

ЗПИФ и 214-ФЗ в СТРОИТЕЛЬСТВЕ КОММЕРЧЕСКОЙ НЕДВИЖИМОСТИ



Автор
Андрей Богданов.
ИМАС. Партнер

Содержание

Комментарий эксперта	2
Раздел 1. Выбор «строительного» ЗПИФН: для квалифицированных или для любых инвесторов? В чем ключевые отличия?	3
Раздел 2. Можно ли строить коммерческие объекты, используя Договор участия в долевом строительстве по 214-ФЗ? Доступно ли строительство коммерческих объектов в ЗПИФ для любых инвесторов?	6
Раздел 3. Как заключая договор по 214-ФЗ, не заключить его по 39-ФЗ? Как случайно не нарушить инвестиционную декларацию ЗПИФ для любых инвесторов?	11

Комментарий эксперта

Тенденцией последнего времени в сегменте ЗПИФ недвижимости является их активное использование для строительства коммерческой недвижимости, в том числе: офисных и бизнес центров | торговых, развлекательных и выставочных комплексов | складских и логистических сооружений | гостиниц и домов отдыха | а также иных объектов коммерческой инфраструктуры.

Учитывая это группа IMAC не только располагает линейкой продуктов и услуг для организации таких проектов с использованием ЗПИФ (● готовые ЗПИФ недвижимости для любых и для квалифицированных инвесторов, а также ● инфраструктурное обслуживание ЗПИФ на временной и постоянной основе), но и проводит аналитическую работу, посвященную в частности проблематике договорного инструментария для организации строительных проектов.

В этом выпуске Дайджеста мы хотели бы предложить свои ответы на ряд вопросов, важных как для ● тех, кто интересуется темой ЗПИФ в строительстве или уже использует этот инструмент, так и в целом для ● участников рынка недвижимости (инвесторов и застройщиков, строителей и девелоперов).

Среди причин повышенного интереса к ЗПИФ именно в сегменте строительства можно обозначить три ключевых момента. **1.** ЗПИФы были и остаются единственным в России инструментом с нейтральным налогообложением. Отсутствие обложения доходов фонда налогом на прибыль позволяет существенно повысить эффективность проектов. **2.** ЗПИФ получает все большее признание как инвестиционный инструмент для вложения средств на первичном рынке недвижимости (в этом смысле особенно ценна возможность кредитных организаций осуществлять резервирование вложений в паи ЗПИФН в течение первого года по ставке 0%, что позволяет рассчитывать на стартовые инвестиции, в том числе, от банков). **3.** Особенностью текущего рынка недвижимости является наличие вообще, и на балансах ЗПИФ в частности существенного количества земельных участков под застройку. Более того, для многих «пассивных» ЗПИФ, созданных ради держания земли, не остается иного варианта развития кроме как прекращаться или становиться активными, т.е. осуществлять строительство на таких участках.

Использование ЗПИФ в строительных проектах предполагает привлечение различных инвесторов, и не все из них являются квалифицированными. Это, в свою очередь, для многих видится проблемой, поскольку с точки зрения широты привлечения инвесторов наиболее оптимальным является форма ЗПИФ «для любых инвесторов», который с позиции операционных возможностей под строительство «не заточен». Кроме того, большое количество земельных участков уже сконцентрировано в фондах именно этой разновидности.

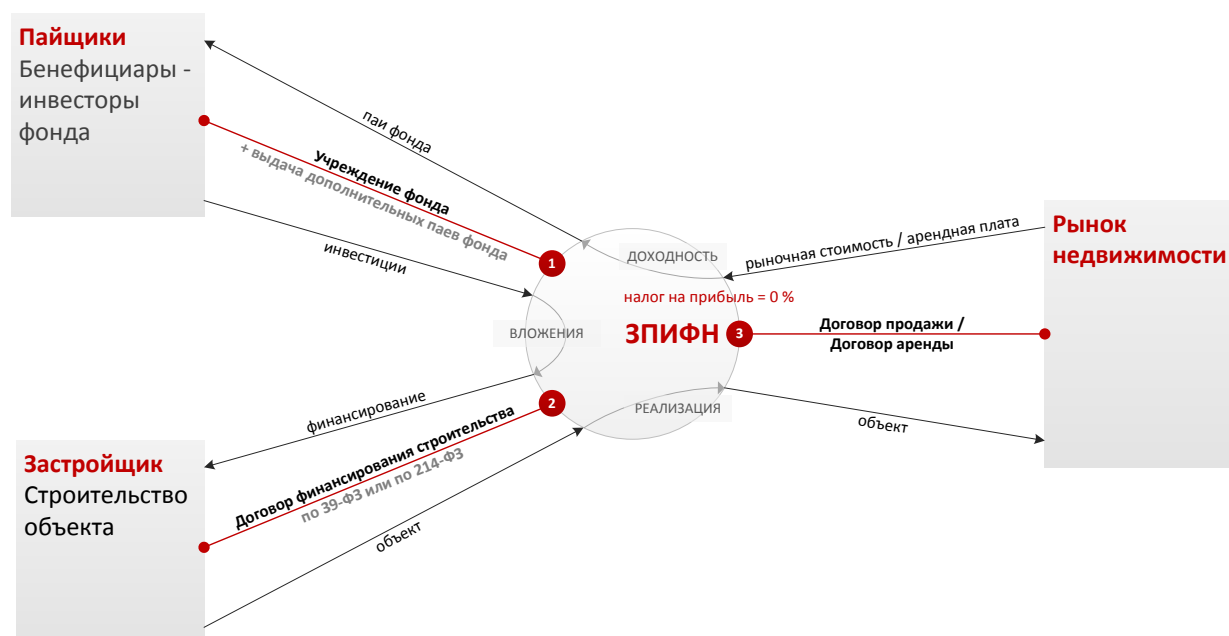
В рамках разрешения вопроса о перспективах строительства коммерческой недвижимости на основе ЗПИФ для любых инвесторов мы предлагаем Вашему вниманию ответы на следующие вопросы:

- **Выбор строительного ЗПИФН: для квалифицированных или для любых инвесторов? В чем ключевые отличия?**
- **Можно ли строить коммерческие объекты, используя Договор участия в долевом строительстве по 214-ФЗ? Доступно ли строительство коммерческих объектов в ЗПИФ для любых инвесторов?**
- **Как заключая договор по 214-ФЗ, не заключить его по 39-ФЗ? Как случайно не нарушить инвестиционную декларацию ЗПИФ для любых инвесторов?**

Раздел 1. Выбор «строительного» ЗПИФН: для квалифицированных или для любых инвесторов? В чем ключевые отличия?

Пример организации строительства с использованием ЗПИФ.

Использование закрытых паевых инвестиционных фондов (ЗПИФ) в строительстве является уже давней практикой. Классическая схема инвестирования в строительство через ЗПИФ категории недвижимости (ЗПИФН) выглядит следующим образом:



Согласно схеме, •конечными инвесторами выступают пайщики ЗПИФН (владельцы его инвестиционных паев), •непосредственным инвестором проекта выступает ЗПИФН («в лице» его управляющей компании), реализуя, соответственно, права и исполняя обязанности инвестора строительства в интересах пайщиков.

Договор финансирования строительства, обозначенный на схеме, может представлять из себя ряд договорных форм – наиболее распространены две:

- **договор инвестирования в строительство** (далее – «Договор инвестирования»), заключенный в соответствии с Федеральным законом от 25.02.1999 г. № 39-ФЗ «Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений» (далее – «Закон 39-ФЗ») и Гражданским кодексом РФ с учетом Постановления Пленума ВАС РФ от 11.07.2011 г. № 54 «О некоторых вопросах разрешения споров, возникающих из договоров по поводу недвижимости, которая будет создана или приобретена в будущем»;
- **договор участия в долевом строительстве** (далее – «Договор УДС»), заключенный в соответствии с Федеральным законом от 30.12.2004 г. № 214-ФЗ «Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации» (далее – «Закон 214-ФЗ»).

При этом, если •*Договор УДС* доступен для всех ЗПИФН, то заключение •*Договора инвестирования* возможно только в ЗПИФН для квалифицированных инвесторов (пп. 3 п. 10.1 и пп. 1 п. 10.2 Положения о составе и структуре активов акционерных инвестиционных фондов и активов паевых инвестиционных фондов, утвержденным Приказом ФСФР России от 28.12.2010 г. № 10-79/пз-н).

По итогам строительства объект либо реализуется, либо сдается в аренду. Вырученные средства составляют доходность фонда и они **не облагаются налогом на прибыль**. Средства фонда могут быть реинвестированы *либо* в новые строительные проекты, *либо* в иные активы, предусмотренные инвестиционной декларацией фонда, *либо* выплачены его пайщикам (однако в этом случае пайщики будут обязаны заплатить налог на доход, который им принесли инвестиционные паи).

ЗПИФН для любых инвесторов Vs. ЗПИФН для квалифицированных инвесторов

Выделим основные отличия ЗПИФН для любых инвесторов и ЗПИФН для квалифицированных инвесторов применительно к теме инвестирования в строительство. Эти отличия находятся в двух плоскостях: •операционные возможности фонда и •круг пайщиков-инвесторов фонда.

ЗПИФН для любых инвесторов. Операционные возможности ЗПИФН для любых инвесторов для целей строительства по существу ограничены возможностью •инвестировать в создание новой недвижимости посредством Договора УДС, которая в дальнейшем может быть •реализована или •сдана в аренду.

Круг пайщиков не ограничен, им могут быть абсолютно любые лица.

ЗПИФН для квалифицированных инвесторов. Операционные возможности ЗПИФН для квалифицированных инвесторов существенно шире – инвестировать в создание новой недвижимости можно как посредством •Договора УДС, так и через •Договор инвестирования. Кроме того, за счет средств такого фонда может осуществлять строительство по •Договору подряда (схема «фонд-застройщик»); в состав такого фонда могут быть •получены займы и кредиты; из средств такого фонда могут быть •выданы займы. Объекты недвижимости такого фонда могут быть реализованы или сданы в аренду, а также заложены по обязательствам фонда, в т.ч. по кредитам.

Круг пайщиков для таких фондов *ограничен квалифицированными инвесторами*, то есть: •финансовыми организациями (указанными в п. 2 ст. 51.2 Федерального закона от 22.04.1996 г. № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг») и •иными лицами, признанными в качестве квалифицированных инвесторов в силу соответствия нормативно установленным требованиям (в частности, по критериям состоятельности и опыта инвестирования). Впрочем, следует заметить, что паи таких фондов могут быть приобретены у их пайщиков (т.е. на вторичном рынке) нерезидентами без их признания в качестве квалифицированных инвесторов (что позволяет, в частности, реализовывать схему «первичного» участия неквалифицированных инвесторов-нерезидентов в таких фондах через бридж-финансирование).

Более подробная сравнительная характеристика этих разновидностей фондов прилагается в качестве дополнительного материала к этому выпуску Дайджеста.

Таким образом

При выборе между ЗПИФН для любых и ЗПИФН для квалифицированных инвесторов в целях реализации строительного проекта необходимо определить, что является приоритетом для его организаторов.

●Если приоритет – это *расширенные операционные возможности фонда* оптимальным является *ЗПИФ только для квалифицированных инвесторов*. ●Если приоритет – это *доступность паев фонда любому потенциальному инвестору* (широкий круг потенциальных пайщиков) оптимальным является *ЗПИФ для любых инвесторов*, соответственно, операционные возможности будут уже, но строительство недвижимости можно осуществлять, используя договор участия в долевом строительстве.

Раздел 2. Можно ли строить коммерческие объекты, используя Договор участия в долевом строительстве по 214-ФЗ? Доступно ли строительство коммерческих объектов в ЗПИФ для любых инвесторов?

Действующее законодательство накладывает целый ряд требований к порядку заключения и условиям договора участия в долевом строительстве. Одним из таких требований, которое зачастую рассматривается в качестве **ограничения возможности строительства коммерческих объектов** с использованием Договора УДС является правило п. 1 ст. 2 Закона 214-ФЗ, согласно которому Застройщиком по такому договору выступает «юридическое лицо, <...> привлекающее денежные средства участников долевого строительства <...> для строительства (создания) <...> многоквартирных домов и (или) иных объектов недвижимости, за исключением объектов производственного назначения, на основании полученного разрешения на строительство».

Так ли это? Рассмотрим этот аспект подробнее.

Объекты недвижимости, строительство которых допускается по Закону 214-ФЗ

Согласно п. 1 ст. 1 Закона 214-ФЗ данный закон регулирует «отношения, связанные с привлечением денежных средств граждан и юридических лиц для долевого строительства многоквартирных домов и (или) иных объектов недвижимости и возникновением у участников долевого строительства права собственности на объекты долевого строительства и права общей долевой собственности на общее имущество в многоквартирном доме и (или) ином объекте недвижимости, а также устанавливает гарантии защиты прав, законных интересов и имущества участников долевого строительства».

Пункт 1 ст. 130 Гражданского кодекса РФ устанавливает, что «к недвижимым вещам (недвижимое имущество, недвижимость) относятся земельные участки, участки недр и все, что прочно связано с землей, то есть объекты, перемещение которых без несоразмерного ущерба их назначению невозможно, **в том числе здания, сооружения, объекты незавершенного строительства**», т.е. любые объекты, отвечающие квалифицирующему признаку прочной связи с землей.

Из нормы п. 1 ст. 2 Закона 214-ФЗ следует, что объектом недвижимости, для строительства которого привлекаются средства, **не могут быть только объекты производственного назначения**.

Ключевой вопрос, который здесь возникает, — что понимать под «объектом производственного назначения»? Попробуем на него ответить.

Объекты производственного назначения. Классическая ошибка.

Наиболее распространенная ошибка, которая допускается при толковании понятия «объект производственного назначения» - это применение абз. 2 пп. 23.1 п. 3 ст. 149 Налогового кодекса РФ (далее – «НК РФ»). Полагаем, следует остановиться на этой ошибке подробнее, для чего приведем текст соответствующих положений НК РФ:

«3. Не подлежат налогообложению (освобождаются от налогообложения) на территории Российской Федерации следующие операции:

23.1) услуги застройщика на основании договора участия в долевом строительстве, заключенного в соответствии с Федеральным законом от 30 декабря 2004 года № 214-ФЗ «Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации» (за исключением услуг застройщика, оказываемых при строительстве объектов производственного назначения);

К объектам производственного назначения в целях настоящего подпункта относятся объекты, предназначенные для использования в производстве товаров (выполнении работ, оказании услуг);».

Мы сознательно выделили фразу «в целях настоящего подпункта».

Во-первых, данное (по сути расширительное) определение понятия «объект производственного назначения» **является сугубо специальным** – используемым для целей применения только указанной нормы налогового законодательства. **Во-вторых**, гипотеза данного подпункта свидетельствует о том, что по Договору УДС могут строиться объекты различного назначения. При этом целью нормы пп. 23.1 п. 3 ст. 149 НК РФ является определение необлагаемых и облагаемых НДС операций, в частности исключение из операций, не облагаемых НДС, услуг застройщика по Договору УДС, на основе которого строятся объекты, предназначенные для производства товаров, выполнения работ или оказания услуг (т.е. для коммерческих целей в широком смысле).

Таким образом, не следует определять понятие «объект производственного назначения» через целевые положения абз. 2 пп. 23.1 п. 3 ст. 149 НК РФ.

Объекты производственного назначения. Что это на самом деле?

В поисках истинного ответа обратимся к «профильным» нормам – к законодательству в сфере недвижимости и градостроительства.

Поскольку объектом нашего интереса являются в основном коммерческие здания, рассмотрим положения Федерального закона от 24.07.2007 г. № 221-ФЗ «О государственном кадастре недвижимости», а именно пп. 15 п. 2 ст. 7, который предусматривает в составе сведений об объекте недвижимости указание на назначение здания, которое может быть обозначено через 3 вида такого назначения: •нежилое здание, •жилой дом или •многоквартирный дом. Аналогичная узкая (ничего нам не дающая) классификация предусмотрена Приказом Минэкономразвития России от 14.10.2011 г. № 577 «О порядке осуществления государственного учета зданий, сооружений, помещений, объектов незавершенного строительства в переходный период применения Федерального закона «О государственном кадастре недвижимости» (отменившим, кстати, с 01.01.2012 г. Приказ Минэкономразвития России от 08.09.2006 г. № 268 «Об утверждении Правил ведения Единого государственного реестра объектов капитального строительства», содержащий

Перечень назначений объектов учета, применяемых при ведении единого государственного реестра объектов капитального строительства, и включавший в т.ч. выделение объектов производственного назначения – п. 2.2. Перечня).

Между тем, в законодательстве присутствует классификация объектов капитального строительства, предусматривающая выделение «объектов производственного назначения» в качестве обособленной группы - это пункт 2 Положения о составе разделов проектной документации и требованиях к их содержанию, утвержденное Постановлением Правительства Российской Федерации от 16.02.2008 г. № 87. Указанное положение, к сожалению, не дает определения производственному назначению (не устанавливает универсальных критериев). Вместе с тем, оно указывает, что данное деление объектов капитального строительства поставлено **в зависимость от функционального назначения** и характерных признаков объекта.

Именно функциональная характеристика и является ключом к окончательному ответу на этот вопрос.

Подробное исследование законодательства в вопросе о том, что такое «производственное назначение» произвел Федеральный арбитражный суд Центрального округа. Приведем выдержки из показательного Постановления ФАС Центрального округа от 09.11.2011 г. по Делу № А62-6257/2010, в части определения «производительности» объекта недвижимости (в деле таким объектом выступало здание автомойки – вполне коммерческий объект):

«Суд первой инстанции <...> пришел к выводу, что планируемый к строительству объект является производственным <...>.

Апелляционная инстанция посчитала **такой вывод** суда **незаконным**.

Кассационная инстанция считает, что <...> **апелляционная инстанция правомерно** исходила из следующего.

<...>

В соответствии с положениями ст. 209 Трудового кодекса РФ **под производственной деятельностью** понимается совокупность действий работников с применением средств труда, необходимых для **превращения ресурсов в готовую продукцию**, включающих в себя производство и переработку различных видов сырья, строительство, оказание различных видов услуг.

Согласно определению, приведенному в ст. 2 Федерального закона от 27.12.2002 N 184-ФЗ "О техническом регулировании", **продукция это результат деятельности, представленный в материально-вещественной форме** и предназначенный для дальнейшего использования в хозяйственных и иных целях.

"Общероссийский классификатор продукции. ОК 005-93", утвержденный постановлением Госстандарта РФ от 30.12.1993 N 301 не содержит наименований какой-либо продукции, которая может быть произведена в результате операций, производимых на автомойках.

Цикл операций, осуществляемых на автомойках, также **не предусматривает превращение ресурсов в какую-либо готовую продукцию**.

Из проектной документации <...>, здание не предназначено для проживания людей (исходя из указанного назначения его использования - осуществление услуг по мойке транспортных средств), **не предназначено для осуществления производственной деятельности**.

<...> планируемый к строительству объект имеет коммунально-бытовое назначение и не предназначен для производства какой-либо продукции <...>».

Обратим внимание, что суд не обращался к абз. 2 п.п. 23.1 п. 3 ст. 149 НК РФ, значение понятия «производственное назначение» он определил на основании общих норм законодательства, исходя из действительного функционального назначения объекта.

*Любопытным в этом смысле также является положение абзац 43 Инструкции по составлению статистической отчетности о деятельности совместного и иностранного предприятия (ФОРМА N 1-ВЭС), утвержденная Постановлением Госкомстата России от 30.12.1994 г. № 274, согласно которому к объектам производственного назначения относятся объекты, «которые после завершения их строительства будут функционировать в сфере **материального производства**. Отнесение объектов к данной сфере производится исходя из назначения в соответствии с Общероссийским классификатором видов экономической деятельности, продукции и услуг.». Вновь мы видим, что речь идет о материальном производстве, наличие которого определяется видом экономической деятельности, планируемой к осуществлению в объекте недвижимости.*

Чтобы окончательно подтвердить возможность использования Договора УДС при строительстве коммерческих объектов приведем целый ряд судебных решений (Высшего арбитражного суда РФ и Федеральных арбитражных судов различных округов), оценивавших законность договоров участия в долевом строительстве, предметом которых были коммерческие объекты недвижимости. Ни одно из этих решений не содержит указание на несоответствие таких договоров требованию п. 1 ст. 2 Закона 214-ФЗ.

Определение ВАС РФ от 16.10.2012 г. № ВАС-10690/12: «...застройщик взял на себя обязательство ... построить объект недвижимости - нежилое помещение..., расположенное на 5 этаже **здания делового назначения (офисы)**...».

Определение ВАС РФ от 03.06.2010 г. № ВАС-6732/10 «...выдано разрешение ... на ввод в эксплуатацию **комплекса административно-торговых зданий**, строительство которых являлось предметом договора о долевом участии в строительстве...».

Постановление ФАС Центрального округа от 21.08.2012 г. по делу № А08-27/2011: «...строительство **торгово-офисного здания**...».

Постановление ФАС Центрального округа от 23.08.2011 г. по делу № А14-11397/2010/354/3: «...строительство **гостиничного комплекса со встроенными и встроенно-пристроенными офисными и торговыми помещениями**...».

Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 05.03.2012 г. по делу № А79-15161/2009: «...застройщик привлекает участника долевого строительства к финансированию строительства в части нежилого помещения ... в четырехэтажном нежилом здании - **торгово-офисном центре**...».

Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 24.12.2009 г. № А19-3733/09: «...застройщик обязался построить **административное здание**...».

Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 24.04.2012 г. по делу № А70-7956/2009: «...объектом строительства признается **административно-офисное здание**...».

Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 01.04.2011 г. по делу № А46-5011/2009: «...заявлено требование ... по договору долевого участия в инвестировании строительства **офисного комплекса**...».

Постановление ФАС Северо-Западного округа от 09.03. 2011 г. по делу № А13-694/2010: «...заключили договор участия в долевом строительстве, объектом которого является нежилое помещение ... на четвертом этаже здания **офисно-торгового центра**...».

Постановление ФАС Уральского округа от 01.06.2012 г. № Ф09-3482/12 по делу № А76-13423/2011: «застройщик принял на себя обязанность создать **торговый комплекс с подземной автостоянкой**».

Постановление ФАС Уральского Округа от 11.05.2011 г. № Ф09-2456/11-С4: «...заключен договор долевого участия в строительстве **торгово-офисного здания**...».

Таким образом

Закон 214-ФЗ не только не исключает, а по сути прямо предусматривает регулирование и соответственно правовую возможность привлечения средств для долевого строительства объектов недвижимости, иных нежели многоквартирные дома, за исключением объектов производственного назначения, под которыми следует понимать объекты, функциональное назначение которых предполагает производственную деятельность, а именно деятельность по превращению ресурсов в готовую продукцию в материально-вещественной форме (т.е. именно материальное производство).

Наиболее значимый вывод применительно к теме ЗПИФ заключается в том, что ЗПИФ для любых инвесторов (состав пайщиков которого не ограничен) может быть использован как инвестиционная и безналоговая структура для финансирования строительства коммерческой недвижимости, в частности, такой как офисная, торговая, развлекательная, складская, гостиничная, выставочная.

Раздел 3. **Как заключая договор по 214-ФЗ, не заключить его по 39-ФЗ? Как случайно не нарушить инвестиционную декларацию ЗПИФ для любых инвесторов?**

Отдельного внимания заслуживает п. 3 ст. 3 Закона 214-ФЗ, первое предложение которого также нередко рассматривается как норма, запрещающая использование Договора УДС для строительства коммерческих объектов. Впрочем, это не так. Попробуем выяснить, в чем смысл этого положения и какие важные последствия она предусматривает.

О чем говорит п. 3 ст. 3 Закона 214-ФЗ?

Рассмотрим подробнее положения п. 3 ст. 3 Закона 214-ФЗ, то есть в максимальном приближении.

«3. Действие настоящего Федерального закона не распространяется на отношения юридических лиц и (или) индивидуальных предпринимателей, связанные с инвестиционной деятельностью по строительству (созданию) объектов недвижимости (в том числе многоквартирных домов) и не основанные на договоре участия в долевом строительстве. Указанные отношения регулируются Гражданским кодексом Российской Федерации и законодательством Российской Федерации об инвестиционной деятельности.»

Буквальное прочтение позволяет установить, что **если действует совокупность двух условий:** (1) отношения связаны с инвестиционной деятельностью по строительству / созданию объектов недвижимости и (2) такие отношения не основаны на Договоре УДС, **то** эти отношения не регулируются Законом 214-ФЗ. Вот и все, норма устанавливает только то, что если для строительства не выбрана форма Договора УДС, то отношения регулируются Гражданским кодексом РФ и Законом 39-ФЗ с учетом Постановления Пленума ВАС РФ от 11.07.2011 г. № 54.

Запрет использования Договора УДС для инвестиций в строительство объектов недвижимости, не являющихся многоквартирными домами, **не является целью указанного правила.** Коль скоро стороны для осуществления инвестиционной деятельностью по строительству избрали Договор УДС, то Закон 214-ФЗ будет применяться.

Главное, чтобы стороны заключили договор, который может быть квалифицирован именно как Договор УДС. И ключевой вопрос – как это правильно сделать?

Когда договор о финансировании строительства – это Договор УДС?

Конкретный договор считается заключенным, если между его сторонами, в требуемой форме, достигнуто соглашение по всем существенным условиям такого

договора (абз. 1 п. 1 ст. 432 Гражданского кодекса РФ). Существенными условиями договора (абз. 2 п. 1 ст. 432 Гражданского кодекса РФ) являются: (1) условия **о предмете договора**, (2) **условия, которые названы в законе или иных правовых актах** как существенные или необходимые для договоров данного вида, (3) условия, относительно которых **по заявлению одной из сторон** должно быть достигнуто соглашение.

Существенные условия собственно Договора УДС установлены ст. 4 Закона 214-ФЗ. Такие условия как •срок передачи объекта долевого строительства дольщику; •цена договора, сроки и порядок ее уплаты; •гарантийный срок на объект долевого строительства, обычно не являются проблемными.

Другое дело – собственно предмет Договора УДС, который является весьма специфическим, и нередко становится причиной квалификации заключенного договора в качестве «нерегулируемого Законом 214-ФЗ» как раз на основании п. 3 ст. 3 этого закона.

Рассмотрим предмет Договора УДС подробнее.

Предмет Договора УДС. Как правильно сформулировать?

Согласно п. 1 ст. 4 Закона 214-ФЗ Застройщик обязуется (1) в предусмотренный договором срок своими силами и (или) с привлечением других лиц **построить (создать)** многоквартирный дом и (или) иной **объект недвижимости** и (2) после получения разрешения на ввод в эксплуатацию этих объектов **передать** соответствующий **объект долевого строительства** участнику долевого строительства.

Участник долевого строительства) обязуется (1) уплатить обусловленную договором цену и (2) **принять объект долевого строительства** при наличии разрешения на ввод в эксплуатацию многоквартирного дома и (или) иного объекта недвижимости.

Принципиальным является именно то, что строится **объект недвижимости**, а дольщику передается **объект долевого строительства**, то есть понятия «объект недвижимости» и «объект долевого строительства» имеют разное содержание:

- **объект недвижимости** – это многоквартирный дом или иной недвижимый **объект целиком**, для строительства которого привлекаются средства на основании Договоров УДС;
- **объект долевого строительства** – это конкретные **помещения** (как жилые, так и нежилые), а также общее имущество в объекте недвижимости, подлежащие передаче дольщику (п. 2 ст. 2 и пп. 1 п. 4 ст. 4 Закона 214-ФЗ).

Соответственно, предмет Договора УДС включает описание **как** строящегося объекта недвижимости, **так и** конкретного объекта долевого строительства, подлежащего передаче конкретному участнику долевого строительства.

Только в этом случае, отношения сторон будут предполагать участие в **долевом строительстве**. Если в качестве предмета договора, предусматривается строительство и передача целиком объекта недвижимости, такой договор не может быть признан Договором УДС на основании того самого п. 3 ст. 3 Закона 214-ФЗ.

Этот вывод напрямую подтверждается судебной практикой, наиболее показательно в этом смысле Решение Арбитражного суда Республики Татарстан от 20.11.2008 г. по Делу № А65-19578/2008-СГЗ-13, которое сдержит следующую правовую позицию:

*«...договор долевого участия возникает в случае, когда гражданин или юридическое лицо **вносят денежные средства для строительства помещений** жилого или нежилого назначения **и общего имущества** в многоквартирных жилых домах, и (или) ином объекте недвижимости, **входящем в состав указанного многоквартирного дома, и (или) ином объекте недвижимости, строящемся (создаваемом)** также с привлечением денежных средств указанных участников долевого строительства, у которых возникает именно долевое участие в строительстве объекта.*

*В случае же строительства не отдельных помещений как объектов гражданских прав в одном объекте, а **объекта целиком** (здание, сооружение) или объектов производственного назначения **следует применять инвестиционное законодательство**, а именно Федеральный закон от 25.02.1999 № 39-ФЗ «Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений» (далее - Закон № 39-ФЗ), с применением норм Гражданского кодекса РФ. В указанных случаях заключается инвестиционный договор (ч. 3 ст. 1 и п. 1 ст. 2 Закона № 214-ФЗ).*

*Если **объект целиком оформляется в собственность одного лица**, то Закон № 214-ФЗ также не применяется и **следует руководствоваться инвестиционным законодательством**».*

Вместе с тем судебная практика также свидетельствует, что наличие только одного участника долевого строительства, при соблюдении условия о передаче ему конкретных помещений в строящемся объекте недвижимого имущества (части объекта), не свидетельствует о том, что отношения не являются участием в долевом строительстве. Такие выводы можно сделать из Решения Арбитражного суда Тульской области от 01.04.2009 г. по Делу № А68-9605/08-296/10 (оставлено в силе апелляционной, кассационной и надзорной инстанциями), по обстоятельствам которого дольщик полностью финансировал строительство объекта недвижимости, при этом в итоге получал лишь часть объекта в виде конкретных помещений:

«<...>между застройщиком и дольщиком заключен договор участия в долевом строительстве <...>, согласно которому застройщик обязался <...> построить административно-торговый комплекс <...>, передав дольщику определенную часть конкретных помещений объекта, а дольщик - оплатить обусловленную договором цену в размере 100% стоимости объекта и принять часть конкретных помещений, составляющую 82% от общей площади данного объекта <...>.

<...> застройщик получает право на оформление в собственность 18% общей площади объекта.»

Таким образом

Заклячая Договор УДС для целей строительства, в т.ч. коммерческих объектов, следует учитывать не только то, что объект не должен иметь назначением материальное производство, но то, что договор должен оформлять именно долевое участие в строительстве – т.е. обязательства застройщика включают (а) строительство в целом объекта, и (б) передачу дольщику только части этого объекта в виде конкретных помещений.

Соответственно финансирование строительства коммерческой недвижимости за счет средств ЗПИФ недвижимости предполагает получение по итогам строительства в состав фонда определенного Договором УДС перечня нежилых помещений и приходящуюся на их размер долю в общем имуществе в таком коммерческом объекте.

Хотите регулярно получать нашу аналитику?



ДАЙДЖЕСТ О ЗПИФ

Подпишитесь на дайджест о ЗПИФ

<http://zpif.imac.ru/signup/>

Дайджест ЗПИФ – ежемесячный материал, подготовленный экспертами IMAC®, который содержит:

- обзор актуальных тем и проблемных вопросов ЗПИФ;
- анализ и прогнозы тенденций рынка ЗПИФ;
- описание новых отраслевых решений на основе ЗПИФ;

Ближайшие выпуски



#май

Внутрикорпоративные кредиты и тонкая капитализация.
Новый сегмент для кредитных ЗПИФ.



#июнь

Спекулятивные операции и товарные поставки в "обложке".
ЗПИФ долгосрочных прямых инвестиций.

Подписаться Вы можете по адресу:

<http://zpif.imac.ru/signup/>