

# Додаткові обов'язкові відрахування забудовників

Передача місцевим радам частини збудованої нерухомості, надання додаткових послуг та здійснення будівництва додаткових об'єктів

**Анна СІСЦЬКА**  
Адвокат ЮФ «Василь Кісіль  
і Партнери»

Необхідність подолання негативних наслідків кризи та стабілізації ситуації у будівельній галузі, що виявилась однією з найбільш постраждалих, змусила законодавця спростити дозвільні процедури у будівництві, відкрити нові можливості залучення коштів у будівельні проекти, а також зменшити адміністративний тиск та фінансове навантаження на забудовників. І хоча більшість законодавчих нововведень не вистачає системності, ґрунтовності та практичної зреалізованості, деякі з них мають усі шанси бути імplementованими без особливих правозастосовних проблем. Мова йде насамперед про ті законодавчі положення, які обмежують повноваження владних органів щодо обов'язкових відрахувань замовника будівництва.

## ОБМЕЖЕННЯ ТА ЙОГО МЕТА

На фоні зниження граничного розміру пайового внеску замовника будівництва на розвиток інженерно-транспортної та соціальної інфраструктури населених пунктів, законодавство закріплює за пайовим внеском статус єдиного можливого способу участі забудовника у розвитку інфраструктури міста та у «зміцненні матеріально-технічної бази» органів місцевого самоврядування.

Так, ч. 8 ст. 271 Закону України «Про планування та забудову територій» № 1699-III від 20 квітня 2000 р., з урахуванням змін, внесених Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо сприяння будівництву» № 509-VI від 16 вересня 2008 р. та Законом України «Про запобігання впливу світової фінансової кризи на розвиток будівельної галузі та житлового будівництва» № 800-VI від 25 грудня 2008 р., встановлює, що органам місцевого самоврядування забороняється вимагати від забудовників надання будь-яких послуг, у тому числі здійснення будівництва об'єктів та передачі матеріальних або нематеріальних активів (зокрема, житлових та нежитлових приміщень, у тому числі шляхом їх викупу), крім пайового внеску.

Очевидно, що вказане законодавче обмеження має на меті не тільки створення сприятливого режиму інвестування в будівництво нових об'єктів, але, також забезпечення можливості завершити будівництво розпочатих проектів. Завдання ж такого законодавчого обмеження цілком зрозуміле: знизити фінансове навантаження на забудовника, звільнивши його від необхідності виконувати наві'язані зобов'язання перед органами місцевого самоврядування щодо обов'язкових відрахувань, знизити за рахунок таких заходів вартість збудованих об'єктів, та збільшити таким чином платоспроможний попит на нерухомість.

Таке обмеження повноважень органів місцевого самоврядування отримало беззаперечне схвалення представників будівельного бізнесу, оскільки фактично мова йде про звільнення забудовників від таких обтяжливих зобов'язань, як здійснення додаткового будівництва об'єктів, наприклад, соціальної інфраструктури (шкіл, лікарень, дитячих садочків, спортивно-оздоровчих закладів, тощо), надання послуг щодо розроблення проектно-кошторисної документації на їх будівництво, здійснення передачі житлових (нежитлових) приміщень



Запропонована законодавцем концепція зменшення адміністративного тиску на забудовника потребує подальшого удосконалення

у збудованих об'єктах, та інших зобов'язань, передбачених у окремих договорах та рішеннях органів місцевого самоврядування, які замовник змушений був виконувати задля практичної можливості реалізації свого будівельного проекту.

## СУТЬ ОБМЕЖЕННЯ

З практичної точки зору, заборона має загальний характер та розповсюджується на будь-які види та форми відносин, що виникають між забудовниками та органами місцевого самоврядування з приводу реалізації будівельних проектів.

Так, вказане законодавче положення повинно розумітися як таке, що забороняє органам місцевого самоврядування встановлювати у відповідних рішеннях органів місцевого самоврядування щодо передачі забудовнику земельної ділянки зобов'язання забудовника щодо надання послуг, будівництва об'єктів та передачі відповідної частини збудованих приміщень тощо, або ж будь-яким чином обумовлювати прийняття такого рішення необхідністю вчинення забудовником таких дій. Очевидно, що вказана заборона повинна стосуватись і включення таких зобов'язань у містобудівні обмеження та умови забудови земельної ділянки, що підтверджується і ст. 5 Закону України «Про архітектурну діяльність» № 687-XIV у редакції Закону України № 509-VI від 16 вересня 2008 р. З огляду на широке формулювання законодавчої заборони, такі зобов'язання, безсумнівно, не можуть бути покладені на забудовника і договором оренди земельної ділянки, що укладається з органами місцевого самоврядування щодо земель комунальної власності. Недопустимою є також вимога органів місцевого самоврядування щодо надання будь-якої послуги чи передачі збудованих приміщень і на стадії погодження акту готовності об'єкта до експлуатації відповідно до Порядку прийняття в експлуатацію закінчених будівництвом об'єктів, затвер-

дженого Постановою Кабінету міністрів України № 923 від 8 жовтня 2008 р. Вказане законодавче обмеження, на наш погляд, стосується і заборони затримувати оформлення місцевими радами права власності на збудований об'єкт будь-якими вимогами такого характеру. Тобто, встановлена законодавча заборона має безумовний та абсолютний характер.

## ІСТОРІЯ ПИТАННЯ

Спроби послабити тиск органів місцевого самоврядування були здійснені Кабінетом міністрів України. Так, Постановою № 772 «Про заходи щодо здешевлення вартості будівництва житла» від 27 серпня 2008 р. встановлювався граничний обсяг житла, що може передаватися забудовниками органам місцевого самоврядування, на рівні 2 % загальної площі квартир. До того ж поставка житла мала бути здійснена лише за умови оплати органами місцевого самоврядування його опосередкованої вартості відповідно до затвердженого Міністерством регіонального розвитку та будівництва порядку, який так і не був розроблений. Такі нововведення органи місцевого самоврядування зустріли скептично, практично відмовившись від їх виконання. Аргументом такої відмови було послання на перевищення Кабінетом міністрів України своїх повноважень, оскільки ні Конституцією, ні будь-яким іншим законом він не наділений компетенцією щодо визначення обсягу повноважень органів місцевого самоврядування. При цьому, і Основний закон, і Закон України «Про місцеве самоврядування» № 280/97 визначає, що правовий статус та повноваження органів місцевого самоврядування визначаються виключно Конституцією і законами України. Така реакція місцевих рад на той момент була повною мірою прогнозованою, враховуючи, що, наприклад, у бюджеті міста Києва на 2008 рік розмір відрахувань забудовників встановлювався на рівні 7

% загальної площі квартир у збудованих житлових будинках та 20 % - у будинках, збудованих у центральній частині міста.

Прийняття Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо сприяння будівництву» № 509-VI від 16 вересня 2008 р. покляло край розбіжностям з цього питання. Як було зазначено, вказаний закон доповнив Закон України «Про планування та забудову територій» № 1699-III статтею 271, в якій була включена заборона для органів місцевого самоврядування вимагати від забудовників передачі матеріальних та нематеріальних активів, надання послуг чи здійснення будівництва. Пізніше Законом України «Про запобігання впливу світової фінансової кризи на розвиток будівельної галузі та житлового будівництва» № 800-VI від 25 грудня 2008 р. було внесено уточнення щодо заборони передачі житлових або нежитлових приміщень, у тому числі шляхом їх викупу, з метою усунення неоднозначних тлумачень заборони передачі «матеріальних активів».

У цьому контексті важливо звернути увагу на той факт, що Постановою Кабінету міністрів України № 722 від 27 серпня 2008 р. щодо здешевлення вартості житла встановлювалось правило, згідно з яким дня встановленого обмеження граничного обсягу відрахувань живої площі поширювалась і на зобов'язання забудовників, які виникли до набрання чинності вказаною постановою, але строк передачі житла місцевим радам поки не настав. Це положення втратило чинність разом з пунктом 1, який було скасовано Постановою Уряду № 415 від 28 квітня 2009 р. з метою приведення актів Кабінету міністрів України у відповідність з положеннями вказаних вище законів. На сьогодні, ні вказана постанова, ні Закон України «Про планування та забудову територій» № 1699-III з урахуванням всіх змін та доповнень не містять чіткої вка-

зівки на те, що встановлена для органів місцевого самоврядування заборона діє і щодо тих зобов'язань забудовника, строк виконання яких на момент набрання нею чинності не настав. Відсутність такої прямої вказівки суттєво ускладнила ситуацію для тих забудовників, які розпочали будівництво з зобов'язаннями додаткових відрахувань і наразі знаходяться на стадії його завершення, про що мова піде далі.

## СУБ'ЄКТИ, ЩОДО ЯКИХ ДІЮТЬ ОБМЕЖЕННЯ

Формулювання ч. 8 ст. 271 Закону України «Про планування та забудову територій» № 1699-III дає підстави вважати, що встановлена заборона вимагає від забудовників надання додаткових послуг, будівництва об'єктів та передачі активів розповсюджує свою дію виключно на органи місцевого самоврядування, тобто на сільські, селищні, міські, районні та обласні, а також районні у містах ради. При цьому, органи державної виконавчої влади формально законом не обмежені щодо встановлення для забудовників аналогічних зобов'язань, зокрема, в звичай наві'язаному забудовнику договорі про співпрацю, пайову участь у розвитку та зміцненні матеріально-технічного забезпечення відповідної служби тощо. І хоча законодавець вносить зміни в окремі закони щодо виключення положення про обов'язкові відрахування на користь державних органів, такі зміни радше ускладнюють ситуацію з отриманням відрахувань від забудовників, аніж роблять її неможливою.

У якості наглядного прикладу, можна згадати про постанове внесення змін до Закону України «Про пожежну безпеку» № 3745-XII. Так, Законом України «Про запобігання впливу світової фінансової кризи на розвиток будівельної галузі та житлового будівництва» № 800-VI від 25 грудня 2008 р. було вилучено з ч. 2 ст. 27 положення про «3 % коштів, що виділяються на нове будівництво», у якості джерел фінансування та матеріально-технічного забезпечення місцевих пожежних команд. При цьому, вказані зміни кардинально не змінили ситуації, оскільки, ст. 24, на яку звичайно і посилались органи державної пожежної безпеки, продовжувала містити посилання на пожертвувальну юридичних осіб і громадян у якості фінансового та матеріально-технічного забезпечення державної пожежної охорони. Таке формулювання дозволяло органам пожежної охорони отримувати відповідні відрахування від забудовників у якості пожертвувань. Наразі Законом України «Про внесення змін до деяких законів України щодо спрощення умов ведення бізнесу в Україні 1759-VI від 15 грудня 2009 р. вказане положення замінено на більш загальне щодо можливості фінансування за рахунок інших джерел, не заборонених законодавством, що також не вирішує питання з додатковими відрахуваннями забудовників однозначного.

Встановлення прямої заборони, аналогічного характеру на рівні закону, і щодо можливих вимог органів виконавчої влади є актуальним і досі. Така актуальність зумовлена можливістю впливу на забудовника відповідних органів державної влади на етапі надання технічних умов та на етапі погодження проектно-документації. До того ж, викладення Порядку прийняття у експлуатацію завершених будівництвом об'єктів, затвердженого Постановою Кабінету міністрів України

№ 923 у новій редакції, зробило можливи посилення такого впливу і на цьому етапі. Зумовлене це, в першу чергу, необхідністю погоджувати акт готовності об'єкта до експлуатації з органами пожежної безпеки, органами санітарно-епідеміологічного контролю, профспілками, а також органами, до повноважень яких згідно із законом належить участь у прийнятті завершених будівничим об'єктів в експлуатацію.

Такий крок є необхідним для реалізації комплексного підходу у послабленні адміністративного та фінансового тиску на забудовників.

#### ДОДАТКОВІ І ОБОВ'ЯЗКОВІ ПЛАТЕЖІ

Відповідно до вказаного вище положення ч. 8 ст. 271 Закону України «Про планування та забудову територій» № 1699-III заборона розповсюджується на вимогу надання додаткових послуг, будівництва об'єктів та передачі матеріальних та нематеріальних активів. Вказівка на матеріальні активи, а не на речі або ж на майно, викликала неоднозначне розуміння щодо можливості органів місцевого самоврядування зобов'язувати забудовників здійснювати грошові відрахування до цільових фондів, таких, скажімо, як фонд на розвиток будівництва.

Відповідно до чинного на сьогодні п. 3 Постанови Кабінету міністрів України № 722 від 27 серпня 2008 р. щодо здешилення вартості будівництва житла, забороняється встановлювати будь-які додаткові обов'язкові платежі (відрахування), які не передбачені законодавством з питань оподаткування, під час будівництва об'єктів. Проте, повертаючись до питання про обсяг компетенції Кабінету міністрів України щодо визначення повноважень органів місцевого самоврядування, як висвітлювалось вище, а також звертаючись до спрямованості вказаної постанови на питання житлового будівництва, поширення дії п. 3 цієї Постанови на забудовників комерційної (нежитлової) нерухомості є вкрай неоднозначним питанням. Попри те, Міністерство регіонального розвитку та будівництва у своєму роз'ясненні - Листі № 1-2/12-541 від 21 травня 2009 р., звертає увагу на необхідність дотримання вимог зазначеної постанови незалежно від функціонального призначення об'єктів будівництва.

Попри неоднозначний правовий характер заборони отримання і додаткових грошових відрахувань, варто відзначити, що здебільшого органи місцевого самоврядування дотримуються вказаної вимоги. Так, зокрема, порівняно з бюджетом на 2008 рік та попередні роки, у бюджеті міста Києва на 2009 рік, що затверджений Рішенням Київської міської ради № 124/11/79 від 6 березня 2009 р. виключено положення щодо зобов'язання забудовника сплатити 5 % витрат на будівництво до спеціального фонду міського бюджету на розвиток будівництва, як обов'язкової умови надання земельної ділянки у користування під забудову. Така позиція місцевої ради додатково зумовлена і політичними факторами.

Очевидно, що для належної реалізації такої політики органи місцевого самоврядування повинні, що міститься у Постанові Кабінету міністрів України щодо заборони встановлення будь-яких додаткових обов'язкових грошових відрахувань, необхідно допрацювати та доповнити ним Закон України «Про планування та забудову територій» № 1699-III.

#### ДІЯ ЗАБОРОНИ У ЧАСІ

Не викликає сумніву, що вказана заборона вимагає від забудовників надання будь-яких послуг, здійснення будівництва об'єктів та передачі матеріальних або нематеріальних активів, має враховуватись органами місцевого самоврядування, зокрема, при прийнятті рішень щодо відведення земельних ділянок, погодженні містобудівних умов та обмежень забудови земельних ділянок, при укладанні з забудовниками договору оренди землі під забудову після набуття чинності відповідних змін, внесених у Закон України «Про планування та забудову територій» № 1699-III.

У той же час, на сьогодні існує невизначеність щодо тих зобов'язань забудовника по передачі частини збудованих приміщень, зокрема, які включені у відповідні рішення місцевих рад щодо передачі земельних ділянок у оренду та у договори оренди земельних ділянок, строк виконання яких не настав на момент набрання чинності досліджуваними законодавчими змінами. Абсолютно доцільно було б розповсюдити дію заборони у повному обсязі і на такі, дійсні, зобов'язання забудовників, строк виконання яких має настати після набрання чинності Закону України «Про планування та забудову територій» № 1699-III у редакції від 25 грудня 2008 р. Така позиція видається обгрунтованою, адже мета нововведень не тільки стимулювати нове будівництво, а й надати можливість завершити розпочаті проекти, зменшивши таким чином кількість недобудов. До того ж, нерухомість, на момент будівництва якої було запроваджено вказане обмеження, має бути конкурентоспроможною у порівнянні з об'єктами, замовники будівництва яких звільнені від таких додаткових зобов'язань.

Відсутність прямої законодавчої вказівки на розповсюдження такої заборони на існуючі зобов'язання, включені в укладені до набрання чинності вказаної законодавчої заборони договори оренди землі, зумовили небажання органів місцевого самоврядування відмовлятися від вимог виконання забудовником зобов'язань, зокрема, і щодо передачі частини збудованих приміщень.

Позиція органів місцевого самоврядування ґрунтується переважно на нормах ст. 629 та 651 Цивільного кодексу України №435-IV від 16 січня 2003 р., відповідно до яких укладений договір є обов'язковим для сторін, а будь-які зміни до нього можливі лише за взаємною згодою сторін, або ж на умовах і порядку, визначених самим договором, або законодавством. А оскільки договори, що містять додаткові зобов'язання забудовника, укладені у відповідності до чинного на той момент законодавства, не визнані судом недійсними чи неукладеними, то такі договори підлягають виконанню, в тому числі у частині передачі забудовником приміщень. До того ж ст. 5 Цивільного кодексу України встановлює правило, згідно з яким акти цивільного законодавства регулюють відносини, що виникли з дня набрання ним чинності.

Враховуючи викладену позицію, деякі місцеві ради, до яких належить і Київська міська рада, зокрема, до бюджетів на 2009 рік, хоч і не встановили вимоги щодо включення зобов'язань забудовників з передачі майна до відповідних рішень та договорів оренди, все ж уповноважують відповідні управління на розпорядження отриманими від забудовника приміщеннями «у рахунок встановлених відрахувань площі». Таким чином, фактично, місцеві ради розраховують на отримання відповідної частини приміщень унаслідок виконання забудовниками зобов'язань, що виникли на підставі договорів оренди, укладених до набрання чинності законодавчим обмеженням.

Така аргументація могла б бути доречною щодо регулювання «чистих» цивільних правовідносин. Відносини ж органу місцевого самоврядування з забудовником щодо надання права забудови та визначення умов оренди земельної ділянки комунальної власності за своєю правовою суттю мають змішаний характер, що включає наявність публічного (адміністративного) елементу. Відповідно ж до ст. 19 Конституції України та ст. 24 Закону України «Про місцеве самоврядування» № 280/97 від 21 травня 1997 р., органи місцевого самоврядування та їх посадові особи діють виключно на підставі, у межах повноважень та у спосіб, передбачені Конституцією і законами України. Будь-яке теперішнє вимога органів місцевого самоврядування щодо передачі приміщень суперечить ч. 8 ст. 271 Закону України «Про планування та забудову територій» № 1699-III, а тому є незаконною.

З огляду на зазначене, з практичної точки зору, у випадку недосягнення забудовником та місцевою радою згоди щодо внесення змін до договору оренди земельної ділянки та виключення такою місцевою радою відповідного зобов'язання забудовника щодо передачі приміщень у збудованому будинку з рішення такої місцевої ради щодо передачі земельної ділянки під забудову, забудовник має право звернутися до суду. Позитивні перспективи такого судового розгляду для забудовника наразі вже підтверджуються практикою: так, господарські суди почали виносити рішення щодо визнання незаконним відповідних пунктів рішень місцевих рад та недійсними відповідних положень договору оренди.

Враховуючи таку ситуацію, доцільно доповнити ст. 271 Закону України «Про планування та забудову територій» № 1699-III положенням про те, що для встановленої заборони поширюється і на зобов'язання забудовників щодо додаткових відрахувань, за якими строк виконання на момент набрання чинності законодавчою заборonoю не настав. Додатково, необхідно також визначити, що сторони договорів, які містять зобов'язання забудовника щодо будь-яких додаткових відрахувань, повинні керуватись виключно чинним законодавством та не мають необхідності вносити зміни до таких договорів. У такому випадку, будь-яка вимога органів місцевого самоврядування щодо виконання договорів у цій частині буде незаконною.

У цьому контексті варто відзначити, що без таких змін навряд чи можна говорити про комплексність підходу у послабленні тиску на забудовників та стабілізації ситуації у будівництві протягом найближчих років.

Загалом, встановлена законодавством заборона вимагає від забудовників надання додаткових послуг, здійснення додаткового будівництва об'єктів та передачі матеріальних та нематеріальних активів, є, безсумнівно, позитивною. Проте, запропонована законодавцем концепція зменшення адміністративного тиску на забудовника потребує подальшого удосконалення.

## КОЛОНКА ЕКСПЕРТА

### Операції з комерційною нерухомістю з використанням фінансових інструментів – тренд 2010



Наталія ДОЦЕНКО-БЛЮС, Старший юрист ЮФ «Василь Кісіль і Партнери»

**Н**ові економічні умови змусили операторів комерційної нерухомості шукати резерви для зменшення розміру арендних платежів. У якості одного з доступних таких резервів розглядається варіант податкового планування і реструктуризації арендних відносин.

Останнім часом оператори перестають орієнтуватися на непрозорі схеми податкового планування прибутків від арендних платежів з використанням фізичних осіб – суб'єктів підприємництва, які є платниками єдиного податку, з використанням роляти, договорів управління нерухомим майном. На сьогодні стають актуальними:

- використання опціонів на поставку арендних послуг, які дозволяють не лише задовольнити відкладене питання, але й забезпечити прозорі умови податкового планування прибутків від арендних платежів;
- використання фондів операцій з нерухомістю;
- використання венчурних паївових інвестиційних фондів, активи яких на 100 % складають об'єкти нерухомості згідно із Законом № 693 від 18 грудня 2009 року.

Із запропонованих варіантів найбільш ефективним у контексті зменшення податкового тягара є варіант використання опціонів на арендні послуги через венчурні фонди.

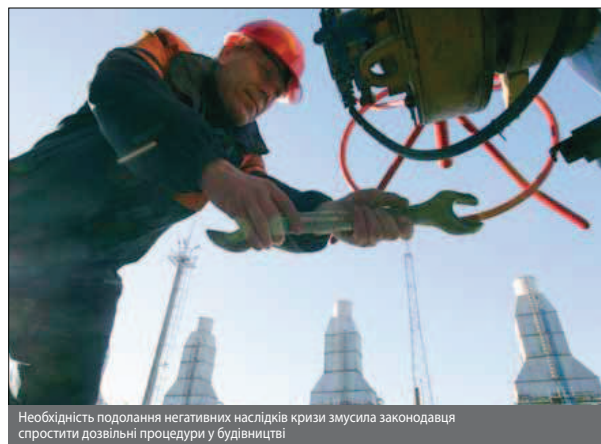
Опціони на арендні послуги стали достатньо актуальним інструментом у 2009-2010 роках і в контексті дії обмеження на рентабельність при аренді торгової нерухомості. Оскільки з 5 березня 2009 року Кабінетом Міністрів України були обмежені нормативи рентабельності за надання в оренду торгових приміщень (площ) на ринках з продажу продовольчих і непродовольчих товарів – до 20% (Постанова № 278). При цьому, органам місцевого самоврядування надано право на конкретизацію розміру рентабельності, не виходячи за межі 20 % відповідно до Порядку розрахунку цін на послуги і аренду торгових приміщень (площ) та їх обслуговування на ринках з продажу продовольчих та непродовольчих товарів, затвердженого спільним Наказом Міністерства економіки України і Державного комітету України з питань регуляторної політики і підприємництва від 30 червня 2009 року № 638/109.

Таким чином, опціони на поставку арендних послуг виявилися додатковим резервом для відшкодування недоотриманої рентабельності від оренди торгових приміщень.

Опціон – це стандартний документ, який засвідчує право придбати (продати) цінні папери (товари, грошові засоби) на певних умовах у майбутньому за фіксованою ціною на момент закінчення такого опціону чи на момент придбання його за рішенням сторін контракту (п. 1.5.3 ст. 1 Закону України «Про опаткування прибутку підприємств»). Опціони на поставку орендних послуг є похідними цінними паперами, придбання яких дозволяє здійснити поставку орендної послуги за ціною, визначеною на дату придбання опціону. Проблема обмеженої рентабельності вирішується при використанні опціонів на поставку орендних послуг завдяки двостій правовій природі похідних цінних паперів: наявність вартості опціонів як цінних паперів (премія) і наявність вартості послуги (базовий актив). Таким чином, надаючи орендну послугу з мінімальною рентабельністю, орендодавець при використанні опціонів отримує можливість відшкодувати недоотриманий прибуток за рахунок засобів, отриманих у якості премії від розміщення опціонів.

У випадку використання опціонних контрактів у відносинах з орендарями, орендодавцям вдається досягнути наступного ефекту:

- уникнути виникнення податкових обов'язків по ПДВ на суму премії;
- за правильного структурування схеми, яке може включати участь нерезидента або венчурного фонду, в інтересах якого діє компанія з управління активами, уникнути виникнення валового прибутку на суму премії, прірвняної до суми перебачуваного прибутку від проекту;
- віднести суму сплаченої премії до складу валових витрат покупця (за відсутності наступних перепродажів опціону).



Необхідність подолання негативних наслідків кризи змусила законодавця спростити дозвільні процедури у будівництві