитлових приміщень і садиб, враховується лише вартість нерухомості, але не її місцезнаходження, площа тощо.

Спори з цих або інших підстав розглядатимуться судом. Утім критерії, якими керуватиметься суд у такому спорі, законом не розкриваються.

ІІІ. ІНВЕСТИЦІЙНІ СХЕМИ ФІНАНСУВАННЯ БУДІВНИЦТВА ЖИТЛА

3.1. Загальна характеристика засобів інвестування в будівництво житла

Якщо забудова відбувається на власній земельній ділянці забудовника для власних потреб, за рахунок власних коштів, інвестування зводиться до здійснення ним капітальних вкладень в процесі будівництва. Такі вкладення можуть здійснюватися забудовником безпосередньо, якщо будівництво здійснюється господарським методом – через оплату будівельних матеріалів, палива, праці власних робітників та/або оренди будівельної техніки і транспортних засобів, або шляхом оплати робіт залученого підрядника, якщо будівництво здійснюється підрядним методом. У цьому випадку забудовник є самостійним і єдиним інвестором будівництва.

Утім, ситуація є складнішою коли забудова відбувається за рахунок залучених коштів інвесторів, якщо кілька інвесторів об'єднують для будівництва спільні кошти і зусилля чи інвестор отримує право забудови за конкурсом, який проводить державний орган або орган місцевого самоврядування. За таких обставин між учасниками інвестиційних відносин має бути укладений певний договір.

Законодавство України не містить ані спеціальних обмежень, ані спеціальних положень щодо засобів інвестування у будівництво *нежилої* нерухомості. Через це у практиці інвестування склалося кілька договірних форм, які використовуються залежно від інвестиційної схеми.

Так само, до 2006 р. законодавство України не містило жодних обмежень щодо засобів інвестування в будівництво житла, яке відбувалося у тих самих формах, що і інвестування у будівництво нежилої нерухомості, причому найбільш популярною договірною формою були договори інвестування між забудовником і кожним з інвесторів. Існувала також можливість інвесту-

вання у будівництво житла через створення ФФБ, емісію т.зв. «будівельних» облігацій, інші засоби, але вони були не надто поширені через їх складність, незрозумілість пересічним громадянам та великі організаційні витрати забудовників на їх реалізацію.

Законом України від 15 грудня 2005 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України» ст. 4 Закону «Про інвестиційну діяльність» було доповнено ч. 3, яка встановила дуже жорсткі обмеження щодо інвестування будівництва житла. Фактично, був визначений вичерпний перелік законних засобів залучення коштів інвесторів у будівництво житла.

Закон України від 29 червня 2010 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення державного регулювання у сфері будівництва житла» ще більше звузив цей перелік.

Отже, фінансування будівництва житла з використанням недержавних коштів, залучених від фізичних та юридичних осіб, може здійснюватися винятково через:

- Фонди фінансування будівництва (ФФБ);
- Випуск цільових облігацій, виконання зобов'язань за якими забезпечується одиницею нерухомості (т.зв. цільові «будівельні» облігації);
- Фонди операцій з нерухомістю (ФОН);
- Інститути спільного інвестування (ІСІ).

Зазначені вище засоби фінансування будівництва житла можна класифікувати за наступними підставами:

1. Залежно від того, чи здійснюється у процесі фінансування емісія цінних паперів:

- а) Емісія цінних паперів не здійснюється – ФФБ;
- б) Емісія цінних паперів здійснюється – цільові будівельні облігації, ФОН (сертифікати ФОН), ІСІ (акції або інвестиційні сертифікати залежно від форми ІСІ);

2. Залежно від того, чи отримує інвестор у власність житло, будівництво якого він фінансує:

а) Інвестор отримує житло – ФФБ та цільові будівельні облигації;

б) Інвестор не отримує житла – ФОН та ІСІ.

При фінансуванні будівництва житла через ФОН та ІСІ інвестор отримує не житло у власність, а доходи від придбаних ним цінних паперів, які обумовлені тим, що:

- Емітент таких ЦП продає збудовану нерухомість третім особам і розподіляє отримані кошти між всіма інвесторами – власниками ЦП, або
- Інвестор перепродає ЦП третім особам дорожче, ніж він придбав їх.

Саме через це фінансування будівництва житла через ФОН та ІСІ не можна розглядати як інвестування у нерухомість, оскільки нерухомість не є об'єктом інвестування – інвестор її не отримує. Тобто всі ці зазначені у ст. 4 Закону «Про інвестиційну діяльність» схеми передбачають *фінансування будівництва житла за рахунок коштів фізичних та юридичних осіб, але тільки ФФБ і цільові будівельні облигації є, власне, засобами інвестування у нерухомість*. Фінансуючи будівництво житла через ІСІ і ФОН, інвестор вкладає кошти у цінні папери з метою отримання прибутку від їх погашення емітентом або продажу третім особам, що підпадає під визначення фінансового (а саме – портфельного) інвестування, а не капітального інвестування у нерухомість.

Всі перелічені вище засоби фінансування будівництва житла об'єднує те, що забудовник опиняється під досить жорстким контролем державного органу (НКЦПФР чи НКРРФП) та – у випадку ФОН і ФФБ – фінансової установи, і щодо нього поширюються вимоги щодо розкриття інформації.

Такі суворі обмеження встановлено з метою запобігання шахрайству, до якого вдавалися окремі забудовники¹⁹, залучаючи інвесторів до будівництва житла через укладення договорів інвестування.

На мою думку, законодавець обрав хибний шлях розв'язання проблеми можливих зловживань у сфері будівництва житла. Фактично, всі дозволені засоби інвестування у цій сфері покладають на інвесторів тягар серйозних орга-

¹⁹ Найбільш відомим в Україні є випадок з київською компанією «Еліта-Центр», коли щодо одного об'єкту інвестування (квартири) укладалося декілька договорів інвестування з різними інвесторами.

нізаційних витрат, змушують їх витратити багато часу на оформлення інвестиційних схем, сприяють поширенню корупції.

Природно, ці обмеження не були сприйняті позитивно забудовниками які вважають, що вони самі мають визначати джерело фінансування своїх проєктів, а не обирати його серед варіантів, запропонованих законодавцем²⁰.

Отже, на практиці багато забудовників досі використовують договори інвестування (пайової участі у фінансуванні будівництва) та купівлі-продажу майнових прав на нерухомість, що будується, заборонені ч. 3 ст. 4 Закону «Про інвестиційну діяльність», спираючись на досить екзотичні варіанти правової аргументації.

Можливо, для розв'язання цієї проблеми слід було змінити Єдиний будреєстр²¹ таким чином, щоб у ньому зазначалися не лише всі об'єкти будівництва, на які оформлене право на виконання будівельних робіт з параметрами, передбаченими будівельною документацією, але також поділ об'єктів будівництва на об'єкти інвестування (окремі квартири, котеджі тощо, причому не лише житлові, але й нежитлові) у разі, якщо об'єкт будується забудовником із залученням коштів фізичних та юридичних осіб.

У таких випадках у Єдиному будреєстрі слід було б відображати відомості про фінансовий стан забудовника (річну, квартальну звітність), його керівників, динаміку будівництва та інші відомості, на зразок інформації, яка підлягає розкриттю емітентами ЦП. Такий реєстр має бути відкритим і доступним у мережі Інтернет. З іншого боку, всі договори, які передбачають інвестування будівництва нерухомості, так само, як відступлення прав за такими договорами на користь третіх осіб, мають, на мою думку, підлягати державній реєстрації у Державному реєстрі речових прав на нерухоме майно. Така реєст-

²⁰ Николаенко М. Целевые или дисконтные? // Юридическая практика. – 2007. – № 43 (513). – С. 4.

²¹ Єдиний реєстр отриманих повідомлень про початок виконання підготовчих і будівельних робіт, зареєстрованих декларацій про початок виконання підготовчих і будівельних робіт, виданих дозволів на виконання будівельних робіт, зареєстрованих декларацій про готовність об'єкта до експлуатації та виданих сертифікатів, відмов у реєстрації таких декларацій та у видачі таких дозволів і сертифікатів, тобто це – єдина комп'ютерна база даних, функціонування якої забезпечує ДАБІ у порядку, визначеному наказом Мінбуду від 24 червня 2011 р. № 92.

рація повинна обумовлювати дійсність договорів інвестування. Реєстрація договорів у Державному реєстрі речових прав на нерухоме майно має здійснюватися на підставі даних Єдиного будреєстру. Такий підхід унеможливить маніпуляції з інвестуванням у будівництво житла та іншої нерухомості.

Крім того, інвестиційна схема, засоби інвестування будівництва житла (через простий договір інвестування, через емісію будівельних облігацій або утворення ФФБ) має обиратися самим забудовником і жодних обмежень, на мою думку, тут не має бути.

Слід також відзначити, що досить часто забудовники здійснюють первинне закріплення об'єктів інвестування за пов'язаними з ними особами, і лише згодом такі особи здійснюють відчуження (відступлення) прав на об'єкти інвестування реальним інвесторам. Мотивацією забудовника у такому випадку може бути намагання мінімізації свого прибутку і виведення прибутку на користь таких пов'язаних осіб: забудовник відчужує об'єкти на користь пов'язаних осіб за ціною, яка є близькою до собівартості будівництва, а такі особи відчужують об'єкти на користь реальних інвесторів за ринковою вартістю, отже – отримують різницю у коштах. Такий шлях дій є досить поширеним, отже часто інвестору після переговорів зі забудовником щодо придбання у тій чи іншій формі прав на житло, що будується, пропонують об'єкт, вже закріплений за такою пов'язаною особою. Як наслідок – така особа відчужує права на користь реального інвестора, і інвестор виявляється залученим не до креативного, а до аквізацийного інвестування.

3.2. Інвестування будівництва житла через договори, заборонені ст. 4 Закону «Про інвестиційну діяльність»

Як вже зазначалося вище, попри пряму заборону, що її містить ст. 4 Закону «Про інвестиційну діяльність», на практиці багато забудовників досі використовують так звані «прості договори інвестування», тобто договори інвестування (пайової участі у фінансуванні будівництва) та купівлі-продажу майнових прав на нерухомість, що будується.

Договір інвестування будівництва між інвестором і забудовником²². Оскільки законодавство України не визначає чітко поняття цього договору і не містить його істотних умов, інвестиційний договір може бути віднесений до договорів, які не передбачені актами цивільного законодавства, проте відповідають загальним засадам цивільного законодавства (ч. 1 ст. 6 ЦК України).

За таким договором одна сторона (інвестор) зобов'язується сплатити іншій стороні (збудовникові) суму інвестиції, тоді як забудовник зобов'язується збудувати об'єкт інвестування. Фактично, за договором інвестування між інвестором і забудовником предметом є отримання інвестором в майбутньому нерухомості, що повинна бути збудована, в обмін на суму інвестиції, яку забудовник отримує від інвестора.

Істотними умовами такого договору є:

- Вид інвестиції (як правило – грошові кошти);
- Сума інвестиції, тобто ціна договору;
- Строки внесення інвестиції, тобто графік інвестування;
- Об'єкт інвестування, тобто параметри нерухомості, що має бути збудована, і її стан у момент майбутньої передачі забудовником інвесторові;
- Строки будівництва об'єкта інвестування;

²² Договір може мати також назву пайової або часткової участі в будівництві.

- Питання оформлення права власності на об'єкт інвестування.

Крім того, подібні договори досить часто передбачають умови щодо порядку зміни суми інвестиції, строків будівництва та параметрів об'єкту інвестування і пов'язаних із цим розрахунків.

Як правило, оплата інвестиції здійснюється частинами, у будь-якому випадку – до завершення будівництва: економічний сенс такої договірної форми полягає в тому, що забудовник залучає коштів інвесторів, за рахунок яких і здійснюється будівництво.

У більшості випадків такі договори є договорами приєднання у розумінні ст. 634 ЦК України – забудовник пропонує інвесторам однакові договірні умови і уникає внесення до стандартної проформи змін за ініціативою інвестора.

При цьому інвестори лише вносять інвестиції щодо окремих приміщень будівлі, тоді як забудовник повністю несе тягар створення нової нерухомості, у тому числі оформлює права на земельну ділянку, отримує всі необхідні дозволи.

Згодом інвестор може відступити свої права на отримання в майбутньому нерухомості третій особі на оплатній, чи безоплатній основі за договором відступлення права вимоги у зобов'язаннях за договором інвестування будівництва, з переведенням на таку особу обов'язків щодо внесення інвестиції, якщо це зобов'язання ще не виконане у повному обсязі згідно зі ст.ст. 512-523 ЦК України.

Після введення завершеної будівництвом нерухомості в експлуатацію забудовник надає органу, що здійснює державну реєстрацію прав на нерухомість, крім документів, які надаються у всіх випадках, також затверджений ним перелік інвесторів і відповідні інвестиційні договори.

Договір купівлі-продажу майнових прав на об'єкт інвестування, що будується, визначається ч. 2 ст. 6 ЦК України як договір, що передбачений актами цивільного законодавства, в якому сторони врегулювали свої відносини, які не врегульовані цими актами. За своїм економічним змістом він не від-

різняється від попереднього договору попри всю відмінність їх договірних конструкцій: так само, як і в договорі інвестування будівництва житла, інвестори лише вносять інвестиції щодо окремих приміщень будівлі, тоді як забудовник повністю несе тягар створення нової нерухомості, у тому числі оформлює права на земельну ділянку, отримує всі необхідні дозволи, фактичним предметом цього договору так само є отримання інвестором в майбутньому нерухомості, що повинна бути збудована, в обмін на суму інвестиції, яку забудовник отримує від інвестора.

Утім, юридично ці відносини оформлюються як продаж забудовником (продавцем) майнових прав на об'єкт інвестування інвесторові (покупцеві).

Договір укладається у простій письмовій формі і містить такі істотні умови:

- Об'єкт купівлі-продажу (інвестування), тобто параметри нерухомості, права на отримання якої у майбутньому продаються, і її стан в момент майбутньої передачі забудовником інвесторові;
- Ціна об'єкту, тобто сума інвестиції;
- Строки внесення вартості об'єкту, тобто графік інвестування;
- Строки будівництва об'єкта інвестування;
- Питання оформлення права власності на об'єкт інвестування.

Так само, як договір інвестування будівництва, подібні договори досить часто передбачають умови щодо порядку зміни суми інвестиції, строків будівництва та параметрів об'єкту інвестування і пов'язаних із цим розрахунків.

3.3. Інвестування у будівництво житлової нерухомості через фонди фінансування будівництва

Поняття та учасники ФФБ. На рівні законів діяльність ФФБ регулюється Законом України від 19 червня 2003 р. «Про фінансово-кредитні механізми і управління майном при будівництві житла та операціях з нерухомістю» (далі в цьому параграфі – Закон «Про ФКМ»). ФФБ не є юридичною особою,

це, з одного боку, фонд як певна сума грошей і набутого майна, а з іншого – назва інвестиційної схеми (термінологією Закону – «системи фінансово-кредитних механізмів»), що базується на використанні інституту довірчої власності, в якій беруть участь такі суб'єкти (див. також допоміжні таблиці):

- *Довірителі – інвестори*: фізичні, юридичні особи, які надають майно у вигляді грошових коштів у довірчу власність управителю (ст.ст. 2, 11 Закону «Про ФКМ») і вважаються установниками управління, а також вигодонабувачами;
- *Управитель – фінансова установа* (як правило, банк), що діє від свого імені в інтересах всіх довірителів і здійснює управління їх коштами на праві довірчої власності (ст.ст. 2, 4, 7 Закону «Про ФКМ»). Управитель може бути замінений за рішенням суду, а власне ФФБ може бути переданий в управління іншій фінансовій установі²³;
- *Забудовник* – особа, яка має статус забудовника за законодавством²⁴ і уклала договір з управителем (ст. 4 Закону «Про ФКМ»). Забудовник може бути замінений із використанням спеціальних договірних механізмів, що розглядаються нижче;
- *Страхова компанія* (у ФФБ виду Б);
- *Генеральний підрядник* (якщо будівництво здійснюється підрядним способом).

До внесення до Закону «Про ФКМ» змін Законом від 29 червня 2010 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення державного регулювання у сфері будівництва житла» *страхова компанія*

²³ Така можливість передбачена ст. 23 Закону «Про ФКМ», згідно з якою заміна відбувається за рішенням суду, що набрало законної сили, прийнятим за зверненням довірителів ФФБ, НБУ або НКРРФП у зв'язку з порушенням управителем законодавства про фінансові послуги. У такому разі ФФБ може передаватися в управління іншій фінансовій установі, до якої переходять усі права та обов'язки щодо довірителів цього ФФБ та відповідного забудовника. Закон передбачає, що порядок передачі має бути визначений постановою КМ України, втім, така постанова відсутня. Враховуючи загальний „банкоцентричний” характер всієї схеми ФФБ та відсутність у законодавстві механізму заміни управителя ФФБ, цю норму слід розцінювати як суто декларативну.

²⁴ Тобто отримала право власності або користування земельною ділянкою для містобудівних потреб чи дозвіл особи, що має таке право, та виконує передбачені законодавством дії, необхідні для здійснення будівництва.

була обов'язковим учасником інвестиційної схеми ФФБ, втім, чинна редакція Закону «Про ФКМ» залишає її залучення на розсуд управителя ФФБ.

Власне ФФБ – це кошти, передані довірителями управителю (перераховані на певний рахунок) в управління.

Згідно зі ст. 5 Закону «Про ФКМ» метою створення ФФБ є отримання довірителями ФФБ у власність житла, а саме – об'єктів інвестування (квартир, котеджів), певної, обумовленої договорами з управителем, кількості так званих «вимірних одиниць об'єкта інвестування» або метричних одиниць (з огляду на те, що площі квартир часто не зводяться до цілих метрів, це, як правило, квадратні сантиметри) або у частках/відсотках об'єкта інвестування.

Розмір інвестиції, яку довірителі сплачують за об'єкти інвестування, визначається виходячи з поточної ціни вимірної одиниці об'єкта інвестування (наприклад, метру квадратного квартири), яка коригується з урахуванням коефіцієнтів поверху та комфортності (наприклад, з урахуванням краєвиду, що відкривається з вікон, відстані котеджу від берега моря тощо). Частина 7 ст. 15 Закону «Про ФКМ» прямо передбачає, що у разі підвищення поточної ціни вимірної одиниці об'єкта інвестування *після* внесення інвестиції у довірителя не виникає зобов'язання щодо внесення до ФФБ додаткових коштів за закріплені за ним вимірні одиниці об'єкта інвестування.

Види ФФБ. Згідно з ч. 2 ст. 11 Закону «Про ФКМ» ФФБ може бути 2 видів – ФФБ виду А та ФФБ виду Б.

Для ФФБ виду А поточну ціну вимірної одиниці об'єкта будівництва (будівлі в цілому, котеджного містечка), коефіцієнти поверху та комфортності визначає **забудовник**, при цьому він бере на себе ризик недостатності залучених коштів на спорудження об'єкта будівництва та зобов'язаний своєчасно ввести його в експлуатацію незалежно від обсягу фінансування.

Для ФФБ виду Б зазначені ціну і коефіцієнти визначає і бере ризики **управитель**. Забудовник бере на себе зобов'язання здійснювати спорудження об'єкту будівництва без порушення графіків будівництва та своєчасно ввести

його в експлуатацію у разі виконання управителем графіка фінансування будівництва.

Тобто різниця між видами ФФБ полягає в тому, хто саме – забудовник, чи управитель – приймає управлінське бізнес-рішення щодо комерційної ціни нерухомості, що будується, та несе, відповідно, пов'язані із цим ризики незавершення коштів від інвесторів через нерозумну ціну.

Інвестиційна схема ФФБ. ФФБ є складною, прямо передбаченою нормами закону інвестиційною схемою, що оформлюється такими правочинами (див. також допоміжні таблиці):

Група договорів між управителем і довірцями, а саме:

1. Договори про участь у ФФБ між управителем і кожним з довірцїв, за якими довірцї передають управителю у довірчу власність своє майно (грошові кошти) з метою отримання у майбутньому у власність житла та встановлюють обмеження щодо окремих дій управителя з управління цими коштами. Ці договори є договорами управління майном (ст.ст. 2, 14 Закону «Про ФКМ», ст.ст. 1029-1045 ЦК України).

Управитель ФФБ для обліку переданих в управління коштів відкриває кожному довірцелю рахунок у системі обліку обраного ним ФФБ.

Договір про участь у ФФБ є одним з ключових договорів інвестиційної схеми ФФБ. Цей договір обов'язково має містити:

- Предмет договору;
- Найменування особи довірцеля;
- Найменування особи управителя ФФБ;
- Вид ФФБ;
- Порядок передачі довірцелю коштів в управління управителю ФФБ;
- Обмеження щодо окремих дій управителя з управління майном;
- Права та обов'язки управителя ФФБ та довірцеля;
- Відомості про об'єкт будівництва зі зазначенням його місця розташування та технічних характеристик

- Заплановану дату (місяць і рік) введення об'єкта будівництва в експлуатацію;
- Відомості про закріпленій за довірительом об'єкт інвестування зі зазначенням його технічних характеристик;
- Строки та механізм повернення довірителью коштів на його вимогу, розмір платежів, які повинен сплатити при цьому довіритель;
- Строк дії договору;
- Відповідальність сторін за невиконання умов договору;
- Порядок надання інформації довірителью про хід виконання умов договору, перелік інформації, яка надається довірителью у письмовій формі;
- Порядок взаємодії довірителя та управителя ФФБ у випадку дострокового введення об'єкта будівництва в експлуатацію;
- Порядок внесення змін до договору про участь у ФФБ;
- Розмір та форму винагороди управителя ФФБ.

До договору про участь у ФФБ додаються:

- Правила ФФБ;
- Графічне зображення схеми будівельного плану об'єкта інвестування з назвами та площами всіх його приміщень і зазначенням розміщення об'єкта інвестування на поверсі;
- Стислий перелік будівельних робіт, які забудовник зобов'язується провести на об'єкті інвестування;
- Перелік обладнання, яке буде встановлене на об'єкті інвестування, з наступною його передачею довірительові;
- Стислий перелік робіт, які забудовник зобов'язується провести на об'єкті будівництва та прибудинковій території;
- Перелік обладнання, яке буде встановлене на об'єкті будівництва, з наступною його передачею експлуатуючим організаціям чи об'єднанню співвласників будинку.

Частина 2 ст. 7 Закону «Про ФКМ» забороняє управителю укласти договори управління майном та залучати кошти довіритель для фінансування спорудження об'єкта будівництва до отримання забудовником у встановленому законодавством порядку дозволу на виконання будівельних робіт для спорудження об'єкта будівництва.

За вимогою довірителя управитель ФФБ зобов'язаний ознайомити довірителя або – на вимогу довірителя – надати йому копії отриманих від забудовника документів з даними про:

- Забудовника та об'єкт будівництва;
- Документи, що дають змогу провести ідентифікацію особи забудовника відповідно до вимог законодавства;
- Документи, що підтверджують право забудовника на користування земельною ділянкою або право забудовника на виконання функцій замовника будівництва для спорудження на земельній ділянці об'єкта будівництва;
- Позитивний висновок комплексної державної експертизи проектної документації;
- Дозвіл на виконання будівельних робіт або реєстрацію декларації про початок виконання будівельних робіт;
- Ліцензію підрядної організації.

2. Договір іпотечного кредитування (необов'язковий) між управителем і довірителем укладається на умовах, розроблених управителем – банком. За таким договором управитель кредитує довірителя коштами, які довіритель інвестує у будівництво під заставу (іпотеку) нерухомості (ст. 50 Закону «Про ФКМ»).

3. Договір іпотеки об'єкту інвестування та/або майнових прав на нього (необов'язковий) укладається лише в разі укладення між управителем та довірителем договору іпотечного кредитування (ст. 50 Закону «Про ФКМ») та на його забезпечення.

Довіритель, який отримав кредит для участі у ФФБ та забезпечив виконання своїх зобов'язань за договором про іпотечний кредит іпотекою, до моменту повного виконання зобов'язань за договором про іпотечний кредит не має права змінити об'єкт інвестування, відступити право вимоги за договором про участь у ФФБ третім особам або відмовитися від участі у ФФБ. При цьому порушення строків спорудження об'єкта будівництва (будівлі в цілому) або неналежне виконання зобов'язань забудовником не може впливати на правовідносини, що виникли між банком та позичальником відповідно до укладеного ними договору про іпотечний кредит, і не є підставою для припинення виконання зобов'язань позичальником (ч. 7 ст. 50 Закону «Про ФКМ»).

Група правочинів між управителем та забудовником, а саме:

4. Договір на будівництво об'єкту (ст.ст. 2, 9, 10, 18, 21 Закону «Про ФКМ»), за яким управитель замовляє забудовнику збудувати один або декілька об'єктів будівництва (житлових будівель, котеджних містечок), ввести їх в експлуатацію та передати об'єкти інвестування (квартири, котеджі) довірителям. Цей договір регулює взаємовідносини управителя із забудовником щодо організації спорудження об'єктів будівництва з використанням отриманих в управління управителем коштів та подальшої передачі забудовником об'єктів інвестування довірителям. Цей договір, так само, як і договори управителя про участь у ФФБ з кожним з довірителів, є визначальним для інвестиційної схеми ФФБ.

На підставі цього договору управитель за рахунок коштів довірителів фінансує будівництво, яке здійснює забудовник.

У договорі на будівництво об'єкту має бути передбачене зобов'язання забудовника відступити управителю майнові права на нерухомість, яка є об'єктом будівництва, у разі виникнення ризику невиконання забудовником своїх зобов'язань перед управителем, зокрема у разі:

- Змін основних технічних характеристик об'єктів будівництва;
- Погіршення споживчих властивостей об'єктів будівництва та/або об'єктів інвестування;

- Зростання вартості будівництва більш ніж на 20%;
- Збільшення строків будівництва більш ніж на 90 днів.

Слід наголосити, що відступлення права на нерухомість відбувається не за настання зазначених вище обставин, а вже за наявності ризику їх настання.

У разі виявлення управителем ризику порушень умов договору управитель має право припинити фінансування будівництва, вимагати розірвання договору, повернення забудовником усіх спрямованих на фінансування будівництва цього об'єкта коштів, перерахування на рахунок ФФБ коштів, необхідних для розрахунків з довірителями, що виходять із ФФБ у зв'язку зі розірванням договору.

Можна бачити, що положення договору на будівництво об'єкту щодо відступлення майнових прав на нерухомість, що будується, встановлює певну залежність забудовника від управителя. При цьому решта правочинів, які забудовник повинен вчинити із управителем, посилюють, фактично, цю залежність і роблять її абсолютною.

5. Договір відступлення майнових прав на нерухомість, яка є об'єктом будівництва, з відкладальними умовами (ст. 10 Закону «Про ФКМ», ст. 212 ЦК України). У разі настання відкладальних умов (виникнення ризиків невиконання забудовником своїх зобов'язань перед управителем за договором на будівництво) автоматично відбувається відступлення прав на нерухомість, що будується, від забудовника до управителя. Цей договір фактично дублює і підсилює умову про відступлення прав, яку передбачає договір на будівництво, втім, якщо зазначена умова вимагає від забудовника здійснення певної дії, яку той може відмовитися вчиняти, самостійний договір відступлення починає діяти автоматично за настання відкладальної обставини.

6. Договір доручення з відкладальними умовами (ст. 10 Закону «Про ФКМ», ст. 212, ст.ст. 1000-1010 ЦК України), за яким управителю у разі порушення забудовником умов договору на будівництво доручається виконувати функції забудовника, у тому числі шляхом передоручення цих функцій іншим особам.

7. Безвідклична довіреність²⁵ забудовника управителю на право делегування третім особам функцій забудовника у разі порушення останнім умов договору на будівництво (ст. 10 Закону «Про ФКМ», ст. 249 ЦК України) дублює і підсилює договір доручення. Надання такої довіреності не є обов'язковим.

8. Договір іпотеки (ст. 10 Закону «Про ФКМ») на забезпечення зобов'язань забудовника за договором на будівництво. Предметом іпотеки можуть бути на вибір управителя:

- Майнові права на нерухомість, яка є об'єктом будівництва;
- Інший об'єкт незавершеного будівництва;
- Інше нерухоме майно.

Крім цього, залежність забудовника від управителя полягає у тому, що:

- Управитель визначає банк, в якому мають бути відкриті поточний рахунок забудовника та поточні рахунки його підрядників та субпідрядників (ст. 9 Закону «Про ФКМ»);
- Без письмової згоди управителя забудовник не має права відчужувати або обтяжувати будь-яким способом об'єкти інвестування (ст. 9 Закону «Про ФКМ»);
- Забудовник зобов'язаний виконати свої зобов'язання за договором на будівництво і своєчасно ввести будівлю в експлуатацію незалежно від обсягу замовлення на будівництво, підтвердженого управителем (ст. 9 Закону «Про ФКМ»);
- Для ФФБ виду Б у разі порушення забудовником умов договору на будівництво, що за оцінкою управителя може призвести до підвищення його ризиків, управитель може в односторонньому порядку змінити умови договору зі забудовником за конкретним об'єктом бу-

²⁵ Забудовник не може скасувати таку довіреність протягом часу, на який вона видана. Це специфічна ситуація – ст. 249 ЦК України прямо передбачає, що довіритель може скасувати видану ним довіреність у будь-який час, а випадки надання безвідкличних довіреностей прямо передбачаються законом. Можливість надання безвідкличної довіреності забудовником управителю прямо передбачена ст. 10 Закону «Про ФКМ».

дівництва ФФБ виду Б на умови договору, що відповідають ФФБ виду А, та письмово повідомити про це довірителів за цим об'єктом будівництва та забудовника в місячний строк (ч. 8 ст. 11 Закону «Про ФКМ»). Як наслідок – управитель в односторонньому порядку змінює основну домовленість зі забудовником і перекладає на нього без його згоди функцію визначення поточної ціни вимірної одиниці об'єкту інвестування і, відповідно, ризик недостатності залучених коштів.

Можна бачити, що інвестиційна схема ФФБ передбачає повну залежність забудовника від управителя, яка реалізується через низку правових механізмів, що дублюються та взаємно підсилюються.

Договір страхування, а саме:

9. Договір страхування ризику недостатності залучених коштів на спорудження об'єкта будівництва (ст. 11 Закону «Про ФКМ»). Договір не є обов'язковим і може укладатися управителем, який здійснює управління ФФБ виду Б зі страховиком, визначеним управителем. Слід зазначити, що до внесення до Закону «Про ФКМ» змін Законом від 29 червня 2010 р. в інвестиційній схемі ФФБ укладалася *група договорів страхування*, а саме – крім обов'язкового договору страхування ризику недостатності залучених коштів на спорудження об'єкта будівництва обов'язково укладався договір страхування будівельно-монтажних робіт між забудовником або його підрядником і страховиком, якого визначав управитель.²⁶

Договір між забудовником і генеральним підрядником, а саме:

10. Договір генерального підряду – укладається, якщо забудовник здійснює будівництво не самостійно, а із залученням підрядних організацій.

Важливою особливістю інвестиційної схеми ФФБ є те, що у ФФБ не емітуються цінні папери. Фактично, це – єдина легальна схема фінансування

²⁶ Договір укладався на користь управителя як довірчого власника на весь час спорудження об'єкта будівництва та на гарантійний термін від ризиків пошкодження або знищення об'єкту внаслідок техногенних аварій та природних явищ.

будівництва житла за рахунок коштів фізичних і юридичних осіб не через емісію цінних паперів.

Алгоритм функціонування ФФБ як системи (інвестиційної схеми) розкривається у ст. 13 Закону «Про ФКМ».

Отже, система функціонування ФФБ передбачає:

- Укладання договору між забудовником та управителем ФФБ, визначення характеристик об'єктів будівництва і об'єктів інвестування, передачу забудовником управителю ФФБ переліку об'єктів інвестування в об'єктах будівництва;
- Затвердження Правил ФФБ;
- Відкриття управителем ФФБ фінансування об'єктів будівництва;
- Надання управителем довірителю інформації про умови участі у ФФБ для прийняття довірителем рішення про участь у ФФБ;
- Укладання управителем ФФБ договору з довірителем про участь у ФФБ;
- Внесення довірителем коштів до ФФБ та передачу їх управителю ФФБ в управління за договором про участь у ФФБ;
- Закріплення управителем за довірителем обраного ним об'єкта інвестування, що є підтвердженням замовлення на спорудження цього об'єкта інвестування як складової частини об'єкта будівництва;
- Відкриття управителем рахунку довірителю у системі обліку прав вимоги довіритель ФФБ;
- Можливість дострокового припинення управління майном за ініціативою довірителя, відкріплення від нього об'єкта інвестування, повернення довірителю коштів у розмірі та у порядку, визначених Правилами ФФБ, внаслідок зменшення обсягу підтвердженого замовлення на будівництво;
- Можливість здійснення довірителем на умовах Правил ФФБ зміни об'єкта інвестування, відступлення права вимоги за договором про участь у ФФБ третім особам, часткового отримання коштів з ФФБ;

- Можливість внесення управителем змін до системи обліку прав вимоги довіритель ФФБ;
- Передачу управителем довірителям, які повністю проінвестували закріплені за ними об'єкти інвестування, майнових прав на ці об'єкти інвестування за договором про відступлення майнових прав;
- Фінансування управителем ФФБ спорудження об'єктів будівництва;
- Формування управителем ФФБ оперативного резерву за рахунок отриманих в управлінні коштів;
- Здійснення управителем ФФБ контролю за цільовим використанням забудовником спрямованих на будівництво коштів, дотриманням строків виконання робіт на об'єкті будівництва, дотриманням технічних характеристик об'єкта будівництва та об'єктів інвестування, вжиття заходів для усунення виявлених недоліків;
- Повернення забудовником коштів до ФФБ на вимогу управителя ФФБ виду А у випадках зменшення обсягу підтвердженого замовлення внаслідок відмови довірителя від участі у ФФБ виду А, а також в інших випадках, визначених договором;
- Здійснення управителем ФФБ контролю за виконанням забудовником своїх зобов'язань за договором;
- Введення забудовником об'єкта будівництва в експлуатацію, письмове повідомлення про це управителя, замовлення технічної документації на об'єкт будівництва та на кожний об'єкт інвестування, передача управителю ФФБ даних щодо фактичної площі об'єктів інвестування;
- Повідомлення управителем ФФБ кожного довірителя про введення об'єкта будівництва в експлуатацію з наданням на письмове вимогу довірителя копії відповідного акта;
- Здійснення довірительом остаточних розрахунків з управителем за даними щодо фактичної площі об'єктів інвестування;

- Отримання довірителем сум страхового відшкодування у порядку і випадках, передбачених Законом «Про ФКМ» та Правилами ФФБ;
- Передачу управителем ФФБ забудовнику переліку довірителів, які мають право отримати у власність закріплені за ними об'єкти інвестування, відповідно до отриманих довірителями від управителя майнових прав на ці об'єкти інвестування;
- Набуття довірителями у власність закріплених за ними об'єктів інвестування, припинення дій за договором про участь у ФФБ;
- Перерахування управителем забудовнику на умовах договору коштів оперативного резерву, сформованого за введеним в експлуатацію об'єктом будівництва, закриття фінансування об'єкта будівництва;
- Припинення дій за договором, укладеним між управителем ФФБ та забудовником.

Створення ФФБ (ст.ст. 11, 12 Закону «Про ФКМ») відбувається за ініціативою фінансової установи, яка стає його управителем.

Частина 1 ст. 4 Закону «Про ФКМ» зазначає, що управителем може бути фінансова установа, що отримала відповідний дозвіл/ліцензію.

Як правило, такою установою є банк. Згідно з п. 5 ч. 3 ст. 47 Закону України від 7 грудня 2000 р. «Про банки і банківську діяльність» для створення ФФБ банк повинен отримати письмовий дозвіл НБУ.

Інші фінансові установи, які не є банками (кредитні спілки, довірчі товариства, страхові компанії тощо) для створення ФФБ повинні отримати ліцензію НКРРФП, а для створення ФФБ виду Б – ще й дозвіл НКРРФП на взяття управителем на себе комерційних ризиків.

Управитель може створити окремий ФФБ кожного виду (А та/або Б) по кожному забудовнику, об'єднувати декілька об'єктів будівництва в одному ФФБ або створювати ФФБ для окремих об'єктів будівництва. Будь-які обмеження щодо кількості об'єктів будівництва, що можуть споруджуватися в рамках одного ФФБ, не встановлюються. До прийняття Закону від 29 червня 2010 р. Закон «Про ФКМ» не дозволяв управителям об'єднувати в одному

ФФБ об'єкти різних забудовників, утім зазначеним Законом це обмеження було скасоване.

ФФБ вважається створеним після затвердження управителем Правил ФФБ, укладання договору зі забудовником та відкриття рахунку ФФБ, на якому управитель акумулює, зберігає, обліковує кошти, отримані у довірчу власність. Для кожного ФФБ відкривається окремий рахунок. Банк-управитель відкриває такий рахунок на своєму балансі. Управитель, який не є банківською установою, відкриває в обраному ним банку на своє ім'я окремий поточний рахунок, який стає рахунком фонду.

Після вчинення всіх цих дій ФФБ вважається створеним, утім, як вже зазначалося вище, відповідно до ч. 2 ст. 7 Закону «Про ФКМ» укладення договорів управління майном з довірцями та залучення їх коштів для фінансування спорудження об'єкта будівництва можливе лише після отримання забудовником дозволу на виконання будівельних робіт для спорудження об'єкта будівництва.

Правила ФФБ, які є локальним нормативно-правовим актом, обов'язковим для виконання всіма суб'єктами цієї системи фінансування будівництва житла, розробляє й затверджує для кожного ФФБ управитель.

Згідно зі ст. 12 Закону Правила ФФБ визначають, серед іншого:

- Вид ФФБ;
- Процедуру створення ФФБ;
- Порядок організації взаємовідносин забудовника, управителя та довіртелів;
- Порядок встановлення управління майном;
- Умови, особливості та обмеження здійснення управління майном;
- Напрями та порядок використання залучених коштів;
- Порядок участі у фонді та відмови від участі в ньому;
- Типи вимірних одиниць об'єктів інвестування;
- Порядок та умови закріплення об'єкта інвестування за довірцем;
- Розмір винагороди управителя;

- Відповідальність управителя і забудовника за невиконання взятих на себе зобов'язань.
- Обмеження права довірчої власності управителя ФФБ, встановлені установником управління майном у договорі управління майном;
- Зобов'язання управителя виконувати процедури щодо: 1) забезпечення передачі довірителью, який повністю проінвестував закріплений за ним об'єкт інвестування, майнових прав на цей об'єкт інвестування для подальшого отримання його у власність від забудовника та 2) забезпечення можливості отримання довірителью, на умовах Правил ФФБ та договору управління майном, коштів з ФФБ на вимогу довірителя в разі його відмови від участі у фонді.

Правила ФФБ є публічною пропозицією для вступу до фонду особи, яка бажає стати довірителью цього фонду, на підставі визнання Правил ФФБ.

Управитель ФФБ не має права вносити до Правил ФФБ зміни та доповнення без письмової згоди всіх довірительів, які вже внесли до ФФБ кошти. Втім, згода довірителя вважається отриманою, якщо протягом 30 днів з дня надходження повідомлення управителя про внесення змін і доповнень до Правил ФФБ на вказану у договорі адресу довірителя управитель не отримав його письмової відповіді. При цьому ч. 6 ст. 12 Закону «Про ФКМ» прямо зазначає, що зміни до Правил ФФБ не можуть погіршувати умови, що забезпечують права довірительів.

Закріплення за довірителью об'єкта інвестування відбувається таким чином (ст. 15 Закону «Про ФКМ»). Забудовник передає управителью перелік об'єктів інвестування (квартир) в об'єкті будівництва (будівлі, котеджному містечку), який є попереднім обсягом замовлення на будівництво, та майнові права на ці об'єкти інвестування для подальшої передачі довірительям.

При укладенні договору про участь у ФФБ довіритель обирає конкретний об'єкт інвестування (квартиру, котедж) з переліку об'єктів інвестування, не закріплених за іншими довірительями, що є у пропозиції управителя. Управитель вилучає цей об'єкт з переліку об'єктів інвестування, що є у пропозиції,

для виключення можливості наступного закріплення цього об'єкта за іншим довірителем. Закріплення об'єкта інвестування за довірителем є підтвердженням замовлення забудовнику на спорудження цього об'єкта інвестування як складової частини об'єкта будівництва.

Після внесення довірителем коштів до ФФБ управитель видає довірителю свідоцтво про участь у ФФБ – документ, що підтверджує участь довірителя у ФФБ. Свідоцтво не є цінним папером. Як було зазначено вище, ФФБ – це єдина легальна схема фінансування будівництва житла за рахунок коштів фізичних і юридичних осіб не через емісію цінних паперів.

У свідоцтві про участь у ФФБ обов'язково мають бути зазначені:

- Вид ФФБ;
- Дані довірителя (для юридичних осіб – резидентів – найменування, місцезнаходження та ідентифікаційний код в Єдиному державному реєстрі підприємств та організацій України; для юридичних осіб – нерезидентів – найменування, місцезнаходження та країна, де зареєстровано особу; для фізичних осіб – громадян України – прізвище, ім'я, по батькові, адреса постійного місця проживання та ідентифікаційний номер у Державному реєстрі фізичних осіб – платників податків та інших обов'язкових платежів; для іноземців, осіб без громадянства – прізвище, ім'я, по батькові (за наявності), адреса постійного місця проживання за межами України);
- Дата видачі свідоцтва;
- Закріплений за довірителем об'єкт інвестування (котедж, квартира);
- Запланована дата введення об'єкта будівництва (житлового будинку, котеджного містечка) в експлуатацію (місяць і рік);
- Сума коштів, переданих довірителем в управління управителю для зарахування до ФФБ;
- Кількість закріплених за довірителем вимірних одиниць об'єкта інвестування (фактично – його площа або частка, яку об'єкт інвестування займає в об'єкті будівництва в цілому);

- Графік подальшого внесення довірителем коштів до ФФБ;
- Витяг з договору про зобов'язання забудовника перед управителем, який діє в інтересах довіритель, щодо спорудження об'єктів будівництва та передачі у власність довірителям об'єктів інвестування.

У разі зміни будь-яких даних, що зазначені у свідоцтві про участь у ФФБ, свідоцтво про участь у ФФБ підлягає заміні.

Отримання довірителем ФФБ об'єкту інвестування у власність відбувається згідно зі ст. 19 Закону «Про ФКМ». Після введення об'єкту будівництва в експлуатацію забудовник письмово повідомляє про це управителя і надає йому дані БТІ щодо фактичної загальної площі збудованих об'єктів інвестування.

На підставі цих даних довіритель здійснюють остаточні розрахунки з управителем, виходячи з поточної ціни вимірної одиниці (наприклад, метру квадратного) об'єкту інвестування (квартири або котеджу). Необхідність у цих розрахунках може виникнути у разі, якщо фактична площа об'єктів інвестування відрізнятиметься від запроектованої. Управитель надає кожному з довіритель довідку, що підтверджує їх право на отримання закріплених за ними об'єктів інвестування у власність в обмін на свідоцтво про участь в ФФБ. Також управитель надає перелік таких довіритель забудовнику.

Оформлення права власності довіритель на житло здійснюється забудовником за його рахунок, тоді як право власності на нежитлові приміщення оформлюється довірителем самостійно і за його рахунок.

Довірча власність управителя поширюється на об'єкт його управління, тобто на ФФБ як певну суму грошей, внесених довірителями на рахунок ФФБ, що контролюється управителем, та набуте ним майно, у тому числі об'єкт будівництва. Довіритель вважаються установниками управління. Згідно зі ст. 1030 ЦК України грошові кошти не можуть бути предметом договору управління майном, крім випадків, прямо встановлених законом. Можна бачити, що Закон «Про ФКМ» прямо передбачає виняток з положень ЦК України.

Також згідно зі ст. 1030 ЦК України, ст.ст. 6, 7, 11, 14 Закону «Про ФКМ» кошти, передані в управління, і майно, набуте управителем у результаті управління, є відокремленими від іншого майна установника управління (довірителя-інвестора) та від майна управителя. Управитель веде щодо цих коштів окремий облік, розрахунки, пов'язані з управлінням майном, здійснюються на окремому банківському рахунку (рахунку ФФБ).

Право довірчої власності управителя обмежується Правилами ФФБ та укладеними ним з довірителями договорами управління майном, зокрема:

- Управитель не може доручити здійснення управління ФФБ іншим особам та зобов'язаний управляти майном особисто;
- Управитель не може використовувати отримане в управління майно не за цільовим призначенням, визначеним у договорі управління майном. Утім, з приводу цієї гарантії існує певна двозначність, оскільки згідно зі ст. 7 Закону управитель має право використовувати у власних банківських операціях вільні кошти на поточних рахунках фонду, які тимчасово не передані на фінансування будівництва.

Фінансування будівництва управителем (ст.ст. 16-17 Закону «Про ФКМ») полягає в тому, що він перераховує кошти забудовнику для здійснення ним будівництва.

Фінансування будівництва за рахунок коштів ФФБ виду А управитель здійснює за рахунок отриманих в управління коштів, за винятком оперативного резерву (суми, призначені для спеціальних цілей, зокрема для повного або часткового повернення коштів довірителям з ФФБ), в порядку, визначеному договором, у межах вартості будівництва. Тобто кошти з ФФБ просто перераховуються забудовникові.

У ФФБ виду Б управитель фінансує будівництво відповідно до графіків фінансування та будівництва, погоджених управителем і забудовником за кожним об'єктом будівництва, що є невід'ємною частиною договору. У разі якщо обсяг фактично залучених від довірителів коштів менший за обсяг, визна-

чений графіком фінансування, управитель здійснює фінансування будівництва за рахунок інших джерел.

Забудовник зобов'язаний забезпечувати цільове використання отриманих від управителя коштів. В інтересах довіритель управитель здійснює контроль цільового використання забудовником коштів, спрямованих на фінансування будівництва, перевіряє фінансовий стан забудовника, вимагає від нього надання фінансових та аудиторських звітів.

Управитель отримує винагороду за перерахування коштів на фінансування будівництва таким чином:

- У ФФБ виду А таку винагороду управителю сплачує забудовник. Винагорода сплачується у розмірі, у строки та у порядку, погоджені зі забудовником при укладанні договору на будівництво. Управитель та забудовник можуть домовитися, що при перерахуванні коштів на фінансування будівництва із фонду фінансування будівництва, управитель може самостійно утримувати належну йому винагороду за рахунок коштів ФФБ;
- У ФФБ виду Б управитель при перерахуванні коштів на фінансування будівництва із фонду фінансування будівництва самостійно утримує належну йому винагороду за рахунок коштів ФФБ у розмірі, визначеному Правилами ФФБ.

Також управитель отримує винагороду від довіритель:

- За зміну об'єкта інвестування;
- За відступлення довіритель права вимоги за договором про участь у ФФБ третім особам;
- За часткове повернення коштів з ФФБ та
- За оформлення відмови від участі у фонді.

Розмір і порядок отримання такої винагороди визначається Правилами ФФБ.

Як вже зазначалося вище, крім винагороди, управитель отримує можливість використовувати у власних банківських операціях вільні кошти на пото-

чних рахунках фонду, які тимчасово не передані на фінансування будівництва (ст. 7 Закону «Про ФКМ»). При цьому, з одного боку, ст. 7 Закону «Про ФКМ» передбачає, що банк несе відповідальність за ці кошти, а з іншого – ч. 4 ст. 17 Закону «Про ФКМ» встановлює, що повернення довірителю ФФБ коштів не може здійснюватися за рахунок іншого ФФБ або власних коштів банку.

«Банкоцентричність» інвестиційної схеми ФФБ. Інвестиційна схема ФФБ забезпечує максимальні гарантії інтересів управителя, отже, є повністю «банкоцентричною». До того ж, управитель – банк або інша фінансова установа – є ініціатором її створення, як наслідок – визначає склад інших учасників (забудовник, страхова компанія), умови всіх правочинів, затверджує локальний нормативно-правовий акт – Правила Фонду, згідно з яким відбувається взаємодія всіх учасників.

Через те, що ця схема передбачає повну залежність забудовника від управителя, вона не є популярною серед самостійних забудовників і використовується лише в разі, якщо і забудовник, і управитель (і, як правило, страхова компанія) перебувають під контролем однієї групи осіб, тобто входять до великої фінансово-промислової групи²⁷.

З точки зору інвестора-довірителя, ця схема є, попри її складність, досить надійною, оскільки певною мірою гарантується капіталом фінансової установи – управителя.

Слід також зазначити, що за популярністю ФФБ значно поступається фінансуванню будівництва через емісію будівельних облігацій, правове регулювання яких розглядається нижче.

²⁷ Слід зауважити, що ст. 2 Закону «Про ФКМ» містить визначення поняття «пов'язані особи», але в інших положеннях Закону це поняття не вживається, отже, жодні обмеження щодо залежності забудовника від управителя або їх спільної залежності від третіх осіб відсутні.

3.4. Інвестування у будівництво житлової нерухомості через емісію облігацій

Випуск облігацій, за якими базовим товаром є одиниця нерухомості.

Емісія та розміщення цільових облігацій, виконання зобов'язань за якими передбачається об'єктами житлового будівництва, є сьогодні найбільш поширеним легальним засобом для фінансування будівництва із залученням коштів від фізичних та юридичних осіб.

Питання емісії та обігу облігацій регулюються Законом України від 23 лютого 2006 р. «Про цінні папери та фондовий ринок», Положенням про порядок здійснення емісії облігацій підприємств та їх обігу, затв. рішенням ДКЦПФР від 17 липня 2003 р. № 322 (в редакції рішення від 26 жовтня 2006 р. № 1178). Утім, в цій схемі залишаються законодавчо неврегульованими деякі дуже важливі аспекти відносин між забудовником та інвесторами.

Стаття 7 Закону «Про цінні папери та фондовий ринок» визначає облігацію як цінний папір (ЦП), що посвідчує внесення його першим власником грошей, визначає відносини позики між власником облігації та емітентом, підтверджує зобов'язання емітента повернути власникові облігації її номінальну вартість у передбаченій умовами розміщення облігацій строк та виплатити доход за облігацією, якщо інше не передбачено умовами розміщення.

З 2011 р. облігації емітуються виключно у бездокументарній формі.

Облік прав на ЦП, емітовані у бездокументарній формі, у тому числі на облігації, здійснюється через дворівневу систему, до якої входять:

1. Зберігачі (банки, торговці ЦП або реєстратори, що мають ліцензію на зберігання та обслуговування обігу цінних паперів) відкривають заінтересованим особам рахунки у ЦП. На ці рахунки зараховуються ЦП, що набуваються відповідно до цивільно-правових правочинів. Зберігачі негайно повідомляють про зарахування цінних паперів на рахунок у ЦП депозитарію.

2. Ліцензований НКЦПФР депозитарій веде зведений обліковий реєстр власників ЦП, тобто перелік власників ЦП певного випуску із зазначенням інформації про власників ЦП, про кількість ЦП, належних кожному власнику, та фактів обтяження цих ЦП зобов'язаннями.

Такі ЦП існують не у вигляді сертифікатів або будь яких інших документів, а як облікові записи на рахунках у ЦП, відкритих у зберігача.

Право власності на ЦП, емітовані у бездокументарній формі, переходить з моменту зарахування ЦП на рахунок набувача, причому підтвердженням права власності на ЦП є виписка з рахунку у ЦП, яку надає зберігач.

Частина 3 ст. 7 Закону «Про цінні папери та фондовий ринок» називає такі види облігацій:

- Відсоткові облігації – облігації, за якими передбачається виплата відсоткових доходів;
- Дисконтні облігації – облігації, що розміщуються за ціною, нижчою ніж їх номінальна вартість (різниця між ціною придбання та номінальною вартістю облігації виплачується власнику облігації під час її погашення і становить доход (дисконт) за облігацією);
- Цільові облігації – облігації, виконання зобов'язань за якими здійснюється шляхом передачі товарів та/або надання послуг відповідно до вимог, встановлених умовами розміщення таких облігацій, а також шляхом сплати коштів власнику таких облігацій у випадках та порядку, передбачених проспектом емісії облігацій.

Оскільки майном (товаром), яким погашаються цільові облігації, може бути, серед іншого, нерухомість (житло), законодавець відніс цільові облігації до одного з дозволених засобів фінансування будівництва житла.

Суб'єктами інвестиційної схеми фінансування будівництва житла через емісію цільових будівельних облігацій є забудовник і інвестор-покупець (згодом – власник) облігацій. До їх відносин залучаються також визначений забудовником андеррайтер (забезпечує розміщення облігацій) та визначений інвес-

тором зберігач ЦП (забезпечує зберігання придбаних інвестором облігацій, якщо їх емітовано у бездокументарній формі).

Згодом придбані інвестором цільові будівельні облігації можуть бути продані ним із залученням торговця цінними паперами на користь третьої особи, яка набуває прав інвестора в обмін на винагороду за договором купівлі-продажу, або іншим чином відчужені.

Емітентом облігацій, за якими базовим товаром є одиниця нерухомості (далі – цільові будівельні облігації), є забудовник²⁸.

Є 2 можливі підходи до визначення такої одиниці нерухомості:

- Одиницею нерухомості є метрична одиниця площі – метр або сантиметр квадратний. У разі, якщо базовим товаром є метрична одиниця (як правило, квадратний сантиметр), забудовник емітує велику кількість однакових облігацій, а інвестор купує стільки облігацій, скільки квадратних сантиметрів становить площа проінвестованих ним квартири, котеджу, паркомісця або іншого об'єкта інвестування;
- Одиницею нерухомості є квартира, котедж, паркомісце як такі. У такому випадку забудовник емітує декілька серій облігацій відповідно до того, скільки у будинку буде квартир різної площі або у котеджному містечку – котеджів із різною кількістю кімнат (наприклад – 10 облігацій серії «А», які представляють 10 4-кімнатних квартир площею 201,2 кв. м, 24 облігації серії «В», які представляють 24 3-кімнатні квартири площею 128,5 кв. м, 50 облігацій серії «Г», які представляють 50 пар-

²⁸ Згідно зі ст. 8-1 Закону «Про цінні папери та фондовий ринок» та п. 5.2 розділу I Положення про порядок здійснення емісії облігацій підприємств та їх обігу емісію цільових облігацій, виконання зобов'язань за якими здійснюється шляхом передачі об'єкта (частини об'єкта) житлового будівництва, може здійснювати юридична особа, яка згідно із законодавством має право на виконання функцій замовника будівництва такого об'єкта, або юридична особа, що уклала договір участі у будівництві житла з органами виконавчої влади, органами місцевого самоврядування, що мають право власності, оренди чи постійного користування земельною ділянкою, на якій буде розташовано об'єкт житлового будівництва, яким забезпечуватиметься виконання зобов'язань за цільовими облігаціями. Строк, на який укладено договір оренди земельної ділянки, має бути не менше, ніж строк виконання будівельних робіт згідно з проектною документацією та задачі об'єкта житлового будівництва в експлуатацію.

комісць для автотранспорту, тощо). Отже, кожна облігація є унікальною і представляє окремий об'єкт інвестування.

Цільові будівельні облігації емітуються на номінальну суму, що не перевищує 3-кратного розміру власного капіталу забудовника або розміру забезпечення, що надається третіми особами, і водночас – проектної вартості будівництва.

Будівельні облігації можуть емітуватися винятково за наявності забезпечення їх третіми особами договорами поруки чи страхування ризиків непогашення облігацій, причому розмір забезпечення, отриманого від поручителя(ів), гаранта(ів), не має перевищувати розміру власного капіталу такого(их) поручителя(ів), гаранта(ів).

На відміну від ФФБ, у цій інвестиційній схемі всі ключові рішення приймає забудовник, що робить її значно привабливішою для забудовників.

З іншого боку, забудовник повинен здійснити емісію ЦП, що покладає на нього тягар вчинення багатьох організаційних дій і досить серйозних витрат.

Цільові будівельні облігації можуть бути виключно іменними.

Відповідно до п. 6 гл. 2 розділу III Положення про порядок здійснення емісії облігацій підприємств та їх обігу проспект емісії цільових будівельних облігацій крім звичайних відомостей має містити відомості про власника земельної ділянки або землекористувача, замовника, забудовника та підрядника, об'єкт будівництва, яким буде здійснюватися виконання зобов'язань за облігаціями, а також про договори, ліцензії, державні акти, дозволи тощо, відповідно до яких здійснюється будівництво.

Емітент-збудовник щоквартально подає до НКЦПФР звіт про стан будівництва об'єкта (п. 3 гл. 2 розділу III зазначеного вище Положення).

Дуже корисним для інвестора, який приймає рішення щодо інвестування в будівництво, є те, що відомості щодо порядку емісії, обігу, погашення облігацій, житла, що будується, забудовника-емітента можна знайти у проспекті емісії, що публікується у виданнях НКЦПФР, а квартальну та річну звітність

забудовника-емітента та іншу інформацію, що підлягає обов'язковому розкриттю за законодавством України про цінні папери, – в мережі Інтернет, зокрема в матеріалах Загальнодоступної інформаційної бази даних НКЦПФР про ринок ЦП (<http://www.stockmarket.gov.ua/>) та Єдиного інформаційного масиву даних про емітентів ЦП (<http://www.smida.gov.ua/>).

Крім того, емітент-збудувник перебуває під досить жорстким контролем НКЦПФР, а також відповідно до ч. 2 ст. 8-1 Закону «Про цінні папери та фондовий ринок» не має права вчиняти будь-які дії, наслідком яких може бути встановлення обтяження на об'єкт (частину об'єкта) житлового будівництва, земельну ділянку, яка призначена для спорудження об'єкта житлового будівництва, та майнові права на них.

Відносини між забудовником-емітентом цільових будівельних облігацій та інвестором. Як було зазначено вище, основна проблема в цій інвестиційній схемі полягає у нерегульованості відносин між забудовником-емітентом та інвестором, через що практика виробляє механізми цієї взаємодії різного ступеню адекватності.

Перший етап відносин емітента-збудувника та інвестора є більш менш зрозумілим – інвестор обирає вільний об'єкт інвестування (квартиру, котедж, паркомісце), відкриває рахунок у ЦП (якщо йдеться про бездокументарну форму випуску), укладає як покупець договір купівлі-продажу облігацій зі андеррайтером²⁹ як зі продавцем, оплачує їх вартість і стає їх власником.

Розмір пакету облігацій має відповідати кількості метричних одиниць, що становлять площу об'єкта інвестування (якщо одиницею нерухомості є метр чи сантиметр квадратний), або кількості об'єктів інвестування (якщо одиниця нерухомості співпадає з одиницею інвестування, тобто якщо на кожну квартиру, котедж, паркомісце емітується 1 облігація).

Договір купівлі-продажу облігацій створює правове підґрунтя для внесення інвестором грошової інвестиції як покупцем облігацій.

²⁹ Андеррайтер залучається емітентом-збудувником для розміщення облігацій.

У випадку, якщо одиницею нерухомості є метр чи сантиметр квадратний, законодавство не відповідає на питання, яким чином придбання певної кількості облігацій прив'язується до права отримати згодом індивідуально-визначений об'єкт інвестування, тобто конкретний об'єкт нерухомості – квартири на конкретному поверсі і за конкретним номером, а не абстрактну кількість метрів квадратних, і головне – яким чином інвестор – власник цільових будівельних облігацій стає згодом власником житла.

Це є суттєвим недоліком чинного законодавства, оскільки нерухомість є завжди індивідуально визначеною, а кожний нерухомий об'єкт є унікальним. Вирішити цю проблему на державному рівні можна 2 способами.

Перший спосіб передбачає заборону використання метричних одиниць як одиниць нерухомості. Тобто цільові будівельні облігації повинні завжди представляти індивідуалізовані об'єкти нерухомості.

Другий спосіб є більш глобальним і полягає у створенні певного реєстру об'єктів житлового будівництва, що будуються із залученням коштів фізичних та юридичних осіб. Отримання дозволу на початок виконання будівельних робіт зі зведення об'єкту житлового будівництва слід було б прив'язати до внесення всіх об'єктів інвестування (квартир, котеджів) до такого реєстру як «вільних».

При придбанні цільових будівельних облігацій фізичною або юридичною особою – інвестором відповідний об'єкт інвестування закріплювався б за інвестором у цьому реєстрі. Цю систему можна було б застосувати до будівництва житла через ФФБ і до його інших видів будівництва.

Після введення об'єкту будівництва (житлової будівлі) в експлуатацію емітент-забудовник здійснює погашення відповідних облігацій, після чого з реєстру надавався б витяг про готовність об'єкту інвестування – конкретної квартири, конкретного котеджу або паркомісця. Саме на підставі цього витягу інвестор міг би оформити правовстановлювальні документи на об'єкт інвестування (свідоцтво про право власності) і зареєструвати право власності на такий об'єкт у БТІ.

Утім, оскільки на законодавчому рівні цю проблему не розв'язано, оптимальним варіантом юридичного оформлення відносин із закріплення конкретного об'єкту інвестування за інвестором – покупцем цільових будівельних облігацій, за якими одиницею нерухомості є метрична одиниця (метр або сантиметр квадратний), є, на мою думку, укладення емітентом-забудовником та покупцем облігацій – інвестором одночасно з підписанням договору купівлі-продажу облігацій договору про резервування житла, будівництво якого фінансується за рахунок емісії цільових будівельних облігацій, предметом якого є зобов'язання забудовника збудувати об'єкт інвестування та передати його інвесторові у разі, якщо той сплатить облігації за договором купівлі-продажу цінних паперів. Такий договір укладається відповідно до ч. 1 ст. 6 ЦК України як договір, що не передбачений законодавством, але який не суперечить його імперативним нормам.

Отже, цей договір може мати іншу назву.

Положення щодо інвестиції не є істотними умовами такого договору, оскільки вони визначаються договором купівлі-продажу облігацій, утім саме договір про резервування житла, будівництво якого фінансується за рахунок емісії цільових будівельних облігацій, визначає:

- Об'єкт інвестування, тобто параметри нерухомості, що має бути збудована за рахунок коштів інвестора, і її стан в момент майбутньої передачі забудовником інвесторові;
- Строки будівництва об'єкта інвестування;
- Питання оформлення права власності інвестора на об'єкт інвестування;
- Умови щодо порядку зміни суми інвестиції, строків будівництва та параметрів об'єкту інвестування і пов'язаних із цим розрахунків.

Після завершення строку обігу облігацій та введення в експлуатацію об'єкту будівництва, частиною якого є об'єкт інвестування, здійснюється погашення облігацій (оформлюється актом пред'явлення облігацій до погашен-

ня) та передача об'єкту інвестування від забудовника інвесторові (оформлюється актом передачі).

Такий варіант оформлення відносин є вельми поширеним на практиці і визнається державою законним: зокрема, п. 47 Порядку державної реєстрації прав на нерухоме майно встановлює, що державна реєстрація права власності інвестора на житло, проінвестоване через будівельні облігації, проводиться на підставі договору купівлі-продажу облігацій та документу, згідно з яким відбулося закріплення відповідного об'єкта інвестування за власником облігацій (*договір резервування, бронювання тощо*).

Альтернативні варіанти, що дискутувалися у літературі та все ще подекуди використовуються на практиці, мають певні недоліки³⁰:

1. Договір міни, за яким інвестор – власник цільових будівельних облігацій обмінює їх зі забудовником-емітентом на об'єкт інвестування – нерухомість (т.зв. «зворотна міна»). Такий договір укладається з відкладальною умовою одночасно з договором купівлі-продажу цільових будівельних облігацій. Відкладальною умовою є набуття інвестором права власності на облігації після їх оплати.

Проблеми полягають у тому, що:

- Згідно зі ст. 716 ЦК України договір міни нерухомості має укладатися у нотаріальній письмовій формі, але до завершення будівництва, оформлення і реєстрації права власності на об'єкт інвестування відсутні документи щодо нерухомості, необхідні для нотаріального оформлення правочину. Реєстрація права власності на окрему квартиру – частину будівлі, що є об'єктом незавершеного будівництва, як на нерухомість, що будується, є, у принципі, можливою і дозволяє укласти нотаріально посвідчений договір міни, але виявляється до-

³⁰ Див., наприклад: Дроздова Н. Как облигации помогут построить дом? Особенности механизма инвестирования строительства жилья посредством выпуска именных целевых облигаций // Юридическая практика. – 2008. – № 13 (535); Кифак А., Селютин А. Что нам стоит за деньги дом построить? // Юридическая практика. – 2006. – № 9 (427); Селютин А. Полищук Е. Целевые облигации как способ продажи жилья в процессе его строительства // Юридичний радник. – 2006. – № 6 (14).

силь складною процедурою. Через це з метою уникнення виконання вимоги щодо нотаріальної форми правочину забудовник обмінює, як правило, не нерухомість як таку, а право на отримання нерухомості у майбутньому. Отже, згодом правовстановлювальний документ – свідоцтво про право власності – видається інвестору на підставі акту передачі квартири (котеджу) забудовником інвесторові за договором міни;

- Погашення облігацій та їх обмін на нерухомість – це 2 різні операції, облігації не можуть погашатися і водночас бути товаром, що підлягає обміну за договором міни. Ця вада зазначеного договірної інструменту не може бути виправлена.

2. Об'єднання договору купівлі-продажу облігацій з договором фінансування будівництва в одному правочині. Такий договір не знаходить підтримки НКЦПФР.

3. Одночасно з договором купівлі-продажу цільових будівельних облігацій укладається договір резервування об'єкту інвестування, який обумовлює параметри нерухомості. Особливість полягає в тому, що після погашення облігацій і введення будівлі в експлуатацію забудовник реєструє право власності на нерухомість на себе і потім – відповідно до умов договору резервування об'єкту інвестування – продає його інвесторові за нотаріально посвідченим договором купівлі-продажу. Недоліками цього варіанту є те, що договір купівлі-продажу є оплатним, але, з одного боку, відсутні підстави для зарахування коштів, сплачених інвестором за договором купівлі-продажу облігацій, в рахунок його платежу за договором купівлі-продажу нерухомості, а з іншого – інвестор не повинен платити за нерухомість повторно.

Утім, попри всі зазначені вище недоліки, інвестиційна схема фінансування будівництва житла через емісію забудовником цільових будівельних облігацій є значно популярнішою серед забудовників, ніж ФФБ, оскільки не передбачає необхідності залучення фінансової установи і, як наслідок – залежності забудовника від такої установи.

Також істотними перевагами цільових будівельних облігацій є прозорий спосіб оплатного переведення прав інвестора на третіх осіб, який здійснюється через продаж цих облігацій у порядку, передбаченому для ЦП, і передбачене абз. 1 п. 9 розділу I Положення про порядок здійснення емісії облігацій підприємств та їх обігу право власника облігацій звернутися до емітента **під час обігу облігацій з вимогою викупити облігації, оплачені власником.**

Отже, нагальним питанням правового регулювання є виправлення вад цієї інвестиційної схеми; це дозволить забудовникам використовувати її активніше і зменшить кількість будівельних проектів, які фінансуються з грубими порушеннями обмежень, встановлених ч. 3 ст. 4 Закону «Про інвестиційну діяльність».

Використання дисконтних облігацій для фінансування будівництва житла із залученням коштів від фізичних та юридичних осіб не передбачене ч. 3 ст. 4 Закону «Про інвестиційну діяльність» у виключному переліку засобів інвестування будівництва житла. Отже, така інвестиційна схема є, суворо кажучи, незаконною.

Утім, на практиці вона використовується забудовниками дуже широко.

Згідно з ч. 3 ст. 7 Закону «Про цінні папери та фондовий ринок» дисконтні облігації розміщуються за ціною, нижчою ніж їх номінальна вартість. Різниця між ціною придбання та номінальною вартістю облігації виплачується власнику облігації під час її погашення і становить доход (дисконт) за облігацією.

Дисконтні облігації є популярними серед забудовників через те, що їх використання мінімізує зобов'язання, ризики і витрати забудовника.

Цільова будівельна облігація емітується на час, що дорівнює часу будівництва, і погашається у зв'язку із завершенням будівництва, під фінансування якого вона була емітована. Для нового будівництва слід емітувати нові цільові будівельні облігації, що пов'язано з великими організаційними витратами. Дисконтні облігації можна емітувати з великим строком обігу (10-20 років) і задіяти один випуск у всіх наступних будівельних проектах. Дисконтні облігації,

що емітуються *de facto* з метою фінансування будівництва, стають «облігаціями багаторазового використання».

Умови випуску цільових будівельних облігацій містять прив'язку до об'єктів нерухомості, і кожна облігація повинна бути погашена одиницею площі нерухомості, тоді як дисконтні не прив'язані юридично до нерухомості і погашаються грошима. Тобто в інформації про випуск дисконтних облігацій відсутні будь-які зобов'язання забудовника щодо передачі нерухомості власникові облігацій.

Крім того, емітент не зобов'язаний прив'язувати обсяг емісії дисконтних облігацій до загальної вартості навіть одного об'єкту будівництва.

Все це значно збільшує ризики інвесторів – *de jure* вони інвестують не у нерухомість, що будується, із використанням ЦП, а просто в ЦП, дохід за якими є мінімальним і сплачується через багато років. Тобто на відміну від інвестицій, що здійснюються через цільові будівельні облігації забудовників, інвестиції через дисконтні облігації забудовників є не капітальними і креативними, а фінансовими (портфельними) і аквізаційними. При цьому законний (легальний, тобто визнаний правом) інтерес інвесторів полягає в отриманні не житла, а дисконту.

Дисконтні облігації прив'язуються до об'єкту інвестування – житла через укладання «зворотного» договору міни. За цим договором облігації переходять від власника облігацій – інвестора назад до емітента-збудовника. Такий договір може підписуватися одночасно з укладенням договору купівлі-продажу облігацій з відкладальною умовою, якою є оплата облігацій їх покупцем-інвестором. Утім, зазвичай, одночасно з договором купівлі-продажу облігацій підписується попередній договір міни, а основний договір міни укладається після оплати інвестором всіх облігацій.

Отже, часто обсяг емісії є мінімальним, інвестори перебувають у певній «черзі», придбають облігації і одразу обмінюють їх назад із тим, щоб можливість придбати облігації отримали наступні інвестори.

При цьому відносини:

- щодо емісії забудовником дисконтних облігацій та їх наступного оплатного придбання інвестором за договором купівлі-продажу і
- щодо наступного «зворотного» обміну облігацій інвестором із забудовником за договором міни на права на нерухомість, що будується, не об'єднані єдиною підставою їх виникнення.

У разі розірвання, визнання недійсним договору міни облігацій з ініціативи забудовника, неукладення основного договору міни (якщо одночасно з договором купівлі-продажу облігацій укладався попередній договір міни), так само як і в разі неможливості виконання договору міни забудовником, інвестор залишається з дисконтними облігаціями, оплаченими ним за належним чином укладеним і виконаним договором купівлі-продажу облігацій і не має жодних правових підстав вимагати повернення коштів, сплачених ним забудовникові.

Утім, предметом переговорів між забудовником, який використовує дисконтні облігації, і кожним з інвесторів завжди є отримання інвестором житла в обмін на сплачені ним кошти, облігації розуміються як певний проміжний етап і технічний інструмент (для того, щоб пересвідчитися у цьому, досить оглянути рекламні матеріали забудовників: ніхто з них не розміщує рекламу емітованих ними дисконтних облігацій, але всі вони рекламують житло, будівництво якого фінансується через продаж таких облігацій).

До речі, М. Ніколаєнко, яка обстоює законність використання дисконтних облігацій, визнає, що за такої схеми кошти на етапі будівництва залучаються як інвестиції в ЦП, а не в об'єкт нерухомості, і лише після фактичної та юридичної готовності об'єкту до продажу відбувається відчуження об'єкту на користь власника облігацій за договором міни – адже така схема передбачає відчуження вже *готового* житла, а не житла, що будується³¹.

Утім, подібну аргументацію прийняти не можна. Укладення договору міни дисконтних облігацій на *готову* нерухомість (або хоча б попереднього до-

³¹ Николаенко М. Целевые или дисконтные? // Юридическая практика. – 2007. – № 43 (513). – С. 4.

говору) є технічно неможливим до моменту введення житла в експлуатацію, оформлення і реєстрації права власності забудовника на неї, оскільки для договору міни нерухомого майна ст. 716 ЦК України передбачає нотаріальну письмову форму, а згідно зі ст. 331 ЦК України на стадії будівництва відсутні як сама нерухомість, так і зареєстровані права власності забудовника.

Реєстрація права власності на окрему квартиру – частину будівлі, що є об'єктом незавершеного будівництва, як на нерухомість, що будується, є, у принципі, можливою і дозволяє укласти нотаріально посвідчений договір міни, але:

- виявляється досить складною процедурою;
- при цьому предметом правочину стає міна не *готової*, як зазначають прибічники законності використання дисконтних облігацій, а *недобудованої* нерухомості.

З іншого боку, договір міни об'єкту нерухомості – житла, укладений у простій письмовій формі під час його будівництва, є нікчемним згідно з ч. 1 ст. 220 ЦК України.

Звісно, теоретично можливим є укладення договору міни після введення житла в експлуатацію. Утім, у такому разі:

- першим власником житла стає забудовник, йому доведеться взяти це житло на баланс, що пов'язано з організаційними ускладненнями;
- головне – до моменту введення житла в експлуатацію і реєстрації права власності забудовника на нього, тобто протягом тривалого часу, в інвестора не буде жодних правових гарантій того, що такий договір міни взагалі буде укладений.

Отже, здійснити цю схему на засадах, окреслених М. Ніколаєнко, неможливо.

На практиці забудовники укладають з інвесторами договори міни дисконтних облігацій до моменту введення житла в експлуатацію, і першим власником відповідного об'єкту стає не забудовник, а інвестор.

Договір міни укладається у простій письмовій формі. При цьому інвестор отримує за договором не нерухомість, а «право отримати у майбутньому нерухомість, що будується», або «майнові права на нерухомість, що будується».

Утім, схема залучення коштів забудовником житла через випуск дисконтих облігацій з наступним «зворотним» обміном цих облігацій на майнові права на нерухомість, що будується, передбачає фінансування будівництва житла за рахунок коштів фізичних та юридичних осіб способом, не встановленим ч. 3 ст. 4 Закону «Про інвестиційну діяльність», та із порушенням п. 1.5.2 Положення про порядок здійснення емісії облігацій підприємств та їх обігу, отже не є законною.

Як наслідок – інвестори несуть всі правові ризики, пов'язані з можливим розірванням договору міни облігацій на майнові права на нерухомість, що будується, визнанням такого договору недійсним, неможливістю його виконання або навіть його неукладення, без можливості повернути кошти, за рахунок яких фактично будується житло, які інвестори сплачують забудовникові.

3.5. Інвестування у будівництво житла через ІСІ

Інвестування у будівництво житла через створення інститутів спільного інвестування (ІСІ) прямо передбачене ст. 4 Закону «Про інвестиційну діяльність», утім, слід зазначити, що основним напрямом інвестування будь-якого ІСІ є цінні папери та інші фінансові активи. У будь-якому випадку створювати ІСІ під конкретний будівельний проект абсолютно недоцільно. Також у разі, якщо ІСІ фінансуватиме будівництво житла серед інших своїх інвестиційних проектів, інвестори ІСІ отримають не таке житло, а лише кошти від його продажу третім особам.

Справа в тому, що ІСІ створюються для здійснення **спільного інвестування**, тобто для провадження особливої форми інвестиційної діяльності, за якої інвестори, що бажають отримувати інвестиційний прибуток, надають свої кошти досвідченим особам для портфельного інвестування – вкладення їх у

ЦП, корпоративні права та нерухомість. Пункт 17 ст. 3 Закону України від 15 березня 2001 р. «Про інститути спільного інвестування (пайові та корпоративні інвестиційні фонди)» містить легальне визначення діяльності зі спільного інвестування як діяльності, що провадиться в інтересах і за рахунок учасників (акціонерів) інститутів спільного інвестування шляхом емісії цінних паперів інститутів спільного інвестування, з метою отримання прибутку від вкладення коштів, залучених від їх розміщення у ЦП інших емітентів, корпоративні права, нерухомість та інші активи, дозволені законами України та нормативно-правовими актами НКЦПФР. Фактично, суть спільного інвестування полягає в акумуляції коштів дрібних інвесторів у єдиний «кошик», яким управлятиме професійний менеджер, що вкладатиме ці кошти у цінні папери, нерухомість, інші активи з метою отримання прибутку³².

ІСІ утворюються з виключною метою провадити таке спільне інвестування, пов'язане з об'єднанням (залученням) грошових коштів інвесторів, і не можуть займатися іншими видами діяльності.

ІСІ – це збиральна назва, бо кожен ІСІ утворюється та існує лише в одній з 2 відмінних форм:

- як корпоративний інвестиційний фонд (КІФ) або
- як пайовий інвестиційний фонд (ПІФ).

Навіть даючи легальне визначення ІСІ у п. 7 ст. 3 Закону «Про інститути спільного інвестування (пайові та корпоративні інвестиційні фонди)», законодавець сформулював його наступним чином: ІСІ це КІФ або ПІФ.

Фактично, КІФ та ПІФ – це прямо врегульовані законодавством інвестиційні схеми спільного інвестування.

Утворення та діяльність ІСІ обов'язково пов'язані з емісією пайових ЦП, що їх на оплатній основі придбають інвестори. Для КІФ це – акції, для ПІФ – інвестиційні сертифікати. Цінні папери ІСІ завжди є іменними.

³² Кауфман Б. Міжнародний досвід правового регулювання приватного інвестування (на прикладі інститутів спільного інвестування) // Підприємництво, господарство і право. – 2009. – № 4. – С. 96-99.

Саме кошти, залучені в інвесторів як оплата за такі ЦП (акції або інвестиційні сертифікати), об'єднуються та вкладаються у ЦП інших емітентів, корпоративні права та нерухомість, що дозволяє отримати прибуток. Сформована таким чином сукупність майна, корпоративних прав і вимог отримує статус активів відповідного ІСІ. Активи є, фактично, спільним інвестиційним портфелем інвесторів, чиї кошти залучалися до спільного інвестування. Форма, у якій виражені права інвесторів щодо активів ІСІ, залежить від його форми: це засвідчені акціями корпоративні права (для КІФ) або засвідчені інвестиційним сертифікатом права спільної часткової власності безпосередньо на частку активів (для ПІФ).

На рівні законів діяльність ІСІ регулюється Законом «Про інститути спільного інвестування (пайові та корпоративні інвестиційні фонди)» (далі – Закон «Про ІСІ»).

При цьому ПІФ є значно популярнішою формою спільного інвестування, ніж КІФ: це природно, бо створення ПІФ є значно простішим.

Корпоративний інвестиційний фонд (КІФ) є юридичною особою – це акціонерне товариство, спеціально пристосоване для залучення коштів інвесторів через розповсюдження акцій і подальшого спільного інвестування таких коштів, яке діє на підставі статуту та регламенту. Стаття 7 Закону «Про ІСІ» визначає КІФ як ІСІ, що створюється у формі акціонерного товариства і провадить виключно діяльність зі спільного інвестування. Водночас це – назва специфічної схеми зі спільного інвестування (див. допоміжні таблиці).

Елементами цієї системи є:

1. АТ КІФ (ст.ст. 7-21 Закону «Про ІСІ»), особливостями якого як акціонерного товариства є те, що:

- АТ КІФ не може емітувати ЦП, крім акцій, які повинні бути винятково простими іменними;
- АТ КІФ формує так званий «початковий статутний капітал» за рахунок внесків засновників – грошових коштів, державних ЦП, ЦП інших емітентів, що допущені до торгів на фондовій біржі, та

об'єктів нерухомості, необхідних для забезпечення статутної діяльності, у розмірі не меншому ніж встановлений законом мінімальний розмір статутного капіталу АТ, і лише згодом збільшує статутний капітал і здійснює додаткові емісії акцій, які придбають вже не засновники, а сторонні інвестори;

- АТ КІФ не може бути заснований юридичними особами, у статутному капіталі яких частка держави або органів місцевого самоврядування перевищує 25%;
- Органами управління АТ КІФ є лише загальні збори акціонерів та наглядова рада, виконавчий орган не утворюється, причому закон містить додаткові, порівняно зі звичайними АТ, вимоги щодо складу, порядку роботи та компетенції наглядової ради, встановлює додаткові питання виключної компетенції загальних зборів акціонерів та особливості їх проведення;
- Разом зі статутом у АТ КІФ діє регламент – особливий локальний документ КІФ, що регулює специфічні питання спільного інвестування і містить інвестиційну декларацію, що визначає напрями та обмеження інвестиційної діяльності, а також інші відомості щодо порядку інвестування;
- Затвердження змін до регламенту належить до виключної компетенції загальних зборів акціонерів.

2. Інвестори – акціонери – це особи, які придбали акції КІФ. Для венчурних (див. нижче) фондів встановлене обмеження – фізичні особи можуть бути їх інвесторами виключно за умови придбання акцій КІФ на суму не менше ніж 1500 мінімальних заробітних плат. В усіх інших випадках інвесторами можуть бути як фізичні, так і юридичні особи.

3. Компанія з управління активами – КУА (ст.ст. 29-33 Закону «Про ІСІ»). Оскільки в КІФ відсутній виконавчий орган, його функції виконує КУА, яка представляє КІФ як юридичну особу перед третіми особами і фактично

здійснює спільне інвестування коштів, залучених від інвесторів у ЦП, корпоративні права і нерухомість.

Така компанія утворюється у вигляді АТ або ТОВ, ліцензується НКЦПФР і може здійснювати управління активами одразу декількох ІСІ. Статутний капітал КУА має становити не менш як 7 млн грн., а державна частка у ньому не може перевищувати 10%.

Управління активами ІСІ є виключним видом діяльності КУА, утім, вона може здійснювати діяльність з управління іпотечним покриттям. Крім управління активами ІСІ, КУА здійснюють також управління активами недержавних пенсійних фондів (ст.ст. 34-35 Закону України від 9 липня 2003 р. «Про недержавне пенсійне забезпечення»).

КУА залучається до інвестиційної схеми через підписання з КІФ договору на управління активами, що укладається на 3 роки. Договір підписується головою наглядової ради і затверджується рішенням загальних зборів КІФ. Дія договору продовжується за рішенням загальних зборів акціонерів КІФ або наглядової ради КІФ із наступним обов'язковим затвердженням рішення наглядової ради загальними зборами.

Стаття 30 Закону «Про ІСІ» передбачає низку обмежень щодо дій, які КУА може вчиняти щодо активів КІФ. Ці обмеження в цілому спрямовані на унеможливлення використання компанією активів КІФ у власних інтересах та інтересах пов'язаних з нею осіб. Наприклад, Закон забороняє безоплатно відчужувати активи КІФ, надавати позику за рахунок активів КІФ, відчужувати нерухомість КІФ на свою користь тощо.

За свою діяльність з управління активами КІФ компанія отримує грошову винагороду, розмір якої, так само як і дохід інвесторів-акціонерів, залежить від вартості активів КІФ, тобто від результатів її діяльності³³.

³³ За винятком КУА, що управляють активами венчурних ІСІ, для яких разом із цим встановлена можливість принципово іншого порядку обчислення винагороди – у співвідношенні не до вартості чистих активів ІСІ, а до *приросту* вартості чистих активів ІСІ.

4. Зберігач активів КІФ (ст.ст. 11, 50-52 Закону «Про ІСІ») зберігає як емітовані КІФ акції, так і його активи у вигляді ЦП (тобто ЦП, придбані за кошти інвесторів). КІФ може мати лише одного зберігача.

Враховуючи те, що основну частину активів КІФ становлять, як правило, цінні папери, роль зберігача активів в інвестиційній схемі КІФ є дуже важливою. Крім звичайних функцій зберігача, зберігач активів КІФ має здійснювати контроль за діяльністю КУА і один раз на квартал перевіряти правильність розрахунків вартості чистих активів КІФ, виконаних КУА. Про результати перевірки зберігач доповідає наглядовій раді КІФ. Протягом одного дня після виявлення порушення зберігач інформує НКЦПФР про будь-які дії КУА, що не відповідають проспекту емісії акцій КІФ або порушують регламент КІФ і законодавство. Також зберігач активів надає згоду КУА на списання коштів з банківського рахунку КІФ.

Зберігач залучається до інвестиційної схеми через підписання з КІФ договору на надання послуг зі зберігання акцій КІФ і договору на надання послуг зі зберігання активів КІФ у вигляді ЦП, що укладаються на 3 роки. Договір підписується головою наглядової ради і затверджується рішенням загальних зборів КІФ. Дія договорів продовжується за рішенням загальних зборів акціонерів КІФ або наглядової ради КІФ із наступним обов'язковим затвердженням рішення наглядової ради загальними зборами.

5. Незалежний оцінювач майна КІФ (ст. 37 Закону «Про ІСІ») – це суб'єкт оціночної діяльності, який здійснює оцінку нерухомого майна у разі його придбання або відчуження КУА від імені КІФ у порядку, встановленому законодавством про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність.

Незалежний оцінювач залучається до інвестиційної схеми через укладення договору з КУА. Такий договір затверджується наглядовою радою КІФ.

6. Аудитор (ст. 5 Закону «Про ІСІ») залучається щорічно КУА для перевірки і підтвердження правильності річної фінансової звітності і встановлення відповідності даних звітності результатам діяльності з активами КІФ. Слід за-

значити, що ч. 5 ст. 14 Директиви 85/611/ЄЕС передбачає обов'язковість аудиторської перевірки принаймні *двічі на місяць*. Аудитор залучається до інвестиційної схеми через укладення договору з КУА. Такий договір затверджується наглядовою радою КІФ.

Можна бачити, що фактично аудитор, незалежний оцінювач і, найбільшою мірою, зберігач здійснюють контроль за діяльністю КУА. Тому щодо всіх зазначених осіб встановлюються обмеження, спрямовані на захист інвесторів від зловживань з боку КУА:

- Зберігач, незалежний оцінювач і аудитор КУА не можуть бути однією і тією самою особою, так само як пов'язаними особами;
- Представники КУА, торговців цінними паперами, які обслуговують КІФ, зберігача, аудитора, незалежного оцінювача майна, пов'язаних з ними осіб, не можуть бути членами наглядової ради КІФ.

Крім того, договори, укладені КІФ з КУА та зберігачем, підлягають затвердженню загальними зборами акціонерів КІФ, які приймають також рішення про розірвання таких договорів.

Контроль за належним виконанням умов договорів з КУА, зберігачем, реєстратором, аудитором та незалежним оцінювачем його майна забезпечує наглядова рада КІФ.

Пайовий інвестиційний фонд (ПІФ) не є юридичною особою – це активи, що належать інвесторам на праві спільної часткової власності, перебувають в управлінні КУА і обліковуються нею незалежно від результатів її господарської діяльності. Отже, якщо КІФ – це юридична особа (АТ), яка володіє на праві власності активами (сукупністю майна, ЦП, корпоративних прав та вимог), сформованими за рахунок коштів інвесторів, ПІФ – це власне активи.

У КІФ інвестори мають лише корпоративні права щодо АТ, яке є власником активів, тоді як у ПІФ інвестори самі є їх співвласниками.

Схема інвестування ПІФ відрізняється від схеми КІФ відсутністю фонду – юридичної особи (АТ). Отже, якщо у КІФ емітуються акції, у ПІФ, де це не-

можливо, емітуються інвестиційні сертифікати. Єдиним документом ПФ є регламент.

Мінімальний обсяг активів ПФ повинен бути не меншим за мінімальний розмір статутного капіталу АТ.

Елементами системи ПФ є (див. також допоміжну таблицю):

1. Компанія з управління активами (ст.ст. 23, 29-33 Закону «Про ІСІ»). ПФ створюється за її ініціативою. Саме КУА емітує інвестиційні сертифікати, затверджує регламент ПФ. Укладаючи договори за рахунок активів ПФ, КУА діє від свого імені з обов'язковим зазначенням в таких договорах реквізитів фонду. КУА здійснює окремі бухгалтерський та податковий обліки операцій та результатів діяльності зі спільного інвестування щодо кожного ПФ, активи якого перебувають в її управлінні.

Нерухоме майно, що входить до активів ПФ, реєструється на ім'я КУА з обов'язковим зазначенням реквізитів фонду, а сама компанія стає розпорядником такої нерухомості.

За рішенням НКЦПФР компанію може бути замінено на іншу в разі:

- Якщо протягом року вартість чистих активів ПФ в розрахунку на один інвестиційний сертифікат зменшилася більше ніж на 30%;
- Якщо протягом року вартість чистих активів ПФ у розрахунку на один інвестиційний сертифікат зменшилася від його номінальної вартості більше ніж на 20%;
- Анулювання НКЦПФР виданої КУА ліцензії на провадження діяльності з управління активами ІСІ;
- Ліквідації КУА.

2. Інвестори – учасники – це фізичні та юридичні особи, які придбали інвестиційні сертифікати ПФ. Фізичні особи можуть бути інвесторами венчурних ПФ виключно за умови придбання інвестиційних сертифікатів на суму не менше ніж 1500 мінімальних заробітних плат. В усіх інших випадках інвесторами можуть бути як фізичні, так і юридичні особи.

Інвестиційний сертифікат засвідчує частку інвестора у ПФ.

За загальним правилом інвестори ПФ не мають права втручатися у діяльність КУА. Утім, ст. 25 Закону «Про ІСІ» передбачає можливість утворення наглядової ради у ПФ, в якому кошти спільного інвестування залучалися шляхом приватного розміщення інвестиційних сертифікатів. Наглядова рада утворюється для нагляду за виконанням інвестиційної декларації, зберіганням активів фонду, веденням реєстру власників інвестиційних сертифікатів, проведенням аудиторських перевірок діяльності та оцінки майна фонду з числа учасників фонду. Інші особи можуть бути обраними до її складу у порядку, встановленому регламентом фонду. Учасник має право бути обраним до складу наглядової ради або призначити свого представника за умови придбання ним установленого регламентом ПФ мінімальної кількості інвестиційних сертифікатів.

Така наглядова рада є квазі-корпоративним органом, подібним до наглядової ради КІФ: вона утворюється з числа інвесторів, її рішення приймаються простою більшістю голосів і вважаються правомочними у разі участі в голосуванні не менш як двох третин складу ради.

До компетенції наглядової ради ПФ належить:

- Обрання голови наглядової ради;
- Затвердження рішення про розірвання договорів зі зберігачем, реєстратором, аудитором та незалежним оцінювачем майна;
- Затвердження змін до регламенту фонду.

У разі якщо у ПФ наглядову раду не створено, рішення, які належать до її компетенції, приймаються уповноваженим органом КУА.

Слід зазначити, що неможливість утворення наглядової ради у ПФ, який зробив публічне розміщення інвестиційних сертифікатів, позбавляє учасників такого фонду можливості впливати на діяльність КУА. При цьому саме через такі фонди здійснюється класичне спільне інвестування із залученням багатьох незалежних і дрібних інвесторів.

3. Зберігач активів ПФ виконує ті самі функції, що й зберігач активів ПФ – зберігає як емітовані КУА інвестиційні сертифікати, так і активи ІСІ у

вигляді ЦП. Зберігач залучається до інвестиційної схеми через підписання з КУА договору на надання послуг зі зберігання інвестиційних сертифікатів ПФ і договору на надання послуг зі зберігання активів ПФ у вигляді ЦП, що укладаються на 3 роки.

4. Незалежний оцінювач майна ПФ не відрізняється від незалежного оцінювача КІФ.

5. Аудитор ПФ так само не відрізняється від аудитора КІФ.

У ПФ так само, як у КІФ, аудитор, незалежний оцінювач і, найбільшою мірою, зберігач здійснюють контроль за діяльністю КУА.

Закон «Про «ІСІ» встановлює досить складну **систему класифікацій ІСІ за формою** (ст.ст. 7, 22 Закону), **типом і видом** (ст. 4 Закону) та забороняє змінювати вид і тип ІСІ в процесі його діяльності (ст. 4 Закону). Система класифікацій ІСІ у графічному вигляді наводиться у допоміжних таблицях.

За формою ІСІ поділяються на **КІФ та ПФ**, що розглядалося вище. Цей поділ є визначальним для розуміння інвестиційної схеми відповідного ІСІ, його природи та внутрішньої організаційної будови.

За типами можна виділити відкриті, інтервальні і закриті ІСІ залежно від порядку здійснення діяльності.

ІСІ належить до відкритого типу, якщо відповідні цінні папери ІСІ (акції або інвестиційні сертифікати) у будь-який час можуть бути викуплені їх емітентом (тобто КІФ або компанія з управління активами ПФ бере на себе зобов'язання здійснювати у будь-який час на вимогу інвесторів викуп акцій КІФ, інвестиційних сертифікатів ПФ).

ІСІ належить до інтервального типу, якщо акції або інвестиційні сертифікати викупаються емітентом періодично, тобто якщо КІФ або компанія з управління активами ПФ бере на себе зобов'язання здійснювати на вимогу інвесторів викуп акцій КІФ, інвестиційних сертифікатів ПФ протягом обумовлених проспектом емісії інтервалів часу. Проспект емісії такого ІСІ повинен передбачати порядок визначення дати початку та закінчення інтервалу, його періодичність (не рідше рази на рік та не частіше рази на квартал) та трива-

лість (не менше 10 робочих днів протягом року та не менше 1 робочого дня протягом кожного інтервалу). Наприклад, проспект емісії може передбачати, що інвестори пред'являють цінні папери ІСІ емітенту до викупу протягом перших 5 робочих днів кожного кварталу або протягом останніх 10 робочих днів кожного року. В інший час КІФ або компанія з управління активами ПФ не зобов'язані викупати в інвесторів акції або інвестиційні сертифікати.

ІСІ належить до закритого типу, якщо в емітента (КІФ або компанії з управління активами ПФ) відсутнє зобов'язання щодо викупу акцій або інвестиційних сертифікатів до моменту припинення відповідного ІСІ.

Дивіденди за цінними паперами ІСІ відкритого та інтервального типу не нараховуються і не сплачуються – інвестори отримують прибуток лише від продажу ЦП третім особам або від пред'явлення їх до викупу ІСІ.

На види ІСІ можна поділяти за ознакою строку або диверсифікації активів.

За ознакою строку ІСІ може бути строковим або безстроковим.

Строковий ІСІ створюється на певний строк, встановлений у проспекті емісії, після закінчення якого він припиняється. Продовження терміну діяльності строкового ІСІ дозволяється лише у разі зменшення вартості чистих активів ІСІ на не менш ніж 20% протягом останніх 12 місяців його діяльності. Тобто інвестори можуть продовжити строк діяльності ІСІ у разі, якщо вони мають об'єктивні підстави бути незадоволеними вартістю чистих активів ІСІ і відповідно – вартістю його ЦП та розміром свого доходу. У такому разі ІСІ зобов'язаний здійснити викуп власних ЦП в інвесторів, які голосували проти прийняття рішення про продовження строку діяльності ІСІ або не брали участі в голосуванні за таке рішення та вимагають викупу їх акцій або інвестиційних сертифікатів. При цьому повторне продовження терміну діяльності строкового ІСІ заборонене.

Безстроковий ІСІ створюється на невизначений строк.

Природно, що ІСІ закритого типу може бути лише строковим.

За ознакою диверсифікації активів ІСІ може бути віднесений до диверсифікованого або недиверсифікованого виду.

ІСІ вважається диверсифікованим, якщо він одночасно відповідає низці вимог, щодо складу та структури, тобто диверсифікації його активів (див. наступний пункт, де йдеться про структуру активів ІСІ).

ІСІ, які не мають усіх ознак диверсифікованого ІСІ, є недиверсифікованими.

ІСІ відкритого та інтервального типу завжди є диверсифікованими.

Особливим підвидом недиверсифікованих ІСІ є **венчурні**, тобто ризиковані фонди. Таким фондом вважається недиверсифікований ІСІ закритого типу, що здійснює винятково приватне розміщення ЦП власного випуску. Визначальною особливістю венчурного ІСІ є занижені, порівняно навіть з іншими недиверсифікованими ІСІ, вимоги щодо складу та структури активів (див. наступний пункт, де йдеться про структуру активів ІСІ). Також КУА, здійснюючи управління активами венчурного фонду, може вчиняти дії, заборонені при управлінні активами інших ІСІ: відчужувати нерухоме майно, що становить активи фонду, на користь самої компанії; здійснювати за власні кошти операції з активами фонду; надавати за рахунок активів фонду позики юридичним особам, учасником яких є фонд, та інші.

Фізична особа може бути учасником венчурного фонду винятково за умови придбання ЦП такого фонду на суму не менше ніж 1500 мінімальних заробітних плат. Слід зазначити, що до прийняття Закону України від 18 грудня 2008 р., який вніс зміни до багатьох положень Закону «Про ІСІ», фізичні особи принципово не могли бути учасниками венчурних фондів.

Всі ці класифікації, що взаємно перехрещуються, можна застосувати до кожного з ІСІ.

Так, наприклад, венчурний ІСІ завжди є закритим і строковим, оскільки є за визначенням недиверсифікованим, а недиверсифіковані фонди не можуть бути ІСІ відкритого та інтервального типу, отже, належать до ІСІ закритого типу, які, у свою чергу, є завжди строковими. Натомість, диверсифікований

ІСІ може належати до будь-якого типу, а якщо він належатиме до відкритого або інтервального типу, він може, у свою чергу, бути строковим або безстроковим.

Найбільш поширеними ІСІ є венчурні фонди. В принципі, венчурні фонди призначені для стратегічного залучення інвестицій у нові підприємства або підприємства, що розвиваються, інноваційні проекти, науково-технічні розробки, де очікується надзвичайно високий прибуток, але, водночас, наявний великий ризик неповернення залучених коштів інвесторів, і є певним винятком із загального підходу до засад діяльності ІСІ.³⁴ Утім, справжньою мотивацією їх утворення в Україні є, як правило, не портфельне інвестування у класичному розумінні, не підтримка інноваційних проектів і навіть не ризиковані інвестиції, а можливість для великого інвестора оптимізувати оподаткування і схему управління своєю власністю: цей фонд діє, фактично, як холдинг, що скуповує контрольні пакети багатьох підприємств і згодом володіє ними.

У такому разі часто оголошуються дуже великі обсяги емісій ЦП відповідного венчурного фонду, навіть якщо вони серйозно перевищують допустимі обсяги залучення коштів КУА,³⁵ цінні папери емітуються через приватне розміщення. Отже, кошти сторонніх (портфельних) інвесторів до венчурного фонду не залучаються, а фактичний засновник фонду має можливість у будь-який момент вкласти в нього додаткові власні кошти через купівлю непридбаних акцій або інвестиційних сертифікатів для фінансування поглинання фондом чергового підприємства. Це можливо через встановлені законом особливості створення ІСІ і розміщення їх цінних паперів.

Оптимізація оподаткування полягає в тому, що податки сплачуються інвестором лише за наявності дивідендів або при його виході з фонду (коли ІСІ викупає емітовані ним ЦП). Отже, за відсутності цих фактів операції з поглинання фактично не оподатковуються.

³⁴ Наумець І. Інвестори-мутанти // *Контракти*. – 2005. – № 35.

³⁵ КУА не має обмежень щодо розміру оголошеної емісії цінних паперів ІСІ, але може залучити в ІСІ кошти на суму не більше ніж 50 розмірів оплаченого статутного капіталу.

Активи ІСІ складаються з грошових коштів, у тому числі в іноземній валюті, на банківських поточних рахунках та депозитних рахунках, банківських металів, об'єктів нерухомості, ЦП, визначених Законом «Про цінні папери та фондовий ринок», цінних паперів іноземних держав та інших іноземних емітентів, корпоративних прав, виражених в інших, ніж ЦП, формах, а також з інших активів, дозволених законодавством України, з урахуванням обмежень, установлених як Законом «Про ІСІ», так і актами НКЦПФР безпосередньо для конкретних видів інвестиційних фондів (див. нижче).

Зазначені активи формуються за рахунок коштів спільного інвестування, до яких належать кошти, залучені у інвесторів ІСІ, доходи від здійснення операцій з активами ІСІ та доходи, нараховані за активами ІСІ.

Отже, активи ІСІ – це сукупність майна, ЦП, корпоративних прав та вимог, сформована за рахунок залучених в інвесторів коштів спільного інвестування (п. 1 ст. 3 Закону «Про ІСІ»). Ця майнова маса утворює, як вже зазначалося вище, спільний інвестиційний портфель інвесторів, чії кошти залучалися до спільного інвестування.

Правова природа прав інвесторів щодо активів ІСІ залежить від його форми: це засвідчені акціями корпоративні права щодо частки у статутному капіталі (для КІФ) або засвідчені інвестиційним сертифікатом права спільної часткової власності безпосередньо на частку в активах (для ППФ).

Законодавство України (ст.ст. 4, 34 Закону «Про ІСІ» та Положення про склад і структуру активів ІСІ, затв. рішенням ДКЦПФР від 11 січня 2002 р. № 12) встановлює низку умов щодо складу та структури активів ІСІ, визначаючи зміст інвестиційного портфелю ІСІ в різних видах ІСІ, а саме:

- Допустимі види активів – ЦП, корпоративні права, майно, в т.ч. нерухоме, валютні цінності (склад активів) і
- Можливі співвідношення різних видів активів (структура активів).

Фактично, цим додатково обмежуються напрями інвестування, що має захистити інвесторів від зловживань та недобросовісних маніпуляцій з боку

КУА, а також зменшити ризик різкого здешевлення одного з активів відповідного ІСІ.

Існують 3 рівні вимог щодо складу і структури активів ІСІ за ступенем жорсткості, які можна подати негативно як:

а) обмеження щодо складу і структури активів всіх ІСІ;

б) обмеження щодо складу і структури активів всіх ІСІ, крім венчурних (тобто щодо всіх диверсифікованих та недиверсифікованих ІСІ, які не є венчурними);

в) обмеження щодо складу і структури активів диверсифікованих ІСІ;

або позитивно – як:

а) режим активів венчурних ІСІ;

б) режим активів недиверсифікованих ІСІ, крім венчурних;

в) режим активів диверсифікованих ІСІ.

Отже, **режим активів венчурних фондів або обмеження щодо складу і структури активів усіх ІСІ** полягають в тому, що активи не можуть включати:

- ЦП, випущені КУА, зберігачем, реєстратором, аудитором цього ІСІ та пов'язаними з ними особами;
- ЦП інших ІСІ;
- Договори про участь у ФФБ;
- Приватизаційні ЦП.

Такими є обмеження щодо складу активів венчурного ІСІ. При цьому активи венчурного фонду можуть повністю складатися з нерухомості, корпоративних прав та ЦП, що не допущені до торгів на фондовій біржі або не отримали рейтингової оцінки. До складу активів венчурного фонду можуть входити боргові зобов'язання, оформлені вексями, заставними, договорами позики та в інший спосіб, не заборонений законодавством України.

Вимоги щодо структури активів венчурного ІСІ також є досить ліберальними, вони зводяться до того, що акції, боргові, іпотечні та похідні ЦП, а також корпоративні права, виражені в інших, ніж ЦП, формах мають станови-

ти не менш ніж 50% вартості активів венчурного фонду, при цьому вартість ЦП іноземних емітентів не може бути більшою, ніж 20% загальної вартості активів ІСІ. Векселі та ощадні сертифікати не повинні становити більш як 30% вартості активів ІСІ.³⁶

Отже, вимоги до змісту інвестиційного портфелю венчурного ІСІ є мінімальними, як наслідок – ці фонди можуть скуповувати земельні ділянки та іншу нерухомість (у тому числі таку, що будується), велику кількість ЦП однієї емісії (тобто купувати, наприклад, 80% емітованих одним суб'єктом облігацій, вкладати кошти у контрольні пакети АТ), скуповувати контрольні частки ТОВ. При цьому всі ЦП, що їх придбає венчурний фонд, у тому числі контрольні пакети акцій, можуть бути такими, що не допущені до торгів на фондовій біржі або не отримали рейтингової оцінки.

Режим активів недиверсифікованих фондів, окрім венчурних, або обмеження щодо складу і структури активів всіх фондів, окрім венчурних (тобто щодо всіх диверсифікованих ІСІ і тих недиверсифікованих ІСІ, які не є венчурними), полягають *додатково* в тому, що до складу їх активів не можуть входити:

- ЦП іноземних держав та юридичних осіб, не допущені до торгів на жодній з провідних іноземних бірж чи торговельно-інформаційних систем, перелік яких визначається НКЦПФР;
- похідні (деривативи), товаророзпорядчі ЦП, заставні, якщо інше не встановлено НКЦПФР;
- сертифікати ФОН.

До структури активів таких ІСІ законодавство висуває вимоги, згідно з якими вартість ЦП, що не допущені до торгів на фондовій біржі, та нерухомо-

³⁶ Це обмеження передбачене не Законом „Про ІСІ», а п. 2 розділу IV Положення про склад і структуру активів ІСІ, затв. рішенням НКЦПФР від 11 січня 2002 р. № 12.

сті не може становити більш як 50%,³⁷ векселів та ощадних (депозитних) сертифікатів – 10% загальної вартості активів ІСІ.³⁸

Отже, вимоги до змісту інвестиційного портфелю звичайного недиверсифікованого ІСІ є досить м'якими, проте більш суворими, ніж аналогічні вимоги до венчурного ІСІ.

Звичайні недиверсифіковані ІСІ можуть займатися поглинаннями, скупувати контрольні пакети акцій АТ та нерухомість, але з певними обмеженнями, порівняно з венчурними ІСІ.

Утім, **найбільша кількість обмежень щодо складу та структури активів властива режиму активів диверсифікованих фондів** (ст.ст. 4, 34 Закону «Про ІСІ»), які додатково характеризуються тим, що:

- Кількість ЦП одного емітента в активах ІСІ не перевищує 10% загального обсягу ЦП відповідного випуску;
- Сумарна вартість ЦП в кількості, більшій, ніж 5% загального обсягу їх емісії на момент придбання, не перевищує 40% вартості чистих активів цього ІСІ;
- Не менш як 80% загальної вартості активів ІСІ становлять грошові кошти, ощадні сертифікати, облігації підприємств та місцевих позик, державні ЦП, а також ЦП, що допущені до торгів на фондовій біржі;
- Вартість ЦП, що не допущені до торгів на фондовій біржі та не отримали рейтингову оцінку відповідно до закону, не може становити більш як 20% загальної вартості активів ІСІ.

При проведенні публічного розміщення цінних паперів ІСІ відкритого та інтервального типу (які завжди є диверсифікованими) не менше 10% активів таких ІСІ повинні утримуватися в грошових коштах, які зберігаються на окремих депозитних банківських рахунках, відкритих для цього ІСІ.

³⁷ Повністю складатися з корпоративних прав та цінних паперів, що не допущені до торгів на фондовій біржі або у торговельно-інформаційній системі, або з цінних паперів, які не отримали рейтингової оцінки відповідно до закону, можуть активи венчурного фонду.

³⁸ Останнє обмеження застосовується, якщо інше не встановлено НКПЦФР.

Виконання цієї вимоги має забезпечити можливість повсякчасного (у відкритому ІСІ) або регулярного (в інтервальному ІСІ) здійснення розрахунків ІСІ з інвесторами.

Водночас диверсифікованим ІСІ забороняється:

- Тримати в грошових коштах, на банківських депозитних рахунках, в ощадних (депозитних) сертифікатах та банківських металах більше ніж 50% загальної вартості активів ІСІ, при цьому дозволяється тримати не більш як 10% загальної вартості активів ІСІ в зобов'язаннях одного банку;
- Придбавати або додатково інвестувати в ЦП та зобов'язання однієї юридичної особи більше ніж 5% загальної вартості активів ІСІ;
- Придбавати або додатково інвестувати у державні ЦП, ЦП, доходи за якими гарантовано КМ України, більше ніж 50% загальної вартості активів ІСІ (при цьому забороняється інвестувати понад 10% загальної вартості активів ІСІ у ЦП одного випуску);
- Придбавати або додатково інвестувати в ЦП органів місцевого самоврядування більше ніж 40% загальної вартості активів ІСІ (при цьому забороняється інвестувати понад 10% загальної вартості активів ІСІ у ЦП органів місцевого самоврядування одного випуску);
- Придбавати або додатково інвестувати в ЦП, доходи за якими гарантовано урядами іноземних держав, більше ніж 20% загальної вартості активів ІСІ, при цьому також інвестувати в ЦП, доходи за якими гарантовано урядом *однієї* іноземної держави, більше ніж 10% загальної вартості активів ІСІ;
- Придбавати або додатково інвестувати в акції та облігації іноземних емітентів, які допущені до торгів на організованих фондових ринках іноземних держав, більше ніж 20% загальної вартості активів ІСІ;
- Придбавати або додатково інвестувати в інші активи, дозволені законодавством України, більше ніж 5% активів ІСІ;

- Придбавати або додатково інвестувати в об'єкти нерухомості більше ніж 10% загальної вартості активів ІСІ;
- Придбавати або обмінювати ЦП, емітентами яких є пов'язані особи ІСІ, КУА або зберігача.

Отже, щодо диверсифікованих ІСІ встановлені жорсткі вимоги з розподілу напрямів та обсягів інвестування коштів інвесторів.

Як наслідок – диверсифіковані ІСІ не можуть інвестувати великий відсоток цих коштів в нерухомість, ЦП одного емітента, придбавати контрольні частки ТОВ, контрольні пакети акцій АТ та взагалі велику кількість ЦП однієї емісії.

Зазначені вище вимоги до складу і структури активів ІСІ починають застосовуватися через 6 місяців з дати реєстрації його регламенту.

Залишаючись у межах, визначених цими вимогами, ІСІ може обирати певну стратегію інвестування, надаючи перевагу при формуванні активів акціям, облігаціям або певній валюті тощо. Можливі також індексне формування активів ІСІ, коли ЦП добираються, не виходячи з наперед прорахованої стратегії, а шляхом відтворення певного фондового індексу, або галузеве, коли добираються ЦП, що мають відношення до певного сектору економіки.

3.6. Інвестування у будівництво житла через фонди операцій з нерухомістю

Фонд операцій з нерухомістю (ФОН) займає проміжне місце між ФФБ та ІСІ, тому його необхідно розглядати саме у контексті порівняння із цими інститутами (див. допоміжні таблиці). За своєю суттю та метою ФОН є фактично різновидом ІСІ, а саме ПФ. Утім, оскільки ФОН спеціально пристосований для інвестування будівництва, «технологічно» це також «брат-близнюк» ФФБ з дуже подібною інвестиційною схемою, діяльність якого також регулюється Законом «Про фінансово-кредитні механізми і управління майном при

будівництві житла та операціях з нерухомістю» (далі в цьому підрозділі – Закон «Про ФКМ»), а саме – ст.ст. 25-49 Закону.

Попри всю подібність ФОН та ФФБ, ФОН не є інститутом, що «конкурує» з ФФБ, і не є його альтернативою, оскільки розрахований на інвесторів з іншою мотивацією – портфельних інвесторів, яких цікавить не придбання новоствореної нерухомості, а спільне з іншими інвесторами інвестування у її будівництво і отримання доходу від подальшого її використання і відчуження.

ФОН не є юридичною особою, так само, як ПФ і ФФБ – це певна сума коштів, сплачених заінтересованими особами на спеціальний рахунок, а також майно, створене та придбане за ці гроші в процесі реалізації інвестиційної схеми (див. також допоміжні таблиці).

Причиною відмінності інвестиційної схеми ФОН від схеми ФФБ є:

- Мета ФОН – це не отримання установниками управління нерухомості у власність, а отримання ними доходів (ст. 5 Закону «Про ФКМ»);
- Емісія цінних паперів (сертифікатів ФОН), які засвідчують права установників управління (ст. 37 Закону «Про ФКМ», ст. 5 Закону «Про цінні папери та фондовий ринок»).

Ці 2 важливі моменти дуже зближують ФОН і ПФ.

Отже, в інвестиційній схемі ФОН беруть участь такі суб'єкти:

- *Емітент* – фінансова установа (як правило, банк), що здійснила емісію сертифікатів ФОН за отриманим дозволом (ст.ст. 25, 48 Закону «Про ФКМ»);
- *Власники сертифікатів ФОН – інвестори*: фізичні, юридичні особи, які придбають сертифікати ФОН за грошові кошти, що переходять у довірчу власність управителя: таким чином, власники сертифікатів стають установниками управління (ст.ст. 2, 25 Закону «Про ФКМ»);
- *Управитель* – так само, як у випадку з ФФБ, – це фінансова установа (як правило, банк), що діє від свого імені в інтересах усіх

власників сертифікатів ФОН і здійснює управління їх коштами на праві довірчої власності (ст.ст. 2, 4, 7 Закону «Про ФКМ»). Емітент може виступати як управитель сам або доручити виконання цих функцій іншій фінансовій установі. Управитель ФОН може бути замінений за рішенням суду³⁹;

- *Забудовник, страхова компанія і генеральний підрядник* (якщо будівництво здійснюється підрядним засобом) ті самі, як і у ФФБ, причому забудовник так само може бути замінений на іншого за ініціативою управителя із використанням договірних механізмів;
- *Треті особи*, які купують або отримують в оренду нерухомість, збудовану забудовником або генеральним підрядником (якщо будівництво здійснюється підрядним засобом), і сплачують за нерухомість або користування нею кошти.

Отже, схема ФОН полягає у тому, що: емітент – фінансова установа випускає ЦП – сертифікати ФОН, фізичні та юридичні особи придбають ці сертифікати і сплачують за них грошові кошти, які набувають статусу довірчої власності і складають ФОН.

Емітент як управитель або інша уповноважена емітентом фінансова установа-управитель фінансує будівництво нерухомості за рахунок коштів, наданих інвесторами в обмін на сертифікати ФОН.

Будівництво здійснюється забудовником самостійно або із залученням генерального підрядника за рахунок коштів ФОН, переданих забудовнику управителем.

Збудовану нерухомість управитель продає або передає в оренду третім особам і отримані доходи розподіляє між власниками сертифікатів ФОН. Сертифікати при цьому погашаються.

Алгоритм функціонування ФОН як системи (інвестиційної схеми) розкривається у ст. 27 Закону «Про ФКМ».

³⁹ Положення ст. 34 Закону «Про ФКМ» щодо можливості заміни управителя ФОН слід розглядати як суто декларативні так само, як і ст. 23 Закону, яка регулює питання заміни управителя ФФБ, через загальний «банкоцентричний» характер всієї схеми ФОН і відсутність у законодавстві механізму заміни управителя.

ФОН на відміну від ФФБ не має видів А і Б або інших видів.

ФОН як інвестиційна схема оформлюється такими правочинами:

Договір між управителем та емітентом.

1. Укладається лише у разі, якщо управитель не є емітентом, якщо це – різні особи. Закон майже нічого не каже про цей договір: згідно з ч. 5 ст. 25 Закону «Про ФКМ» емітент може самостійно виконувати функції управителя ФОН або доручити їх здійснення іншій фінансовій установі. Отже, цей договір необхідний, щоб врегулювати відносини між зазначеними суб'єктами. Це може бути договір комісії, договір доручення або договір, що поєднує ознаки обох договорів для різних ситуацій (у тому числі договір про спільну діяльність з елементами комісії або доручення). За таким договором управитель діє в інтересах емітента від його (доручення), або свого (комісія) імені і реалізує всю інвестиційну схему ФОН.

Договори між управителем (емітентом) і установниками управління.

2. Договори про придбання сертифікатів ФОН між емітентом (управителем) і кожним з установників управління поєднують ознаки договорів купівлі-продажу ЦП та договорів управління майном (ст.ст. 2, 28 Закону «Про ФКМ», ст.ст. 1029-1045 ЦК України). За цими договорами установники управління отримують у власність ЦП – сертифікати ФОН, передають управителю у довірчу власність своє майно (грошові кошти) і доручають йому здійснювати на свій розсуд управління ФОН в інтересах власників сертифікатів ФОН. Договір вважається укладеним з моменту зарахування на рахунок фонду коштів за придбані сертифікати ФОН.

Група правочинів між управителем та забудовником.

3-7. Ця група правочинів нічим не відрізняється від правочинів, які укладають управитель і забудовник ФФБ (п.п. 4-8 за схемою ФФБ).

Група договорів страхування, а саме:

8. Договір страхування нерухомості, набутої від здійснення управління ФОН, має укладатися на користь управителя як довірчого власника на повну вартість нерухомості. Страхуються ризики загибелі або пошкодження. Стра-

хування є обов'язковим і здійснюється за рахунок коштів ФОН (ч. 3 ст. 30 Закону «Про ФКМ»).

9. Договір страхування відповідальності управителя за збитки, що можуть бути завдані власникам сертифікатів ФОН діями або бездіяльністю управителя. Таке страхування також не є обов'язковим (ч. 1 ст. 30 Закону «Про ФКМ»).

Слід зазначити, що до внесення до Закону «Про ФКМ» змін Законом від 29 червня 2010 р. в інвестиційній схемі ФОН обов'язково укладався також договір страхування будівельно-монтажних робіт між забудовником або його підрядником і страховиком, якого визначав управитель.⁴⁰

Договір між забудовником і генеральним підрядником, а саме:

10. Договір генерального підряду – нічим не відрізняється від аналогічного договору у ФФБ.

Договори щодо нерухомості з третіми особами, а саме:

11. Договори купівлі-продажу, оренди управитель укладає з третіми особами щодо нерухомості з метою отримати дохід. Таку нерухомість доти, доки її не відчужено, управитель враховує у балансі ФОН.

Створення ФОН (ст.ст. 25, 26 Закону «Про ФКМ») відбувається за ініціативою фінансової установи (як правило, банку), яка стає емітентом і, можливо, його управителем. Згідно зі ст. 48 Закону «Про ФКМ» емітентом сертифікатів ФОН може бути банк або інша фінансова установа, якщо вона відповідає вимогам, встановленим спеціально уповноваженим органом виконавчої влади у сфері регулювання ринків фінансових послуг, а також має дозвіл на здійснення емісії сертифікатів ФОН. Згідно з п. 5 ч. 3 ст. 47 Закону «Про банки і банківську діяльність» для створення ФОН банк повинен отримати письмовий дозвіл НБУ. Інші фінансові установи, які не є банками (кредитні спілки, довірчі товариства, страхові компанії та інші), для створення ФОН отримують ліцензію НКРРФП. При цьому не слід забувати, що оскільки створення ФОН

⁴⁰ Договір укладався на користь управителя як довірчого власника на весь час спорудження об'єкта будівництва та на гарантійний термін від ризиків пошкодження або знищення об'єкту внаслідок техногенних аварій та природних явищ.

пов'язане з емісією ЦП, процес емісії і обігу ЦП (сертифікатів ФОН) регулюється також НКЦПФР.

Якщо ФФБ може об'єднувати декілька об'єктів будівництва, то ФОН створюється лише для одного об'єкту будівництва. На відміну від ФФБ, ФОН створюється на певний строк, що визначається проспектом емісії сертифікатів ФОН.

ФОН вважається створеним після затвердження управителем Правил ФОН, укладання договору з забудовником і забезпечення його зобов'язань. Так само, як у випадку ФФБ, для кожного ФОН відкривається окремий рахунок. Банк-управитель на рахунку ФОН, відкритому у своєму балансі, акумулює, зберігає, обліковує отримані у довірчу власність кошти. Емітент сертифікатів ФОН, який не є банківською установою, відкриває в обраному ним банку на своє ім'я окремий поточний рахунок, який стає рахунком фонду.

Підставами функціонування ФОН є:

- Правила ФОН;
- Проспект емісії сертифікатів ФОН;
- Інвестиційна декларація ФОН.

Правила ФОН (ст. 26 Закону «Про ФКМ») є локальним нормативно-правовим актом, обов'язковим для виконання всіма суб'єктами конкретного фонду. Правила ФОН подібні до Правил ФФБ з урахуванням особливостей інвестиційної схеми ФОН.

Отже, Правила ФОН визначають:

- Процедуру створення ФОН;
- Порядок організації взаємовідносин забудовника, управителя ФОН та власників сертифікатів ФОН;
- Порядок встановлення управління майном та визначення обмежень;
- Відомості про мету утворення ФОН;
- Напрями використання залучених коштів;

- Порядок визначення вартості чистих активів ФОН та ціни сертифікатів ФОН;
- Порядок розподілу прибутку ФОН;
- Порядок та строки викупу сертифікатів ФОН управителем на вимогу власників сертифікатів ФОН;
- Розмір винагороди управителя ФОН за надання послуг з управління ФОН;
- Інші умови функціонування ФОН.

На відміну від ФФБ, Правила ФОН не є публічною пропозицією для вступу інвесторів до ФОН, цю функцію виконує **проспект емісії сертифікатів ФОН** (ст.ст. 28, 44 Закону «Про ФКМ»), який визначає:

- Кількість сертифікатів ФОН, що пропонується для розміщення;
- Форму випуску;
- Строк розміщення;
- Ціну розміщення;
- Напрями інвестицій;
- Порядок сплати доходу;
- Порядок викупу сертифікатів ФОН;
- Інші відомості (ст. 44 Закону «Про ФКМ»).

Затверджена управителем **інвестиційна декларація ФОН** визначає напрями та обмеження щодо інвестування коштів ФОН.

Управитель ФОН не має права використовувати залучені до ФОН кошти у напрямках, не передбачених Правилами ФОН та його інвестиційною декларацією.

Фінансування будівництва управителем полягає в тому, що він перераховує кошти забудовнику для здійснення ним будівництва і здійснює контроль цільового використання цих коштів забудовником, перевіряє фінансовий

стан забудовника, вимагає від нього надання фінансових та аудиторських звітів.

Так само, як у ФФБ, **довірча власність управителя ФОН** поширюється на об'єкт його управління, тобто ФОН як певну суму грошей, внесених довірцями на рахунок, що контролюється управителем, та придбаного ним майна, у тому числі збудовану нерухомість.

На відміну від ФФБ, така нерухомість реєструється на ім'я управителя ФОН із позначкою про те, що це його довірча власність. Це природно, бо згідно зі ст. 5 Закону «Про ФКМ» метою ФОН є не передача цієї нерухомості у власність довірцелів – установників управління, а ефективне розпорядження нею управителем і розподіл отриманих від цього коштів між установниками управління (власниками сертифікатів ФОН).

Сертифікати ФОН є емісійними ЦП (ст. 5 Закону «Про цінні папери та фондовий ринок»), що засвідчують права власника отримувати дохід від управління ФОН на умовах Правил ФОН та вимагати від управителя дотримання режиму довірчої власності ФОН.

Загальна номінальна вартість сертифікатів ФОН, випущених емітентом, не може перевищувати 10-кратного розміру власного капіталу емітента, при цьому обсяг здійснюваного в рамках однієї емісії випуску сертифікатів ФОН повинен бути еквівалентним не менше ніж 100 000 євро за курсом НБУ на день прийняття рішення про емісію. Кількість випусків сертифікатів ФОН одного емітента, що одночасно знаходяться в обігу, не обмежується (ст. 39 Закону «Про ФКМ»).

Сертифікати ФОН можуть випускатися шляхом як відкритого (публічного), так і закритого (приватного) розміщення у формі:

- Іменних документарних сертифікатів ФОН;
- Іменних бездокументарних сертифікатів ФОН;
- Документарних сертифікатів ФОН на пред'явника.

Сертифікати ФОН одного випуску мають єдину форму випуску.

Власники сертифікатів ФОН можуть вільно продавати їх за ринковими цінами, вчиняти щодо них інші правочини, що не суперечать чинному законодавству.

Облік власників іменних сертифікатів ФОН здійснює банк, обраний емітентом, незалежно від кількості власників. Жодних спеціальних дозволів для цього не вимагається: такий банк повинен мати лише ліцензію НКЦПФР на надання послуг зберігача.

Сертифікати ФОН випускаються на той строк, на який створюється ФОН. Після закінчення цього строку власник сертифікатів ФОН має право на отримання доходу у сумі, що відповідає вартості частки чистих активів ФОН, яка припадає на належну йому кількість сертифікатів ФОН. Дивіденди за сертифікатами ФОН не нараховуються.

Чисті активи ФОН, так само, як і чисті активи ІСІ – це кошти, розмір яких дорівнює різниці між вартістю майна ФОН та вартістю зобов'язань, що виникли внаслідок управління ФОН. Вартість чистих активів ФОН визначається згідно з Правилами ФОН на кінець робочого дня, що передує дню, коли буде проводитися розміщення або викуп сертифікатів ФОН, але не рідше ніж раз на квартал.

Управитель отримує винагороду за здійснення управління. Винагорода обчислюється як певний, передбачений Правилами ФОН відсоток вартості чистих активів ФОН та утримується управителем самостійно із коштів ФОН щомісяця. Так само, як у ФФБ, крім винагороди управитель отримує можливість використовувати вільні кошти на поточних рахунках фонду, що тимчасово не передані на фінансування будівництва, у власних банківських операціях (ст. 7 Закону «Про ФКМ»).

Інвестиційна схема ФОН є так само «банкоцентричною», як і схема ФФБ і дуже нагадує її за складом учасників та правочинами, що їх вони вчиняють (зокрема, відносини між забудовником та управителем у ФФБ та ФОН майже ідентичні). І ФОН, і ФФБ створені спеціально для інвестування будівництва житла через інститути довірчої власності.

Головною відмінністю ФОН від ФФБ є мета ФОН – отримання інвесторами не збудованої нерухомості, а доходу від розпорядження нею.

З іншого боку, схема ФОН є схемою портфельного інвестування і має риси, притаманні закритому ПФ: відбувається емісія ЦП (інвестиційних сертифікатів – у ПФ, сертифікатів ФОН – у ФОН), за якими їх власники отримують дохід після завершення строку їх обігу, причому він становить частку чистих активів фонду.

Важливою відмінністю ФОН від ПФ є те, що власники сертифікатів ФОН не можуть створювати «квазікорпоративний» орган на кшталт наглядової ради ПФ, що її можуть створити власники інвестиційних сертифікатів.

Також, на відміну від закритого ІСІ, у ФОН не сплачуються дивіденди.

Слід зазначити, що ФОН є найменш поширеною в Україні інвестиційною схемою, порівняно з ФФБ, КІФ та ПФ, причому його популярність дедалі скорочується.

Це обумовлено тим, що:

- ФОН є, напевне, найскладнішою з інвестиційних схем, прямо передбачених законом, що наочно демонструють допоміжні таблиці;
- Інвестори ФОН не можуть ані отримати гроші до завершення строку обігу сертифікатів, ані вплинути на управителя, навіть об'єднавшись, отже, беруть на себе великий ризик;
- Інвестори фінансують будівництво, але не отримують нерухомості, отже, часто не бачать сенсу брати на себе ризики;
- ФОН є вузькоспеціалізованою схемою, яку слід облаштовувати під один конкретний об'єкт будівництва, тоді як ФФБ можна створити під декілька об'єктів, а ПФ – не лише під будівництво, але й під інші операції⁴¹;
- Створення ФОН узгоджується, а його діяльність контролюється водночас і НБУ/НКРРФП, і НКЦПФР, що суттєво збільшує організаційні і часові витрати.

⁴¹ З іншого боку, до недиверсифікованого ПФ не можна залучати кошти фізичних осіб, а кошти диверсифікованого ПФ не можна інвестувати у будівництво безпосередньо.

До того ж, так само, як ФФБ, ФОН передбачає повну залежність забудовника від управителя, тому ФОН використовується лише в разі, якщо забудовник і управитель (і, як правило, страхова компанія) перебувають під контролем однієї групи осіб, тобто входять до великої ФПГ. Отже, можна бачити, що ця схема акумулює більшість вад інших схем, але не надає якихось додаткових переваг порівняно з ними.

3.7. Особливості інвестування у будівництво житла в умовах фінансової кризи

Негативні явища, які виникли у будівництві через поширення світової фінансової кризи, спричинили прийняття Верховною Радою України Закону України від 25 грудня 2008 р. «Про запобігання впливу світової фінансової кризи на розвиток будівельної галузі та житлового будівництва». Цей Закон передбачає низку екстраординарних, антикризових заходів, спрямованих, насамперед, на завершення будівництва об'єктів, що мають великий ступінь будівельної готовності: у 2009 р. – більш як 70%; у 2010 р. – більш як 50%. Після повного закінчення їх фінансування здійснюються заходи щодо антикризового фінансування добудови об'єктів зі ступенем готовності менш як 50%.

Головними з цих заходів, передбачених ст. 1 зазначеного Закону, є:

– Надання громадянам, які відповідно до законодавства потребують поліпшення житлових умов, державної підтримки на будівництво (придбання) доступного житла шляхом сплати державою частини, а саме 30% його вартості та/або надання пільгового іпотечного житлового кредиту в уповноваженому банку, котрий, у свою чергу, рефінансує Державна іпотечна установа або НБУ за рахунок коштів державного та/або місцевих бюджетів під заставу облігацій, емітованих такою установою під державні гарантії (ст. 4 Закону)⁴². Процентна ставка фінансування громадян за такими кредитами встановлюється у розмірі

⁴² Законом заплановане створення КМ України єдиного державного реєстру громадян, які потребують поліпшення житлових умов відповідно до законодавства та перебувають на квартирному обліку, як автоматизованої системи збирання, накопичення та надання інформації про таких громадян.

облікової ставки НБУ + 2%. Державна підтримка надається сім'ям або одиноким громадянам одноразово з розрахунку не більш як 21 кв. м на одну особу та додатково 10,5 кв. м загальної площі житла на сім'ю. Решту вартості житла громадянин сплачує за власні кошти. Право на отримання державної підтримки вважається використаним з моменту виникнення права власності громадянина на житло. Також Закон визначає різного роду умови здешевлення вартості будівництва доступного житла: технічні (наприклад, використання економічних і теплоефективних проектів житлових будинків масового застосування на основі проектів повторного використання) та фінансові (наприклад, звільнення будівництва житла від пайової участі на розвиток інженерно-транспортної та соціальної інфраструктури населених пунктів);

– Отримання громадянами житла в оренду з викупом за рахунок власних коштів громадян та коштів державної підтримки. Істотне зменшення інвестоздатності населення і, як наслідок, передбачувана неліквідність частини квартир у будинках, що будуть добудовані, призвела до пошуку форм, які нададуть можливість громадянам поступово сплачувати вартість житла, користуючись ним, із наступним набуттям його у власність. Стаття 5 Закону запровадила до законодавства новий інститут договірної права – оренду житла з викупом, що визначається як правовідносини підприємства-орендодавця та фізичної особи – орендаря, котрі виникають на підставі укладеного ними договору, за яким орендар може набувати житло на умовах довгострокової (до 30 років) оренди з викупом та правом дострокового погашення орендної плати, за умови сплати ним коштів початкового внеску. Орендодавець набуває право на попередньо обране орендарем житло з метою передачі такого житла у довгострокову оренду з викупом орендарем та здійснює управління житлом до його повного викупу. Орендні платежі складаються з платежів на викуп обраного орендарем житла та винагороди орендодавця, що визначається згідно з розміром процентної ставки, встановленої у договорі оренди житла з викупом. Також орендар самостійно сплачує комунальні платежі. Можна бачити, що договірні схема нагадує відносини лізингу, утім, здійснення орендодавцями

операцій відступлення права вимоги за договорами оренди житла з викупом не потребує ліцензування та внесення відомостей про орендодавця до Державного реєстру фінансових установ;

– Надання забудовникам кредитів на будівництво житла та компенсація процентної ставки за цими кредитами. Цей захід здійснюється згідно зі ст. 3 Закону до 1 січня 2013 р. кредитно-фінансовими установами на пільгових умовах, тобто за процентною ставкою, яка не може перевищувати 2% від рівня облікової ставки НБУ. Кредити надаються забудовникам під заставу цінних паперів, майнових прав та інших активів. Таке пільгове кредитування забезпечується НБУ шляхом довгострокового рефінансування кредитно-фінансових установ та компенсації кредитно-фінансовим установам різниці, що виникає між ставкою за зазначеними кредитами та поточною ринковою ставкою. У вартості нерухомості, будівництво якої фінансується таким чином, кошторисний прибуток не може перевищувати 15% прямих і загальновиробничих витрат з будівництва, а рентабельність виробництва будівельних матеріалів та виробів, що використовуються у будівництві, також не може становити більше ніж 15%;

– Викуп у забудовників та/або фінансових установ нереалізованого житла в об'єктах будівництва, що споруджувались із залученням коштів фізичних осіб, у разі неспроможності забудовників продовжувати будівництво житла у зв'язку з недостатнім обсягом коштів (здійснюється для формування фондів соціального та службового житла). У разі неможливості повернення забудовником фінансовій установі пільгового кредиту у визначений договором термін, кредитно-фінансова установа набуває майнових прав на збудоване житло та має право продати його органам державної влади, органам місцевого самоврядування або Державній іпотечній установі з метою забезпечення громадян, які потребують поліпшення житлових умов відповідно до законодавства, чи здійснити його вільний продаж на ринку житла.

Іншими цікавими особливостями Закону «Про запобігання впливу світової фінансової кризи на розвиток будівельної галузі та житлового будівництва» є:

– Заборона кредитно-фінансовим установам збільшувати процентну ставку за укладеними договорами за кредитами, отриманими фізичними та юридичними особами на придбання або будівництво житла. Така ставка може бути змінена лише за згодою сторін. Ця норма, вочевидь, покликана скасувати практику договірних кредитних відносин, коли умови договорів, що їх використовує кредитно-фінансова установа, передбачають можливість зміни процентної ставки в односторонньому порядку;

– Дозвіл забудовникам проводити державну реєстрацію права власності в БТІ на об'єкти незавершеного будівництва та їх частини з метою подальшого продажу чи передачі в іпотеку. До прийняття Закону реєстрація прав власності на нерухомість, що її не введено в експлуатацію, відбувалася лише за рішенням суду. Реалізація саме цієї норми вперше дозволила здійснювати реєстрацію прав на об'єкти незавершеного житлового будівництва і вчиняти правочини у тому самому порядку, що й готового нерухомого майна, що підвищило ступінь захищеності прав та інтересів сторін таких правочинів;

– Заборона розірвання фізичними та юридичними особами будь-яких договорів, результатом яких є передача забудовниками завершеного об'єкта житлового будівництва (його частини), якщо за такими договорами здійснено оплату 100% вартості об'єкта житлового будівництва, крім випадків, якщо таке розірвання здійснюється за згодою сторін. Ця норма усуває юридичні підстави для подання інвесторами, що повністю внесли свої інвестиції, позовів про розірвання договорів, на підставі яких було здійснене інвестування, і, як наслідок – підстави для повернення інвесторам внесених ними коштів. Повернення коштів, внесених фізичними та юридичними особами на користь забудовників за розірваними договорами, за якими здійснено *часткову* оплату вартості об'єкта житлового будівництва, здійснюється після наступної реалізації такого об'єкта житлового будівництва. Ця норма усуває юридичні підстави та

мотивацію для подання позовів інвесторами, що внесли свої інвестиції частково. До того ж, Закон встановлює, що нарахування та виплата забудовником штрафних санкцій, передбачених договорами, та стягнення коштів, передбачених ст. 625 ЦК України, не здійснюється. Утім, всі ці норми не застосовуються, якщо визначений термін прийняття в експлуатацію об'єкта будівництва суттєво порушено, і прострочення становить більше ніж 18 місяців.

ІV. ЮРИДИЧНИЙ СУПРОВІД ІНВЕСТУВАННЯ У БУДІВНИЦТВО ЖИТЛА

4.1. Поняття і загальні засади юридичного супроводу інвестиційної діяльності

Кожна інвестиційна схема має, принаймні, 2 аспекти:

- Економічний, що втілює певний розрахунок та визначає економічну привабливість і виправданість інвестування;
- Правовий, який визначає юридичну можливість інвестування та полягає в юридичному оформленні інвестиційної схеми за допомогою певних правочинів і в діях з їх виконання.

Інвестування нерозривно пов'язане з необхідністю прийняття рішень щодо вкладення власних або позичених коштів у придбання певних цінностей, а прийняття таких рішень, у свою чергу, неможливе без завчасного розуміння їх можливих правових наслідків.

Отже, будь-яка інвестиційна діяльність вимагає юридичного супроводу.

Юридичний супровід інвестування з очевидністю належить до того феномену, який дістав назву правової роботи, тобто до спеціалізованої діяльності осіб, які мають юридичні знання і організаційні повноваження, організують реалізацію законодавства і тим самим забезпечують певний рівень законності у діяльності суб'єкта господарювання⁴³.

На мою думку, **юридичний супровід інвестиційної діяльності** можна визначити як правову роботу з юридичного аналізу об'єктів інвестування, розробки інвестиційної схеми, системи правочинів і їх умов, ведення переговорів з контрагентами інвестора, забезпечення належного укладення і виконання таких правочинів, а також захисту прав і законних інтересів інвестора у випадку їх порушення в процесі реалізації відповідної інвестиційної схеми.

⁴³ Головань І.В. Правова робота і захист прав підприємців. – Донецьк: ТОВ «Юго-Восток, Лтд», 2003. – С. 12.

I. Головань виділяє такі варіанти організації правової роботи,⁴⁴ що можуть бути повною мірою застосовані до юридичного супроводу інвестиційної діяльності:

- Керівник господарської організації самостійно здійснює правову роботу. Такий варіант майже не застосовується при здійсненні інвестування, за винятком найдрібніших типових інвестиційних операцій, як правило – суб'єктів малого бізнесу;
- Керівник господарської організації бере на себе організаційну складову правової роботи, залучаючи для, власне, юридичної складової зовнішнього консультанта. Це – найбільш оптимальний варіант для суб'єктів господарювання, які не в змозі мати власну юридичну службу, у тому числі щодо юридичного супроводу інвестиційної діяльності;
- Керівник господарської організації взаємодіє з юридичною службою, яка входить до складу цього суб'єкта, – класичний варіант правової роботи. Для здійснення юридичного супроводу інвестиційної діяльності юридична служба повинна мати відповідний досвід і навички;
- Керівник господарської організації взаємодіє з юридичною службою та використовує послуги зовнішніх юридичних консультантів з питань, які, на його думку, є надзвичайно важливими для підприємства. При цьому юридична служба підприємства і зовнішні консультанти не взаємодіють між собою. Досить часто для юридичного супроводу певного інвестиційного проекту або окремої його стадії залучаються зовнішні юридичні консультанти навіть за наявності власної юридичної служби. Це відбувається у разі, якщо юридична служба не має відповідного досвіду чи навичок та/або не має часу на здійснення супроводу;

⁴⁴ Головань І.В. Правова робота і захист прав підприємців. – Донецьк: ТОВ «Юго-Восток, Лтд», 2003. – С. 14-15.

- Керівник господарської організації взаємодіє з юридичною службою та використовує послуги зовнішніх юридичних консультантів з питань, які, на його думку, є надзвичайно важливими для підприємства. При цьому юридична служба підприємства координує співпрацю із зовнішніми консультантами. У такому випадку зовнішнім юридичним консультантам, як правило, доручаються окремі завдання в ході реалізації великого інвестиційного проекту, наприклад – здійснення DD (див. нижче), розробка окремих складних правочинів тощо.

Утім, у випадку, якщо пересічна фізична особа бажає здійснити інвестування у будівництво житла, така особа зазвичай звертається до суб'єкта, який надає юридичні послуги (юридична чи адвокатська фірма, адвокат чи юрист без статусу адвоката), або оцінює правові ризики самостійно.

4.2. Основні етапи юридичного супроводу інвестиційної діяльності

Як вже зазначалося вище, з точки зору правознавства доцільно виділяти такі стадії процесу інвестування: *передінвестиційну стадію*, на якій інвестор: здійснює пошук об'єкту інвестування і приймає попереднє рішення про інвестування; здійснює всебічний (у тому числі юридичний) аналіз об'єкту інвестування, так званий – Due Diligence (див. нижче); здійснює переговори з іншими учасниками інвестиційної діяльності щодо умов інвестування; приймає остаточне рішення щодо інвестування; визначає інвестиційну схему; вчиняє з іншими учасниками інвестиційної діяльності (у тому числі з іншими інвесторами) всі необхідні для здійснення інвестування правочини; *стадію, власне, інвестування*, на якій інвестор виконує всі дії, необхідні для безпосереднього внесення інвестиції; *стадію роботи інвестиції* і *стадію отримання ефекту від інвестування*.

Природно, етапи юридичного супроводу інвестиційної діяльності мають засновуватися на етапах здійснення самої такої діяльності.

Так, В. Самойленко наводить такі основні етапи юридичного супроводу правочинів зі злиття та поглинання (фактично – аквізацийного фінансового інвестування, за якого інвестор отримує корпоративний контроль над суб'єктом господарювання)⁴⁵:

- 1) Проведення юридичного аудиту (Due Diligence) об'єкту інвестування;
- 2) Розробка системи правочинів;
- 3) Розробка правочинів і їх підписання;
- 4) Виконання (практична реалізація) правочинів.

На мою думку, універсальна система етапів юридичного супроводу інвестиційної діяльності, похідна від системи етапів здійснення такої діяльності, має виглядати таким чином:

1. На передінвестиційній стадії інвестування:
 - Проведення правового аналізу (Due Diligence) об'єкту інвестування;
 - Забезпечення розробки системи правочинів;
 - Забезпечення розробки правочинів і їх підписання;
2. На стадії, власне, інвестування:
 - Захист прав і законних інтересів інвестора у разі їх порушення;
3. На стадії роботи інвестицій:
 - Забезпечення виконання (практичної реалізації) правочинів;
4. На стадії отримання ефекту від інвестування:
 - Захист прав і законних інтересів інвестора у разі їх порушення.

На мою думку, ця схема в цілому відображує **етапи юридичного супроводу внесення будь-якої інвестиції**.

Правовий аналіз об'єкту інвестування, так званий **Due Diligence** (детально аналізується нижче), інвестор здійснює на передінвестиційній стадії інвестування.

⁴⁵ Самойленко В. Юридичний супровід злиттів і поглинань // Юридичний тиждень. – 2008. – № 14 (87).

Забезпечення розробки системи правочинів. На цій стадії, виходячи з усіх юридичних фактів, включаючи правові дефекти і обтяження, визначені на стадії Due Diligence та вироблених у цей самий час рекомендацій з їх усунення, виробляється система правочинів, яка втілюватиме юридичну концепцію інвестування (термінологією В. Самойленко – відбувається «структурування угоди»)⁴⁶.

Отже, визначаються конкретні способи розв'язання проблемних питань та усунення правових ризиків до здійснення інвестування, види, кількість, істотні умови правочинів, за якими здійснюватиметься інвестування і які забезпечуватимуть зобов'язання сторін, сторони розподіляють обов'язки та майбутні витрати з вчинення дій, необхідних для реалізації проекту, та складають графік, за яким вони діятимуть.

Утім, при здійсненні інвестування у будівництво житла інвестор, як правило, виявляється усуненим від розробки системи правочинів. Фактично, інвестиційну схему розробляє забудовник, який обирає один з варіантів залучення коштів сторонніх юридичних і фізичних осіб, дозволених, або, як це часто відбувається на практиці, недозволених законодавством.

Отже, інвестор, якому подобається об'єкт інвестування (квартира, котедж) у певному об'єкті будівництва (житловий будинок, котеджне містечко), опиняється перед вибором – або прийняти інвестиційну схему, обрану забудовником, або взагалі не здійснювати інвестування у такий об'єкт.

При цьому слід відзначити, що економічні ризики будівництва сьогодні настільки перевищують ризики юридичні, що інвестори, як правило, не особливо зважають на те, чи відповідає інвестиційна схема вимогам закону, приділяючи значно більше уваги фінансовому стану забудовника, його репутації, досвіду, інформації про раніше реалізовані ним проекти.

Слід також відзначити, що всі ці проблеми не виникають у разі, якщо йдеться про відступлення прав на об'єкт інвестування, який співпадає з цілим об'єктом будівництва як об'єктом незавершеного будівництва. Тобто це випа-

⁴⁶ Самойленко В. Юридичний супровід злиттів і поглинань // Юридичний тиждень. – 2008. – № 14 (87).

док, коли здійснюється відчуження власником – забудовником належного йому недобудованого будинка, розташованого на відведеній йому земельній ділянці.

Забезпечення розробки та підписання правочинів. На цій стадії створюється узгоджена раніше система правочинів. Складність цієї стадії прямо залежить від складності раніше погодженої системи правочинів і може полягати як у підписанні розробленого однією зі сторін договору приєднання, так і у досить формалізованій процедурі.

Так, при інвестуванні, яке передбачає вчинення декількох пов'язаних між собою складних правочинів, цей етап може включати такі основні дії:

- Підготовка первинних проектів правочинів та інших необхідних документів (протоколи зборів і рішення органів управління задіяних юридичних осіб, зміни установчих документів, заяв тощо);
- Первинне коментування і погодження проектів документів сторонами;
- Первинні переговори сторін правочину на базі первинних проектів документів, погодження і коригування істотних умов;
- Фіналізація проектів документів радниками сторін;
- Фінальні переговори сторін угоди на базі фіналізованих проектів документів, неістотне коригування умов правочину і проектів документів;
- Підготовка документів правочину для підписання його сторонами;
- Офіційне підписання документів правочину уповноваженими представниками його сторін, у разі потреби – посвідчення, реєстрація таких документів уповноваженими посадовими особами і державними органами⁴⁷.

⁴⁷ Самойленко В. Юридичний супровід злиттів і поглинань // Юридичний тиждень. – 2008. – № 14 (87).

Утім, так само, як і на попередній стадії, проекти правочинів, які пропонуються інвесторам, що здійснюють інвестування у будівництво житла, розробляє юридична служба забудовника.

Враховуючи той факт, що переговори з інвестором ведуть інші працівники забудовника (наприклад, відділ по роботі з клієнтами), які сприймають розроблений їх юридичною службою проект як даність, як вказівку керівництва, інвестору виявляється досить складно, часто – неможливо змусити представників забудовника внести зміни до проекту договору.

Це є ще складнішим у разі, якщо забудовник вже здійснив первинне закріплення об'єктів інвестування за пов'язаними з ним особами, і відбувається відчуження (відступлення) прав на об'єкти інвестування реальному інвесторові.

Отже, інвестор, як правило, укладає договір на умовах приєднання, за винятком випадків, коли йдеться про відступлення прав на об'єкт незавершеного будівництва власником – незалежним забудовником.

Практична реалізація правочинів полягає у виконанні передбачених ними зобов'язань. Слід зауважити, що для аквізацийної інвестиції ця стадія виявляється значно коротшою, ніж для інвестиції креативної, якою, власне, і виявляється інвестиція у будівництво житла.

4.3. Правовий аналіз (Due Diligence) при здійсненні інвестування у будівництво житла

Як вже зазначалося вище, прийняття рішень щодо вкладення власних або залучених коштів у придбання певних цінностей неможливе без завчасного розуміння їх можливих правових наслідків.

Отже, прийняттю рішень щодо здійснення інвестиційної діяльності має передувати всебічний юридичний аналіз ситуації.

Такий аналіз об'єкту інвестування, так званий **Due Diligence**⁴⁸ (часто вживаються скорочення DD, DueD, DDG) інвестор здійснює на передінвестиційній стадії інвестування.

Метою Due Diligence є адекватна оцінка ризиків (насамперед фінансових та юридичних), пов'язаних з інвестуванням, для формування об'єктивного уявлення про об'єкт інвестування та прийняття остаточного рішення про доцільність такої операції.

Термін Due Diligence є англomовним, має іноземне походження і застосовується до досліджень, здійснюваних за певним загальноновизнаним стандартом. Практика проведення Due Diligence була привнесена в Україну іноземними інвесторами і стала активно застосовуватися вітчизняними інвесторами приблизно після 2000 р.

Найближчим україномовним аналогом терміна Legal Due Diligence є правовий аналіз об'єкту інвестування або просто – правовий аналіз. Надалі всі ці терміни застосовуються як рівнозначні.

Сьогодні порядок проведення Due Diligence не врегульований жодними спеціальними нормами законодавства України. Утім, оскільки здійснення Due Diligence стало поширеною, звичайною (але не обов'язковою) практикою інвестиційних відносин, можна стверджувати що Due Diligence набув характерних рис ділового узвичаєння, але не став звичаєм ділового обороту.

За напрямками можливе проведення: юридичного, технічного, будівельного, природоохоронного, податкового, фінансового Due Diligence (фактично – аудиту). Як правило, юридичний Due Diligence здійснює на замовлення інвестора його юридична служба та/або спеціально найнятий юрист.

Due Diligence полягає у збиранні всієї доступної інформації про об'єкт інвестування, її аналізі, поданні певних висновків та рекомендацій.

При цьому форми та обсяг правового аналізу можуть бути різними, залежно від об'єкту інвестування і побажань інвестора.

⁴⁸ Дослівно можна перекласти з англійської як «належна дбайливість». Наприклад, власник судна має виявити належну дбайливість (Due Diligence) щодо приведення судна у морехідний стан. Так само інвестор, фактично, виявляє належну дбайливість щодо ознайомлення з об'єктом інвестування із тим, щоб не купувати «кота у мішку».

Зокрема, правовий аналіз об'єкту інвестування повинен охоплювати:

- Статус об'єкту інвестування та всіх правовідносини, які виникають щодо нього (повністю залежить від правової природи об'єкту інвестування);
- Констатацію проблемних правових питань щодо об'єкту інвестування та правових ризиків інвестора (судові спори, позасудові конфлікти, обтяження об'єкту інвестування, відсутність реєстрації певних прав, відсутність або обмежений характер фактичного контролю над об'єктом інвестування, правові помилки, які створюють ризик оскарження важливих рішень, правочинів тощо);
- Рекомендації щодо засобів розв'язання проблемних питань та усунення правових ризиків до здійснення інвестування (наприклад, обумовити інвестування припиненням наявних судових справ щодо об'єкту інвестування, реєстрацією прав, підтвердженням спірних документів або статусу судовим рішенням, що набуло законної сили, поновленням фактичного контролю над об'єктом);
- Рекомендації щодо засобів розв'язання проблемних питань та усунення правових ризиків після здійснення інвестування, якщо такі проблеми не можуть бути розв'язані, а ризики – усунені до здійснення інвестування, або якщо це недоцільно робити до початку інвестування (наприклад, придбання об'єкту, незважаючи на наявність судових спорів, оскільки розгляд справ в суді може тривати ще довгий час, але за умови належного юридичного супроводу, напевно, не вплине на статус об'єкту);
- Рекомендації щодо юридичного аспекту інвестиційної схеми – умов та строків укладення і виконання правочинів, з урахуванням наявних ризиків, або рекомендації щодо відмови від інвестування (наприклад, при придбанні об'єкту нерухомості у про-

давця, який не має вільних коштів і через це не може усунути юридичні проблеми; передбачення виплати продавцеві авансу в сумі, яка необхідна для їх усунення, і внесення до договору відкладальної умови, відповідно до якої продаж відбувається за умови усунення проблем до певної дати, в іншому разі договір розривається, а аванс повертається інвесторові-покупцеві, причому це зобов'язання продавця щодо повернення авансу може бути забезпечене заставою або іншим чином).

Утім, слід погодитися з тими дослідниками, які наголошують, що параметри Due Diligence визначаються побажаннями замовника, і виділяють повний і скорочений або «усічений» формати дослідження⁴⁹.

Результати Due Diligence можуть оформлюватися письмово – окремим звітом з описом всіх позицій, наведених вище, або їх частини (наприклад, без детального опису статусу об'єкту інвестування та всіх правовідносин, які виникають щодо нього), або доповідатися усно, залежно від побажань інвестора. При цьому нормальною формою Due Diligence є письмова. Зокрема, Due Diligence за міжнародного (іноземного) інвестування або при залученні стороннього юриста оформлюється, як правило, письмовим звітом.

Якщо Due Diligence здійснює юрист, який безпосередньо пов'язаний з інвестором (т.зв. In-House Lawyer), він може бути усним, але при здійсненні серйозних інвестиційних проектів все одно переважає письмова форма: це запобігає непорозумінням, втраті чи перекручуванню інформації.

Письмовий звіт про Due Diligence, у свою чергу, може мати повну або скорочену форми.

Скорочена форма містить лише висновки і рекомендації, тоді як повна втілює також їх розгорнуте обґрунтування, посилання на джерела, до такого звіту можуть додаватися документи, на підставі яких зроблено відповідні висновки.

⁴⁹ Самойленко В. Некоторые юридические аспекты сделок по слиянию и поглощению в Украине // Юридичний радник. – 2005. – № 4 (6). – С. 29-34.

Залежно від об'єкту інвестування Due Diligence може тривати від кількох годин, днів (власне, при інвестуванні у будівництво житла), до багатьох місяців (наприклад, при придбанні контрольного пакету великого АТ).

При здійсненні Due Diligence враховується будь-яка наявна інформація, незалежно від джерел її походження.

Такими джерелами можуть бути:

- Відомості, надані контрагентом інвестора (наприклад, продавцем об'єкту інвестування). Ці відомості представники інвестора отримують у вигляді документів (їх копій) та усних пояснень представників контрагента. Можливі наступні 2 підходи до організації ознайомлення з відомостями, що їх надає контрагент інвестора:
 - Надання оригіналів документів представникам інвестора на їх запит для огляду за місцезнаходженням контрагента інвестора з отриманням копій для самостійного ознайомлення;
 - Надання доступу до документів за місцезнаходженням контрагентів із заборною знімати копії (т.зв. Data Room);
 - Надання віддаленого доступу до електронних версій документів, зазвичай через Інтернет з авторизацією доступу (т.зв. Virtual Data Room) – може застосовуватися при здійсненні іноземного інвестування з наступним звірянням з оригіналами документів, зокрема коли такий доступ слід надати певному колу осіб, які перебувають у різних країнах (наприклад, юристам вітчизняної юридичної фірми, яка забезпечує юридичний супровід інвестування на місці, юристам іноземної юридичної фірми з *іншої* країни, які відповідають за інвестиційний проект в цілому, посадовим особам іноземної юридичної особи з *третьої* країни, що безпосередньо здійснює інвестування). При інвестуванні у будівництво житла ознайомлення з відомостями, що їх надає контрагент інвестора, відбувається, як правило у формі надання оригіналів документів представникам інвестора на їх запит для огляду

за місцезнаходженням контрагента інвестора з отриманням копій для самостійного ознайомлення;

- Відкриті відомості щодо об'єкту інвестування, які представники інвестора збирають самостійно. Ці відомості, у свою чергу, можна поділити на такі класи:
 - Офіційна інформація з відкритим доступом: відкриті для третіх осіб дані державних реєстрів та інформація, яка підлягає розкриттю юридичними особами. Це, наприклад, дані про юридичну особу, що їх містить ЄДРПОУ, інші реєстри (обтяжень, судових рішень, довіреностей тощо), розкрита та оприлюднена інформація про ЦП та їх емітента, офіційні публікації у ЗМІ (наприклад, щодо проведення загальних зборів АТ, ліквідації юридичної особи, опубліковані рішення органів державної влади та місцевого самоврядування). Слід зауважити, що установчі документи мають статус відкритої інформації, але законодавство України не містить положень, згідно з якими державні реєстратори були б зобов'язані надавати доступ до таких документів третім особам. Через це треті особи часто не мають реальної можливості самостійно отримати такі дані щодо більшості юридичних осіб. Винятки становлять публічні акціонерні товариства, чії статuti повинні бути викладені у мережі Інтернет. Також більшість положень установчих документів емітентів ЦП можна відтворити за матеріалами Загальнодоступної інформаційної бази даних НКЦПФР про ринок ЦП (<http://www.stockmarket.gov.ua/>) та Єдиного інформаційного масиву даних про емітентів ЦП (<http://www.smida.gov.ua/>);
 - Неофіційна інформація з відкритим доступом – всі відомості щодо об'єкту інвестування та пов'язаних з ним осіб з неофіційних публікацій у пресі, довідників (наприклад, «Золоті Сторін-

ки)), рекламних оголошень, інформаційних баз даних, мережі Інтернет;

- Інформація, встановлена при безпосередньому обстеженні об'єкту інвестування. Таке обстеження є необхідним для визначення відповідності стану об'єкту інвестування відомостям, що повідомлені або впливають з документів, наданих контрагентом інвестора. Зокрема, безпосереднім обстеженням на місцевості здійснюється ідентифікація нерухомого майна чи його елементів, перевіряється стан майна (склад і стан вже збудованих будівель і споруд), перевіряється відсутність фізичного контролю третіх осіб над об'єктом інвестування, визначається дійсна стадія будівельних робіт.

Конкретні джерела інформації, до яких звертається юрист, що провадить Due Diligence, так само, як і відомості, які він аналізує, залежать від об'єкту інвестування.

Утім, у тому, що стосується кожного об'єкту інвестування, обов'язково перевіряються такі відомості, як:

- Правовий статус об'єкту інвестування – правова ідентифікація об'єкту, право власності, інші права на об'єкт, обтяження прав (повністю залежать від правової природи об'єкту);
- Наявність обтяжень прав щодо об'єкту інвестування (повністю залежать від правової природи об'єкту);
- Наявність судових спорів щодо об'єкту інвестування;
- Правовий статус контрагента інвестора – юридичної особи або фізичної особи – суб'єкта підприємницької діяльності;
- Сімейний статус контрагента інвестора – фізичної особи;
- Повноваження представників контрагента.

Наявність судових спорів щодо об'єкту інвестування перевіряється виходячи з відомостей, наданих контрагентом інвестора.

Також можливе самостійне отримання відомостей з цього приводу, виходячи з можливостей, наданих кожному згідно зі ст. 2 Закону України від 22 грудня 2005 р. «Про доступ до судових рішень».

Джерелом відомостей є:

- Єдиний державний реєстр судових рішень (www.reyestr.court.gov.ua), який підтримує Державна судова адміністрація України, у тому що стосується рішень як судів загальної юрисдикції, так і спеціалізованих судів (містить тексти судових актів – рішень, ухвал, постанов, але не є повним: поповнюється щоденно, у тому числі за минулі періоди);
- База даних Вищого господарського суду України про рух справ у господарських судах – є досить повною, але не містить текстів рішень – лише інформацію про рух справ у господарських судах (www.arbitr.gov.ua/tmp/tmp_nameko/php/search.php).

Питання правового статусу контрагента інвестора – юридичної особи або фізичної особи – суб'єкта підприємницької діяльності охоплюють факт державної реєстрації контрагента та поточний статус (діє, перебуває у процедурі припинення та/або банкрутства, відсутній за місцем державної реєстрації, діяльність припинена).

Ці відомості можуть бути отримані в Єдиному державному реєстрі юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців.

Повна інформація щодо такого суб'єкту може бути надана будь-яким державним реєстратором будь-якій особі у вигляді витягу з реєстру, утім, базові відомості (для юридичних осіб – ідентифікаційний код, повна назва, місцезнаходження, керівник, засоби зв'язку, місцезнаходження реєстраційної справи, остання реєстраційна дія, поточний статус; для фізичних осіб – повне ім'я, засоби зв'язку, місцезнаходження реєстраційної справи, остання реєстраційна дія, дані про провадження підприємницької діяльності) є доступними на сайті Державного підприємства «Інформаційний ресурсний центр»: <http://irc.gov.ua/ua/Poshuk-v-YeDR.html>.

Детальні дані щодо банкрутства юридичної особи можна отримати (на платній основі) в інформаційно-довідковій системі «Банкрутство» Державного підприємства «Інформаційні судові системи» (<http://www.bankrut.gov.ua/>).

Питання сімейного статусу контрагента інвестора – фізичної особи повинні перевірятися, оскільки перебування об'єкту інвестування у спільній сумісній власності контрагента і його (її) подружжя (колишнього подружжя) тягне необхідність отримання згоди на відчуження такого майна на користь інвестора згідно з вимогами Сімейного кодексу України.

Повноваження представників за довіреністю контрагента інвестора – фізичної особи перевіряються шляхом звернення до Єдиного реєстру довіреностей, який діє відповідно до наказу Міністерства юстиції України від 28 грудня 2006 р. № 111/5. Дійсність довіреності і, відповідно, повноважень представника підтверджується скороченим витягом з Єдиного реєстру, який містить інформацію про: реєстраційний номер і дату реєстрації довіреності (її дубліката) в Єдиному реєстрі; номери та серії спеціальних бланків нотаріальних документів, на яких викладено текст довіреності (її дубліката) – для довіреностей, посвідчених у нотаріальному порядку; дату посвідчення довіреності (дата видачі її дубліката); строк дії довіреності; номер запису в реєстрі для реєстрації нотаріальних дій, за яким посвідчено довіреність (видано дублікат довіреності); відомості про особу, яка посвідчила довіреність (видала дублікат довіреності); відомості про посвідчення довіреності в порядку передоручення або відомості про припинення дії довіреності.

Будь-яка особа може отримати такий витяг на платній основі на запит до ДП «Інформаційний центр», створеного при Міністерстві юстиції України (<http://www.informjust.ua/>), однієї з філій цього ДП або в державного чи приватного нотаріуса, що уклав договір про користування відповідним реєстром.

Питання про повноваження представників контрагента, який є юридичною особою, завжди є актуальним, оскільки юридична особа реалізує свою правосуб'єктність через представників.

Це можуть бути посадові особи юридичної особи, що діють *ex officio*, насамперед її керівник (директор, генеральний директор, голова правління тощо). Їх повноваження перевіряються шляхом звернення до установчих документів, документу, що підтверджує обрання/призначення посадової особи, – протоколу/рішення та через отримання щодо цієї юридичної особи витягу з Єдиного державного реєстру юридичних осіб і фізичних осіб – підприємців, який завжди містить відомості про осіб, уповноважених діяти від імені юридичної особи без довіреності, та обмеження їх повноважень.

Це можуть бути також представники юридичної особи за довіреністю. Перевіряючи їх повноваження, необхідне також звернення до довіреності, і якщо вона вчинена у нотаріальній формі, – до Єдиного реєстру довіреностей, як зазначено вище.

Правовий аналіз при інвестуванні у житло, що будується, нерухомість, крім моментів, спільних для будь-якого інвестування, має наступні особливості.

Якщо об'єкт інвестування є об'єктом незавершеного будівництва, перевіряються права контрагента інвестора на земельну ділянку, на якій здійснюється будівництво, містобудівна документація, будівельна документація та всі рішення органів державної влади і місцевого самоврядування, пов'язані із будівництвом об'єкту нерухомості.

При укладенні договору інвестування (пайової участі у фінансуванні будівництва) чи купівлі-продажу майнових прав на нерухомість, що будується, коли об'єкт інвестування (окрема квартира) є лише частиною майбутнього об'єкту нерухомості, будівельну документацію, що досліджується, можна обмежити проектом будівництва і документом, що оформлює право забудовника розпочати здійснення будівельних робіт.

Також, якщо йдеться про відчуження об'єкту незавершеного будівництва, право власності на нього має бути зареєстроване БТІ у Реєстрі прав власності на нерухоме майно (до 1 січня 2013 р.) чи Укрдержреєстром у Держав-

ному реєстрі речових прав на нерухоме майно (після 1 січня 2013 р.) з видачею витягу з відповідного реєстру.

При інвестуванні у будівництво житла, яке фінансується через ФФБ, інвестор контактує з управителем фонду, а не із забудовником. При цьому Due Diligence має обмежений характер, оскільки об'єкт інвестування (окрема квартира) є лише частиною майбутнього об'єкту нерухомості.

Згідно з ч. 7 ст. 14 Закону «Про фінансово-кредитні механізми і управління майном при будівництві житла та операціях з нерухомістю» на вимогу довірителя управитель ФФБ зобов'язаний ознайомити довірителя або на вимогу довірителя надати йому копії отриманих від забудовника документів з даними про:

- Забудовника та об'єкт будівництва;
- Документи, що дають змогу провести ідентифікацію особи забудовника відповідно до вимог законодавства;
- Документи, що підтверджують право забудовника на користування земельною ділянкою або право забудовника на виконання функцій замовника будівництва для спорудження на земельній ділянці об'єкта будівництва;
- Позитивний висновок експертизи проектної документації;
- Дозвіл на виконання будівельних робіт або реєстрацію декларації про початок виконання будівельних робіт;
- Ліцензію підрядної організації.

Джерелом інформації про майбутню нерухомість, складовою якої стане об'єкт інвестування, є також Правила ФФБ, які є додатком до договору про участь у ФФБ, що його укладає довіритель. Додатково перевіряються також правочини, на підставі яких виникають відносини між управителем та забудовником, а також відносини зі страховою компанією.

Досить великий обсяг відомостей про управителя як фінансову установу можна отримати у Державному реєстрі фінансових установ, який веде НКРРФП (<http://reestr.dfp.gov.ua/>), якщо така особа є емітентом ЦП, також у

Загальнодоступній інформаційній базі даних НКЦПФР про ринок ЦП (<http://www.stockmarket.gov.ua/>) та Єдиному інформаційному масиві даних про емітентів ЦП (<http://www.smida.gov.ua/>).

Це – відкрита інформація, яка підлягає оприлюдненню згідно зі ст.ст. 40-42 Закону «Про цінні папери та фондовий ринок» регулярно (щорічно і щоквартально) та у зв'язку зі змінами, яких зазнають такі відомості (т.зв. «особлива» інформація). До цих відомостей належать, зокрема (але не обмежуючись): дані про органи управління особи, її посадових осіб та про зміни у їх складі; про господарську та фінансову діяльність особи, емітовані нею цінні папери, їх лістинг/делістинг; річна фінансова звітність; річний аудиторський висновок; перелік власників значних пакетів (10% і більше) акцій із зазначенням кількості, типу та/або класу належних їм акцій, участь особи у створенні інших юридичних осіб; рішення вищого органу особи про зменшення статутного капіталу; порушення справи про банкрутство особи, винесення ухвали про її санацію; рішення вищого органу особи або суду про її припинення або банкрутство.

Утім, відкрита інформація про забудовника, якщо він не є емітентом ЦП, обмежується відомостями, що їх можна отримати з відкритих реєстрів.

При інвестуванні у будівництво житла, яке фінансується через емісію дисконтних облігацій, Due Diligence здійснюється так само, як і при портфельному інвестуванні (головним чином – виходячи з відомостей, що їх містить Загальнодоступна інформаційна база даних НКЦПФР про ринок ЦП (<http://www.stockmarket.gov.ua/>) та Єдиний інформаційний масив даних про емітентів ЦП (<http://www.smida.gov.ua/>) із додатковим збиранням інформації про права забудовника на земельну ділянку, на якій здійснюється будівництво, містобудівну та будівельну документацію (надає забудовник за домовленістю з інвестором).

Якщо будівництво фінансується за рахунок емісії цільових «будівельних» облігацій, здійснення Due Diligence полегшується тим, що на емітента-збудовника покладаються додаткові обов'язки щодо розкриття інформації.

Відповідно до п. 6 гл. 2 розділу III Положення про порядок здійснення емісії облігацій підприємств та їх обігу проспект емісії цільових будівельних облігацій крім звичайних відомостей, має містити відомості про власника земельної ділянки або землекористувача, замовника, забудовника та підрядника, об'єкт будівництва, яким буде здійснюватися виконання зобов'язань за облігаціями, а також про договори, ліцензії, державні акти, дозволи тощо, згідно з якими здійснюється будівництво.

Також забудовник, який емітував такі «будівельні» облігації, протягом строку розміщення облігацій та строку обігу облігацій щоквартально, починаючи з дати реєстрації випуску облігацій або реєстрації випуску та проспекту емісії облігацій, надає НКЦПФР звіт про свій фінансовий стан, а також звіт про стан будівництва об'єкта, що розміщується у Загальнодоступній інформаційній базі даних НКЦПФР про ринок ЦП.

ВИСНОВКИ

Отже, у правовому регулюванні інвестування у будівництво житла наявні такі тенденції:

1. Юридична процедура будівництва нерухомості (у тому числі житла) зазнала революційних змін із прийняттям 17 лютого 2011 р. Закону «Про регулювання містобудівної діяльності». Замість єдиної процедури забудови, передбаченої ранніми редакціями Закону «Про планування і забудову територій», скасованого у зв'язку з прийняттям Закону «Про регулювання містобудівної діяльності», було запроваджено 3 варіанти процедури, причому вибір процедури залежить від ступеню складності об'єкту будівництва.

В цілому процедуру забудови було значною мірою спрощено: ті процедури, які раніше застосовувалися при будівництві будь-якого котеджу, відтепер вимагаються лише для спорудження найскладніших об'єктів IV-V категорій складності.

Таким чином, законодавець намагається боротися з повсюдним поширенням практики будівництва взагалі поза будь-якими правовими процедурами без оформлення будівельної документації та всупереч вимогам документації містобудівної з наступною «екстремальною» їх легалізацією (т.зв. «узаконовування») через судові рішення з вельми сумнівним правовим обґрунтуванням.

Позитивним зрушенням є також створення Єдиного будівельного реєстру, що містить повну інформацію про всю дозвільну документацію, пов'язану з кожним об'єктом будівництва.

2. Припиненню практики «екстремальної» легалізації новозбудованої нерухомості, загальному оздоровленню відносин у сфері будівництва житла має сприяти також запровадження з 1 січня 2013 р. заснованої на Законі «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» системи реєстрації прав на нерухомість, яка об'єднуватиме відомості про права на

земельні ділянки з відомостями про права на збудовану на таких ділянках нерухомість, а також з даними про обтяження відповідних прав.

3. Утім, найбільш проблемним залишається питання способів інвестування у будівництво житла, тобто юридичних механізмів залучення коштів інвесторів.

Частина 3 ст. 4 Закону «Про інвестиційну діяльність» встановлює дуже жорсткі обмеження щодо інвестування будівництва житла, визначаючи, фактично, вичерпний перелік законних засобів залучення коштів інвесторів у будівництво житла, до якого належать лише: фонди фінансування будівництва; випуск цільових облігацій, виконання зобов'язань за якими забезпечується одиницею такої нерухомості; фонди операцій з нерухомістю та інститути спільного інвестування.

Всі перелічені вище засоби фінансування будівництва житла об'єднує те, що забудовник опиняється під досить жорстким контролем державного органу (НКЦПФР чи НКРРФП) та – у випадку ФОН і ФФБ – фінансової установи, і на нього поширюються вимоги щодо розкриття інформації.

Утім, на мою думку, законодавець обрав хибний шлях розв'язання проблеми можливих зловживань у сфері будівництва житла. Фактично, всі дозволені засоби інвестування у цій сфері покладають на інвесторів тягар серйозних організаційних витрат, змушують їх витратити багато часу на оформлення інвестиційних схем, сприяють поширенню корупції.

Отже, на практиці багато забудовників просто ігнорують вимоги законодавства, використовують і нав'язують інвесторам інші, не дозволені ч. 3 ст. 4 Закону «Про інвестиційну діяльність» схеми інвестування, спираючись на досить екзотичні варіанти правової аргументації. Як наслідок, інвестори, які є, у своїй більшості, пересічними громадянами, масово несуть юридичні ризики недійсності вчинених ними на умовах приєднання правочинів, якими оформлюються інвестиційні відносини зі забудовниками.

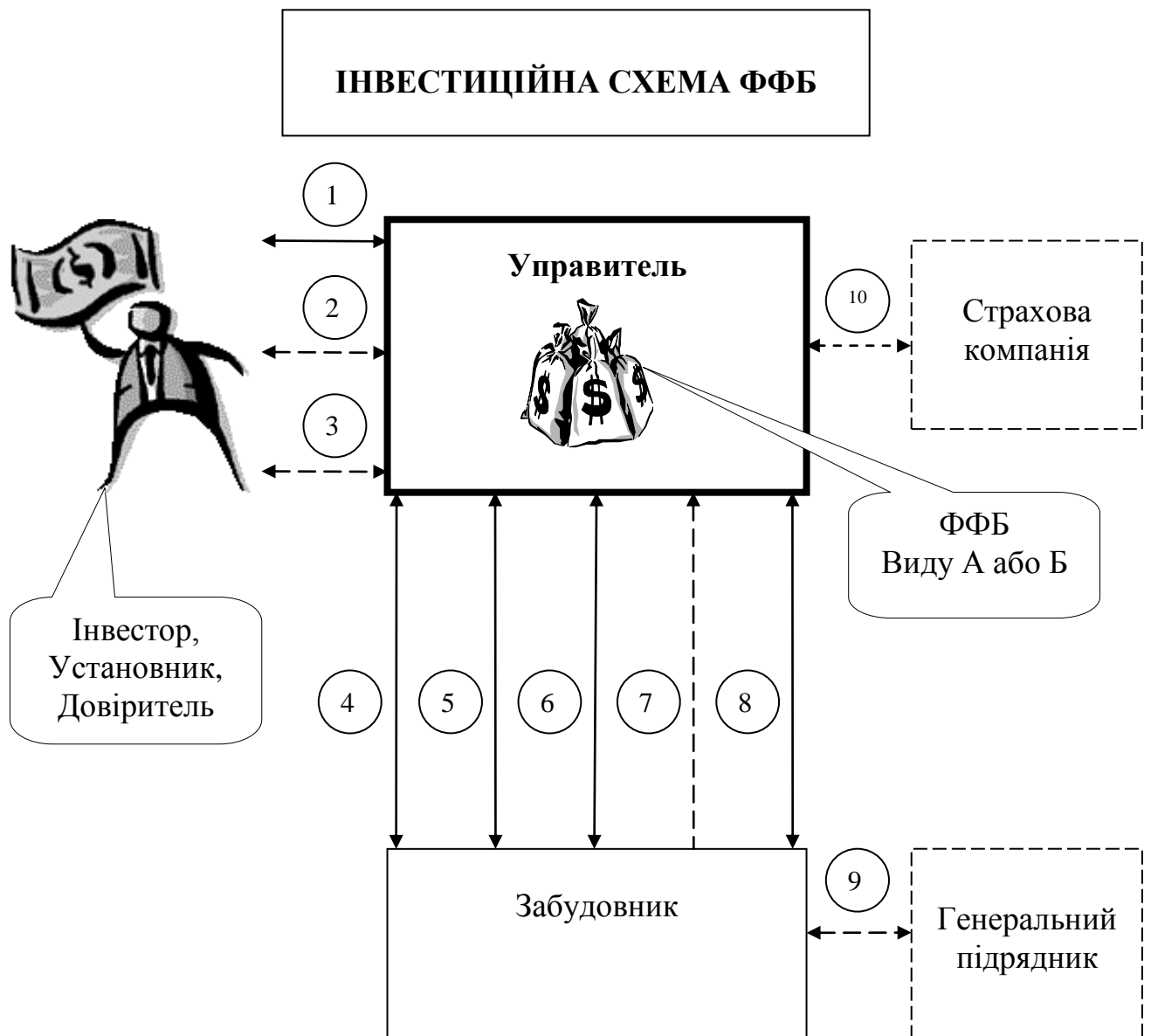
4. Можливо, для розв'язання цієї проблеми слід було перетворити Єдиний будівельний реєстр таким чином, щоб у ньому зазначалися не лише всі

об'єкти будівництва, на які оформлене право на виконання будівельних робіт з параметрами, передбаченими будівельною документацією, але також передбачався поділ об'єктів будівництва на об'єкти інвестування (окремі квартири, котеджі тощо, причому не лише житлові, але й нежитлові) у разі, якщо об'єкт будується забудовником із залученням коштів фізичних та юридичних осіб.

У таких випадках у Єдиному будреєстрі слід було б відображувати відомості про фінансовий стан забудовника (річну, квартальну звітність), його керівників, динаміку будівництва та інші відомості на зразок інформації, яка підлягає розкриттю емітентами ЦП. Такий реєстр має бути відкритим і доступним у мережі Інтернет. З іншого боку, всі договори, які передбачають інвестування будівництва нерухомості, так само, як відступлення прав за такими договорами на користь третіх осіб, мають, на мою думку, підлягати державній реєстрації у Державному реєстрі речових прав на нерухоме майно. Така реєстрація повинна обумовлювати дійсність договорів інвестування. Реєстрація договорів у Державному реєстрі речових прав на нерухоме майно має здійснюватися на підставі даних Єдиного будреєстру. Такий підхід унеможливить маніпуляції з інвестуванням у будівництво житла та іншої нерухомості.

Інвестиційна схема, засоби інвестування будівництва житла (через простий договір інвестування, через емісію будівельних облігацій або утворення ФФБ) має обиратися самим забудовником, і жодних обмежень, на мою думку, тут не має бути.

<p align="center">ПОРІВНЯЛЬНА ТАБЛИЦЯ інвестування будівництва житла через ФФБ та емісію цільових будівельних облігацій</p>		
	ФФБ	ЦІЛЬОВІ БУДІВЕЛЬНІ ОБЛІГАЦІЇ
Мета інвестування	Отримання у власність нерухомості – житла	Отримання у власність нерухомості - житла
Спеціальний закон	«Про фінансово-кредитні механізми і управління майном при будівництві житла та операціях з нерухомістю»	«Про цінні папери та фондовий ринок»
Емісія ЦП	Не відбувається	Цільові будівельні облігації
Контролюючий орган	НБУ або НКРРФП	НКЦПФР
Ініціатор і реалізатор схеми	Банк або інша фінансова установа	Забудовник
Основний документ	Правила ФФБ	Проспект емісії облігацій
Природа прав інвесторів	Права установників управління, які передали свої грошові кошти у довірчу власність фінансовій установі	Права власників облігацій – цінних паперів, які погашаються одиницею нерухомості
Роль забудовника	Забудовник повністю залежить від банку або іншої фінансової установи, яка утворює ФФБ	Забудовник є незалежним
Інвестор контактує	З управителем – банком або іншою фінансовою установою	Із забудовником



УМОВНІ ПОЗНАЧЕННЯ

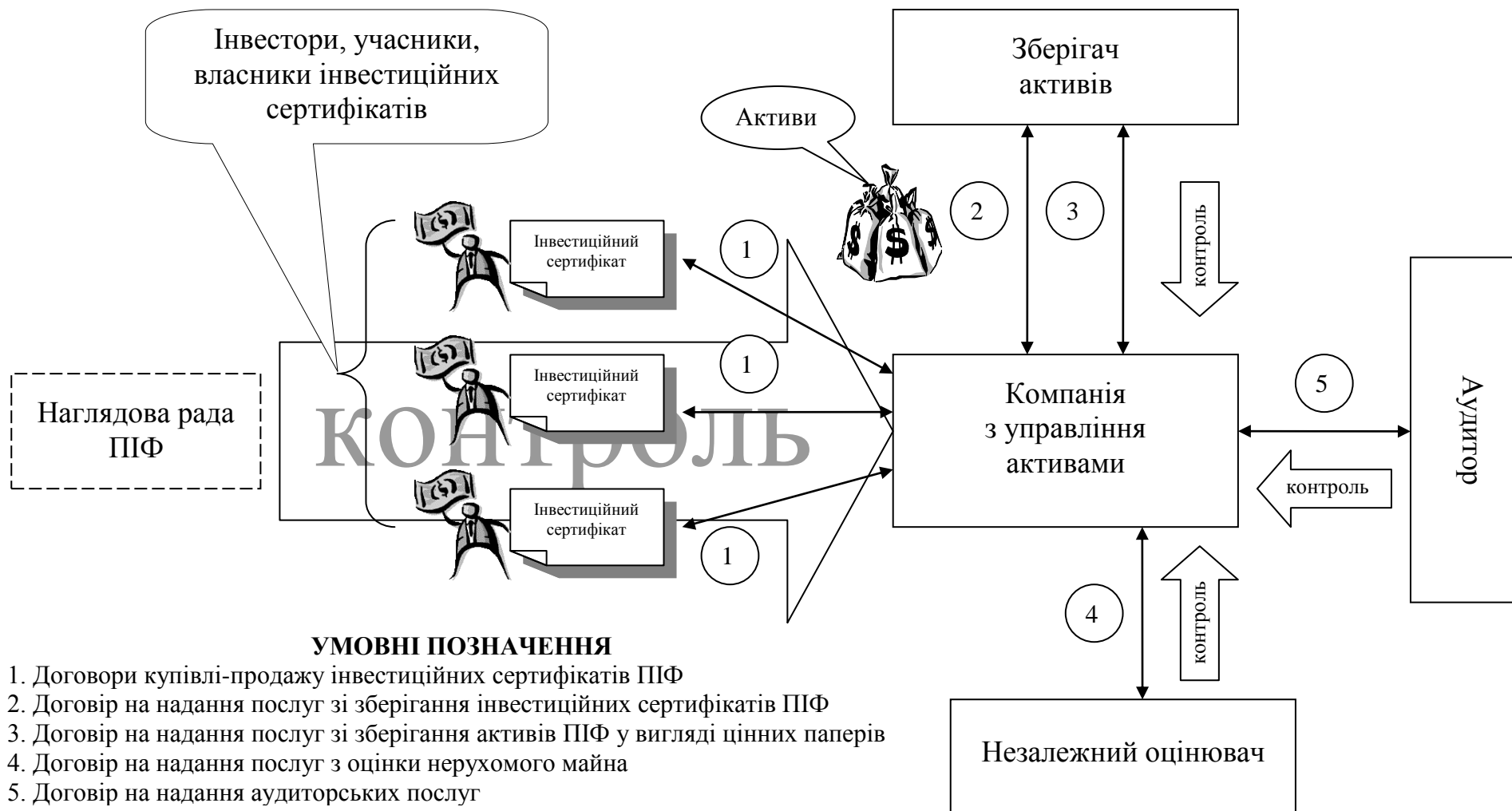
1. Договір про участь у ФФБ
2. Договір іпотечного кредитування (необов'язковий)
3. Договір іпотеки об'єкту інвестування та/або майнових прав на нього (необов'язковий)
4. Договір на будівництво об'єкту
5. Договір відступлення майнових прав на нерухомість, яка є об'єктом будівництва, з відкладальними умовами
6. Договір доручення з відкладальними умовами
7. Безвідклична довіреність на право делегування третім особам функцій забудовника (необов'язкова)
8. Договір іпотеки
9. Договір підряду (обов'язковий лише в разі залучення ген-підрядника)
10. Договір страхування ризику недостатності залучених коштів на спорудження об'єкта будівництва (необов'язковий)

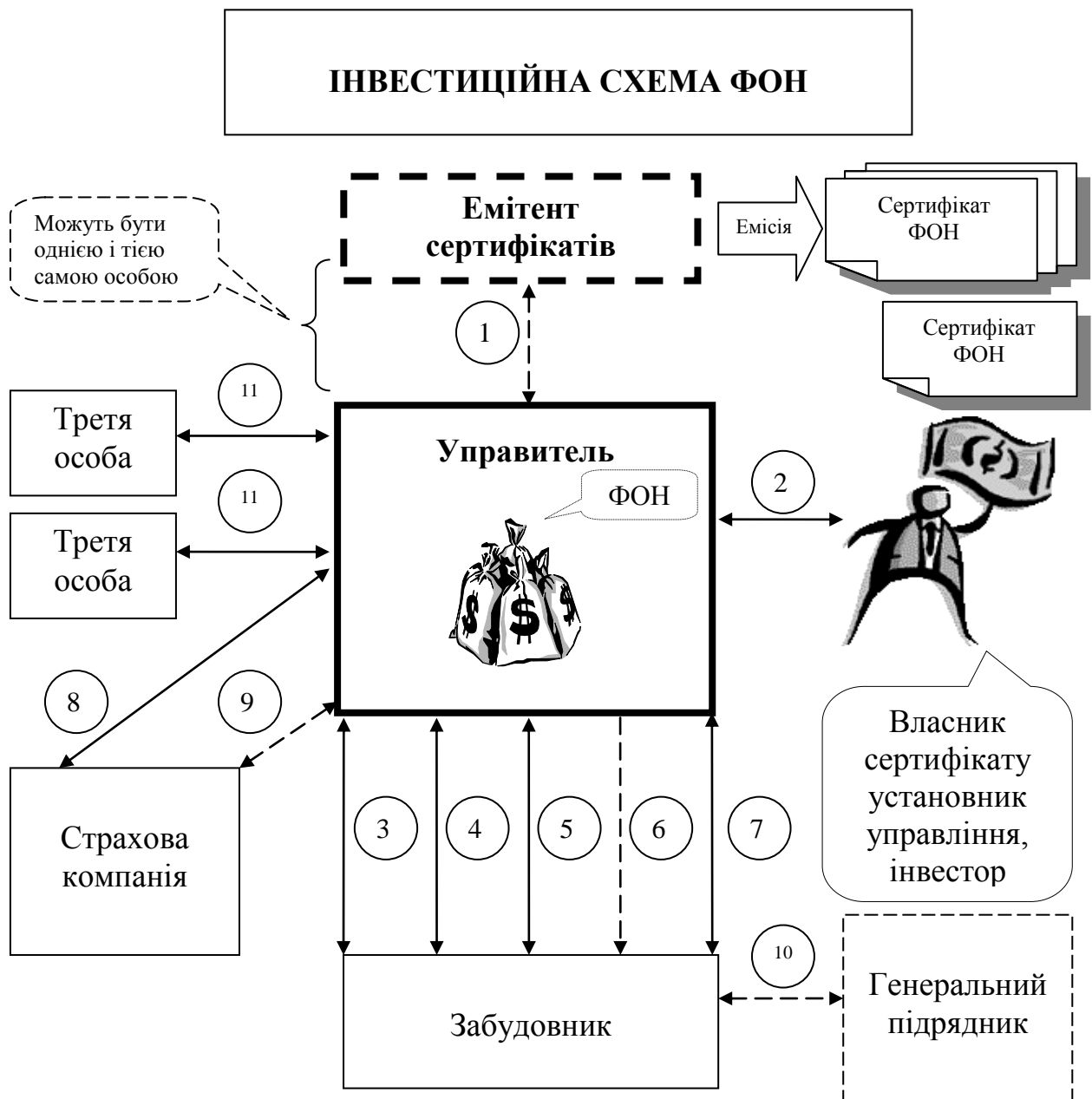


ІНВЕСТИЦІЙНА СХЕМА КІФ



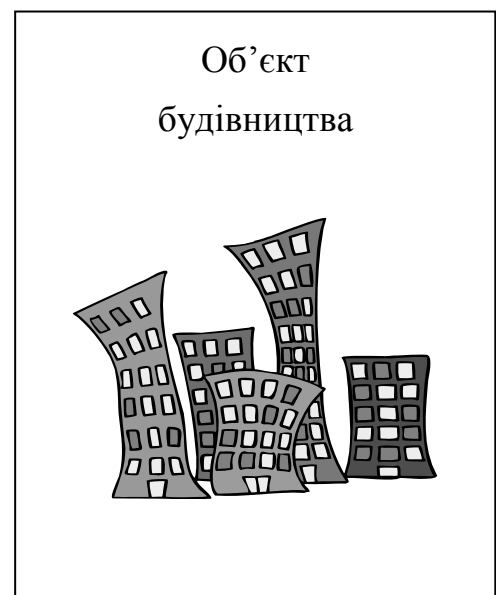
ІНВЕСТИЦІЙНА СХЕМА ПФ





УМОВНІ ПОЗНАЧЕННЯ

1. Договір комісії або доручення (укладається лише якщо емітент і управитель не є однією особою)
2. Договір про придбання сертифікату ФОН
3. Договір на будівництво об'єкту
4. Договір відступлення майнових прав на нерухомість, яка є об'єктом будівництва, з відкладальними умовами
5. Договір доручення з відкладальними умовами
6. Безвідклична довіреність на право делегування третім особам функцій забудовника (необов'язкова)
7. Договір іпотеки
8. Договір страхування нерухомості, набутої від здійснення управління ФОН
9. Договір страхування відповідальності управителя за збитки, що можуть бути завдані власникам сертифікатів ФОН діями або бездіяльністю управителя
10. Договір підряду (обов'язковий лише в разі залучення генпідрядника)
11. Договори (купівля-продаж, оренда тощо) щодо нерухомості з третіми особами



ІНВЕСТИЦІЙНІ ФОНДИ, ЧЕРЕЗ ЯКІ МОЖЕ ІНВЕСТУВАТИСЯ БУДІВНИЦТВО ЖИТЛА				
Ознаки/Фонд	ФФБ	ФОН	ПІФ	КІФ
Спеціальний закон	«Про фінансово-кредитні механізми і управління майном при будівництві житла та операціях з нерухомістю»		«Про інститути спільного інвестування (пайові та корпоративні інвестиційні фонди)»	
Емісія ЦП	Не відбувається	Сертифікати ФОН	Інвестиційні сертифікати	Акції
Природа прав інвесторів на майно фонду	Права установників управління, які передали свої грошові кошти у довірчу власність фінансовій установі		Права спільної часткової власності	Корпоративні права акціонерів АТ
Вид інвестування	Реальне	Фінансове (портфельне)		
Мета інвестора	Отримання житла	Отримання доходу від ЦП інвестиційного фонду		
Фонд	Не є юридичною особою			Юр. особа – АТ
Контролюючий орган	НБУ або НКРРФП	НБУ або НКРРФП та НКЦПФР	НКЦПФР	
Ініціатор створення	Банк або інша фінансова установа		КУА	Фіз., юр. особи – засновники КІФ
Напрями інвестування коштів інвесторів	Будівництво житла – 1 або декількох об'єктів нерухомості для подальшого розподілу між інвесторами	Будівництво житла - 1 об'єкту нерухомості для подальшого комерційного використання та/або продажу	Придбання ЦП, валютних цінностей, інших фінансових активів, нерухомості, у т.ч. недобудованої, з урахуванням обмежень законодавства щодо диверсифікації активів	
Основний документ фонду	Правила	Правила, проспект емісії, інвестиційна декларація	Регламент, що включає інвестиційну декларацію, проспект емісії	Статут, регламент, що включає інвестиційну декларацію, проспект емісії

А.В. Смітюх

Правові аспекти інвестування
у будівництво житла

Практичний посібник

Редактор – Старцев О.В.

Підписано до друку 30.04.2012. Формат 84x108 1/32.
Паспір офсетний Друк офсетний. Обл.-вид. арк. 7,77.

Тираж – 500 прим. Зам №

Віддруковано з оригінал-макета видавництва “Істина”
(свідоцтво про внесення суб’єкта видавничої справи
до Державного реєстру видавців, виготовників
і розповсюджувачів видавничої продукції
серія ДК № 521 від 05.07.2001)

