

**Смык Оксана Алексеевна**  
**Адвокат. Кандидат юридических наук.**  
[www.advocate-smyk.ru](http://www.advocate-smyk.ru)

**Публикация: «Право и экономика», 2006, N 12**

## **ПРИМЕНЕНИЕ ЗАКОНА ОБ УЧАСТИИ В ДОЛЕВОМ СТРОИТЕЛЬСТВЕ И ЖИЛИЩНОГО КОДЕКСА РФ**

Начало весны 2005 г. в нашей стране ознаменовалось вступлением в силу сразу двух нормативных правовых актов: Жилищного кодекса РФ (принят 22 декабря 2004 г.) и Федерального закона N 214-ФЗ "Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты РФ" (принят 30 декабря 2004 г.). Последний нормативный акт посвящен регулированию взаимоотношений между застройщиком и участником долевого строительства (физическим или юридическим лицом) по поводу привлечения денежных средств для долевого строительства многоквартирных домов и (или) иных объектов недвижимости на основании договора участия в долевом строительстве 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. Новый Жилищный кодекс РФ не касается вопросов, затронутых в названном Федеральном законе (далее - Закон от 30 декабря 2004 г. N 214-ФЗ), отдельные его положения свидетельствуют о неразрывном единстве данных нормативных актов.

Закон от 30 декабря 2004 г. N 214-ФЗ - это закон, который давно ждали, который должен был решить существовавшие ранее проблемы во взаимоотношениях между застройщиком, привлекающим денежные средства для строительства многоэтажных жилых домов, и участником долевого строительства, как правило гражданином. По нашему мнению, при принятии этого Закона законодателем ставилась основная цель - максимально защитить права и интересы дольщиков от "нерадивых" застройщиков. За последние десять лет во всех регионах нашей страны массовый характер приобрел обман застройщиками граждан, желающих приобрести относительно недорогое жилье в новом доме с улучшенной планировкой, что выражалось в продаже одной квартиры двум и более гражданам, в затягивании срока сдачи жилья в эксплуатацию, в продаже квартир в несуществующих домах и т.д. Поэтому если мы посмотрим на Закон от 30 декабря 2004 г. N 214-ФЗ в его первой редакции, то увидим, что 90% его норм призваны обеспечить права и законные интересы участников долевого строительства. В особенности это проявляется в ст. 9, ч. 1 которой предусматривает открытый перечень случаев, когда участник долевого строительства вправе в одностороннем порядке отказаться от исполнения договора. Вместе с тем в Законе от 30 декабря 2004 г. N 214-ФЗ в первоначальной его редакции не было ни одной нормы, которая предоставляла бы застройщику право отказаться от исполнения договора.

Таким образом, в Законе от 30 декабря 2004 г. N 214-ФЗ выражено явное несоблюдение принципа баланса интересов сторон. Данный баланс перевешен в сторону дольщика, в связи с чем возникает резонный вопрос: кто же защитит застройщика? Как нам представляется, никто, кроме него самого. Ответной реакцией на данную ситуацию стало прежде всего резкое увеличение стоимости одного квадратного метра жилья. Причина проста: прежде чем заключить договор об участии в долевом строительстве с первым дольщиком, застройщик должен получить в установленном порядке разрешение на строительство, опубликовать, разместить проектную декларацию и зарегистрировать право

собственности на земельный участок, предоставленный для строительства (создания) многоквартирного дома, или договора аренды такого земельного участка.

Федеральным законом от 18 июля 2006 г. N 111-ФЗ "О внесении изменений в Федеральный закон "Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты РФ" и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации" (далее - Закон от 18 июля 2006 г. N 111-ФЗ) было немного сглажено нарушение принципа соблюдения баланса интересов сторон. В частности, это выразилось в предоставлении и застройщику права в одностороннем порядке отказаться от исполнения договора. Так, раньше согласно ч. 6 ст. 5 Закона от 30 декабря 2004 г. N 214 если в соответствии с договором уплата цены должна была производиться участником долевого строительства путем единовременного внесения платежа, при просрочке внесения платежа в течение более чем 3 месяцев ЗАСТРОЙЩИК МОГ ПРЕДЪЯВИТЬ ТРЕБОВАНИЯ О РАСТОРЖЕНИИ ДОГОВОРА В СУДЕБНОМ ПОРЯДКЕ (выделено мной. - О.С.). Такое же требование застройщик мог предъявить и к дольщику, систематически нарушающему сроки внесения платежа более чем 3 раза в течение 12 месяцев или просрочившему платеж в течение более чем на 3 месяца, в случае если в соответствии с договором уплата цены должна была производиться путем внесения платежей в предусмотренный договором период. При этом участник долевого строительства за нарушение установленного договором срока внесения платежа должен был уплатить застройщику неустойку (пени) в размере 1/150 ставки рефинансирования Центрального банка Российской Федерации, действующей на день исполнения обязательства, от суммы просроченного платежа за каждый день просрочки. Теперь в соответствии с ч. 4 и 5 ст. 5 Закона от 30 декабря 2004 г. N 214 (в ред. Закона от 18 июля 2006 г. N 111-ФЗ) застройщик при нарушении дольщиком сроков внесения платежа может отказаться от исполнения договора в одностороннем порядке. Порядок данного отказа предусмотрен в новой редакции ч. 5 ст. 9 Закона от 30 декабря 2004 г. N 214.

В соответствии с Законом от 30 декабря 2004 г. N 214-ФЗ результатом взаимоотношения застройщика и дольщика должны стать объект долевого строительства - жилое или нежилое помещение, общее имущество в многоквартирном доме и (или) ином объекте недвижимости, подлежащие передаче участнику долевого строительства после получения разрешения на ввод в эксплуатацию многоквартирного дома и (или) иного объекта недвижимости и входящие в состав указанного многоквартирного дома и (или) иного объекта недвижимости, строящихся (создаваемых) также с привлечением денежных средств участника долевого строительства. На основании ст. 12 Закона от 30 декабря 2004 г. N 214-ФЗ обязательства застройщика считаются исполненными с момента подписания сторонами передаточного акта или иного документа о передаче объекта долевого строительства.

Может ли эта норма означать, что после подписания передаточного акта обязательства застройщика считаются выполненными? По нашему мнению, нет. Необходимо учитывать, что результатом деятельности по привлечению денежных средств дольщиков является строительство нового многоэтажного жилого дома, которым кто-то впоследствии должен управлять, заниматься вопросами эксплуатации и технического обслуживания. Для решения этих вопросов следует обратиться к Жилищному кодексу РФ.

ЖК РФ в ст. 161 предусматривает, что собственники помещений в многоквартирном доме обязаны выбрать один из способов его управления: 1) непосредственное управление собственниками помещений в многоквартирном доме; 2) управление товариществом собственников жилья либо жилищным кооперативом или иным специализированным потребительским кооперативом; 3) управление управляющей организацией. Способ управления многоквартирным домом выбирается на общем собрании собственников помещений в многоквартирном доме и может быть изменен в любое время на основании его решения.

Но кто же будет инициатором проведения общего собрания собственников? На первый взгляд кажется все очень просто. По смыслу ЖК РФ (ст. 45) инициатором проведения общего собрания собственников жилых помещений в новом доме с повесткой дня о выборе способа управления жилым домом может быть собственник помещения в соответствующем доме. Между тем на практике сами собственники или лица, за которыми будет впоследствии зарегистрировано право собственности на жилые помещения, редко являются инициаторами созыва общего собрания с той или иной повесткой дня. Если даже кто-то из них и выступает с такой инициативой, то, как правило, не раньше чем через полгода после вселения в новую квартиру. Такая ситуация может создать массу неудобств застройщику. Перед ним встает дилемма, что делать дальше: после сдачи жилого дома в эксплуатацию передать жилые помещения по акту приема-передачи дольщику и отстраниться от любых вопросов, связанных с построенным домом, или же передать квартиру участнику долевого строительства и дальше некоторое время платить за эксплуатацию и техобслуживание жилого дома (по расценкам, в несколько раз превышающим те, которые действовали на период строительства), пока собственники не определятся со способом управления домом?

Ранее действовавший Федеральный закон от 15 июня 1996 г. N 72-ФЗ "О товариществах собственников жилья" (признан утратившим силу Федеральным законом от 22 декабря 2004 г. N 189-ФЗ "О введении в действие Жилищного кодекса РФ") допускал образование товарищества собственников жилья во вновь создаваемом кондоминиуме заказчиком, застройщиком или иным физическим или юридическим лицом, включая органы государственной власти или местного самоуправления, или группой лиц, действующих совместно, которые имеют или будут иметь право собственности на вновь создаваемое имущество. Новый ЖК РФ такого права застройщику не предоставил. ЖК РФ четко предусматривает, что товарищество собственников жилого дома может быть создано собственниками помещений в многоквартирном доме или лицами, которым будет принадлежать право собственности на помещения в таких домах. В связи с этим застройщики пытаются сами найти выход из созданной законодателем ситуации.

Очевидно, что никто из собственников или лиц, которым будет принадлежать право собственности на жилые помещения, получив по акту приема-передачи квартиру, никакого общего собрания для выбора способа управления жилым домом сразу же проводить не будет. Появятся другие заботы: оформление права собственности на квартиру, обустройство, ремонт, переезд и т.д. Поэтому у застройщиков Краснодарского края сложилась практика уже на начальных этапах договорных отношений с дольщиком заранее "готовить" его к необходимости в дальнейшем решать вопрос о выборе способа управления жилым домом, например путем вступления в товарищество собственников жилья. Для этих целей в качестве одного из условий в раздел договора о долевом участии в строительстве "Обязанности дольщика" застройщики включают следующий пункт: "Обеспечить явку представителя по вызову застройщика, в том числе для участия в собрании участников долевого строительства жилого дома по вопросу создания товарищества собственников жилья. Принять участие в создании товарищества собственников жилья до момента, указанного в п... настоящего договора (имеется в виду пункт, в котором предусмотрен срок сдачи дома в эксплуатацию - О.С.)". Или же застройщик в договоре указывает, что "дольщик извещен в установленном действующим законодательством порядке о том, что на базе указанного дома создается товарищество собственников жилья. После получения права собственности на квартиру, указанную в п. 1.1 настоящего договора, дольщик регулирует свои отношения по коммунальному обслуживанию квартиры с товариществом собственников жилья (ТСЖ) на основании устава". У других застройщиков подобное условие изложено по-другому: "С момента возникновения права собственности на квартиру, при образовании товарищества собственников жилья на базе жилого дома, инвестор обязуется вступить в члены товарищества".

В последнем случае рассматриваемая формулировка, как нам представляется, не вполне соответствует положениям действующего законодательства. Согласно ст. 135 ЖК РФ товариществом собственников жилья признается некоммерческая организация, объединение собственников помещений в многоквартирном доме для совместного управления комплексом недвижимого имущества в многоквартирном доме, обеспечения эксплуатации этого комплекса, владения, пользования и в установленных законодательством пределах распоряжения общим имуществом в многоквартирном доме. На основании ст. 136 ЖК РФ собственники помещений в одном многоквартирном доме могут создать только одно товарищество собственников жилья. Решение о создании товарищества собственников жилья принимается собственниками помещений в многоквартирном доме на их общем собрании. Из приведенных нами норм ЖК РФ можно сделать вывод, что товарищество собственников жилья есть добровольное объединение граждан. Часть 2 ст. 30 Конституции РФ гласит: "Никто не может быть принужден к вступлению в какое-либо объединение или пребыванию в нем". Поэтому, закрепляя в договоре о долевом участии в строительстве условие об обязанности дольщика обеспечить явку представителя для участия в собрании участников долевого строительства по вопросу создания товарищества собственников жилья, застройщики должны быть очень осторожны.

Между тем недостаточно в договоре о долевом участии в строительстве предусмотреть условие о необходимости принять участие в создании товарищества собственников жилья. По указанным выше причинам ни лицо, которому будет принадлежать право собственности на помещение, ни собственник сами ничего предпринимать не станут. Указание нами на возможность проведения общего собрания не только собственниками помещений в многоквартирном доме (как это предусмотрено ст. 45 ЖК РФ), но и лицами, которым будет принадлежать право собственности, не случайно. В ст. 139 ЖК РФ законодатель разрешает лицам, которым будет принадлежать право собственности на помещения в многоквартирном доме (т.е. дольщикам), создать товарищество собственников жилья в таком строящемся доме. По нашему мнению, в данном случае не стоит остро и проблема с выбором способа управления многоквартирным домом в порядке, предусмотренном ч. 3 ст. 161 ЖК РФ, поскольку здесь он устанавливается по сути автоматически. Если несобственники помещений в жилом доме могут принять решение о создании товарищества собственников жилья, то и несобственники жилья могут выбрать этот же способ управления домом.

Возникает вопрос: может ли решение о выборе таких способов управления домом, как непосредственное управление или управление управляющей компанией, быть принято на общем собрании несобственников помещений в многоквартирном доме? Опираясь на положения ст. 139 ЖК РФ, на наш взгляд, можно. Более того, отсутствие в действующем ЖК РФ нормы, предусматривающей возможность принятия решения о выборе способа управления во вновь построенном многоквартирном жилом доме лицами, которым будет принадлежать право собственности на помещения в таком доме, является его существенным недочетом. В данном случае не реализуется в должной мере требование ч. 1 ст. 161 ЖК РФ, в соответствии с которой управление многоквартирным домом должно обеспечивать благоприятные и безопасные условия проживания граждан, надлежащее содержание общего имущества в многоквартирном доме, решение вопросов пользования указанным имуществом, а также предоставление коммунальных услуг гражданам, проживающим в таком доме.

Итак, на руках застройщика подписанный акт приемки законченного строительством объекта и разрешение на ввод жилого дома в эксплуатацию. С этого момента он может реализовать свое последнее обязательство перед дольщиком - передать по акту приема-передачи объект долевого строительства. Именно с этого времени, по нашему мнению, он может осуществлять мероприятия, которые будут состоять в одном из следующих действий:

1) найти инициативного дольщика или собственника помещения с тем, чтобы с его помощью без промедления созвать первое общее собрание по вопросу выбора способа управления жилым домом;

2) после сдачи жилого дома в эксплуатацию и получения соответствующего разрешения зарегистрировать за собой право собственности на какое-либо "непроданное" помещение в данном доме и самостоятельно выступить с инициативой о проведении общего собрания собственников помещений в порядке ст. 45 и 136 ЖК РФ;

3) создать свою управляющую компанию, которая бы и обеспечивала эксплуатацию и техническое обслуживание не только вновь построенного жилого дома, но и других домов, которые застройщик намерен построить в дальнейшем.

По смыслу ч. 4 ст. 155 ЖК РФ управляющая организация - юридическое лицо независимо от организационно-правовой формы или индивидуальный предприниматель, которые принимают на себя обязательства оказывать услуги и выполнять работы по надлежащему содержанию и ремонту общего имущества в многоквартирном жилом доме; предоставлять коммунальные услуги собственникам помещений в таком доме и пользующимся помещениями в этом доме лицам; осуществлять иную направленную на достижение целей управления многоквартирным домом деятельность. Но для того чтобы реализовать данное действие, необходимо решение общего собрания о выборе такого способа управления жилым домом, как управление управляющей компанией (п. 3 ч. 2 ст. 161 ЖК РФ). При этом необходимо учитывать, что между собственником (собственниками) жилого дома и управляющей компанией будет заключен гражданско-правовой договор на управление многоквартирным жилым домом. Соответственно, решению общего собрания о выборе такого способа управления жилым домом, как управление управляющей компанией, должно предшествовать решение о выборе непосредственного способа управления жилым домом или управление товариществом собственников жилья либо жилищным кооперативом или иным специализированным потребительским кооперативом.

Застройщик может и соединить названные выше действия. Все эти действия может объединять то, что одновременно с подписанием акта приема-передачи квартиры застройщик предлагает участнику долевого строительства подписать также протокол общего собрания дольщиков, заявление о вступлении в товарищество собственников жилья или договор на управление домом с управляющей компанией и иные документы. Это все делается в целях более оперативного решения вопроса о выборе способа управления многоквартирным жилым домом. В любом случае необходимо иметь в виду, что по действующему ЖК РФ нельзя сделать практически ни одного шага без решения общего собрания собственников помещений в многоквартирном доме. Порядок проведения общего собрания собственников строго регламентирован ст. 44 - 48 Жилищного кодекса РФ. Необходимо проводить собрание так, чтобы нельзя было его оспорить. Однако граждане, приобретшие по договору о долевом участии в строительстве жилое помещение, по неопытности, наивности или злему умыслу на общих собраниях могут допустить много нарушений. Поэтому им понадобится квалифицированная юридическая помощь. Ее сможет обеспечить застройщик, в штате которого есть юрист-консультант или имеется гражданско-правовой договор на юридическое обслуживание с какой-либо фирмой.

Можно сделать вывод, что обязательства застройщика перед участником долевого строительства не являются полностью исполненными с момента подписания сторонами акта или иного документа о передаче жилого помещения. После этого застройщик должен предпринять ряд организационных мероприятий, связанных с обеспечением благоприятных и безопасных условий проживания граждан в новом многоквартирном доме, надлежащим содержанием общего имущества в доме, предоставлением коммунальных услуг. Для осуществления этой задачи застройщику потребуется обращение не только к Закону от 30 декабря 2004 г. N 214-ФЗ, но и к ЖК РФ.