



АССОЦИАЦИЯ «НАЦИОНАЛЬНОЕ ОБЪЕДИНЕНИЕ СТРОИТЕЛЕЙ»

**ЭКСПЕРТНЫЙ СОВЕТ ПО ВОПРОСАМ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ
ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА В СТРОИТЕЛЬНОЙ СФЕРЕ**

**Президент Ассоциации
«Национальное объединение строителей»**

А.Ю. Молчанов

(подпись)

«24» 10 2018 г.

Утверждено

Экспертным Советом Ассоциации «Национальное
объединение строителей» по вопросам
совершенствования законодательства в строительной
сфере (протокол от «24» октября 2018 г. № 64)

Заключение

**по результатам правовой экспертизы
законопроекта № 513907-7 «О внесении изменений в Градостроительный
кодекс Российской Федерации и статью 13 Федерального закона
«О саморегулируемых организациях»**

Экспертным Советом Ассоциации «Национальное объединение строителей» по вопросам совершенствования законодательства в строительной сфере (далее – Экспертный Совет) проведена правовая экспертиза законопроекта № 513907-7 «О внесении изменений в Градостроительный кодекс Российской Федерации и статью 13 Федерального закона «О саморегулируемых организациях» (далее – законопроект).

Правовая экспертиза проводилась в период с 09.08.2018 по 03.10.2018 на основании Положения об Экспертном Совете рабочей группой, сформированной в следующем составе (протокол заседания Экспертного Совета от 08.08.2018 № 62):

- 1) Мешалов А.В. – руководитель рабочей группы;
- 2) Забелин А.В.;
- 3) Князев А.Л.;
- 4) Москвитин М.В.;
- 5) Панарина В.В.;
- 6) Ребрищев И.Н.

При подготовке заключения учтены замечания и дополнения членов Экспертного Совета Кондратьевой И.В. и Федорченко М.В. (протокол заседания Экспертного Совета от 21.09.2018 № 63).

При проведении правовой экспертизы Экспертный Совет проанализировал текст законопроекта, пояснительную записку к нему, действующую редакцию Федерального закона от 01.12.2007 № 315-ФЗ «О саморегулируемых организациях» (далее – Федеральный закон № 315-ФЗ), Градостроительный кодекс Российской Федерации в части регулирования деятельности саморегулируемых организаций в сфере строительства.

Законопроектом предлагается возложить на саморегулируемые организации в сфере строительства имущественную ответственность по новым основаниям, которые ранее не относились и в настоящее время не относятся к основаниям ответственности и к предмету деятельности саморегулируемых организаций – обязательствам застройщиков жилья, возникшим у них на основании договоров участия в долевом строительстве, заключённых в соответствии с Федеральным законом от 30.12.2004 № 214-ФЗ «Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации» (далее - Федеральный закон № 214-ФЗ). При этом законопроектом предлагается установить указанную ответственность по обязательствам, возникшим до вступления в силу Федерального закона от 29.07.2017 № 218-ФЗ «О публично-правовой компании по защите прав граждан – участников долевого строительства при несостоятельности (банкротстве) застройщиков и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (далее –

Федеральный закон № 218-ФЗ). Источником указанной ответственности законопроектом предлагается установить и компенсационный фонд возмещения вреда, и компенсационный фонд обеспечения договорных обязательств.

Рассмотрев законопроект, Экспертный Совет пришёл к следующим выводам.

Под саморегулированием в области строительства понимается самостоятельная и инициативная деятельность, которая осуществляется субъектами предпринимательской деятельности и содержанием которой являются разработка и установление стандартов и правил указанной деятельности, а также контроль за соблюдением членами саморегулируемых организаций требований указанных стандартов и правил (статья 2 Федерального закона № 315-ФЗ).

Целями саморегулируемых организаций в области строительства являются: 1) предупреждение причинения вреда жизни или здоровью, имуществу вследствие недостатков работ, которые оказывают влияние на безопасность объектов капитального строительства и выполняются членами саморегулируемых организаций; 2) повышение качества выполнения инженерных изысканий, осуществления архитектурно-строительного проектирования, строительства, реконструкции, капитального ремонта, сноса объектов капитального строительства; 3) с 01.07.2017 - обеспечение исполнения членами саморегулируемых организаций обязательств по договорам строительного подряда, заключённым с использованием конкурентных способов определения поставщиков (статья 55¹ Градостроительного кодекса Российской Федерации).

Таким образом, Градостроительный кодекс Российской Федерации и Федеральный закон № 315-ФЗ чётко определяют цели создания института саморегулирования в области строительства, сферу деятельности саморегулируемых организаций, в том числе контроля за своими членами и ответственности по их обязательствам.

Из приведённых норм следует, что для выполнения работ в области инженерных изысканий, архитектурно-строительного проектирования,

строительства необходимо состоять в саморегулируемых организациях, до 01.07.2017 – иметь свидетельство о допуске к определённому виду или видам работ, оказывающим влияние на безопасность объектов капитального строительства, с 01.07.2017 – иметь право выполнять работы. Привлечение денежных средств участников долевого строительства и выполнение обязательств перед ними ни понятийно, ни законодательно (статья 1 Градостроительного кодекса Российской Федерации, статья 740 Гражданского кодекса Российской Федерации) невозможно отнести ни к инженерным изысканиям, ни к архитектурно-строительному проектированию, ни к строительству, реконструкции, капитальному ремонту, сносу объектов капитального строительства.

Застройщик как основной участник инвестиционно-строительного процесса обладает неоднородным правовым статусом. Согласно пункту 16 статьи 1 Градостроительного кодекса Российской Федерации застройщик – это физическое или юридическое лицо, обеспечивающее на принадлежащем ему земельном участке строительство, реконструкцию, капитальный ремонт, снос объектов капитального строительства, а также выполнение инженерных изысканий, подготовку проектной документации для их строительства. В то время как членами саморегулируемых организаций являются индивидуальные предприниматели и юридические лица, выполняющие инженерные изыскания, осуществляющие подготовку проектной документации или строительство, реконструкцию, капитальный ремонт, снос объектов капитального строительства. В случае если застройщик состоит в членах саморегулируемой организации, то в отношениях с саморегулируемой организацией он рассматривается только как лицо, осуществляющее строительство (часть 3 статьи 52 Градостроительного кодекса Российской Федерации). Иными словами, саморегулируемая организация в области строительства, будучи объединением подрядчиков, рассматривает застройщика с целью осуществления своих функций именно как лицо, осуществляющее организацию строительства: обеспечение соблюдения требований проектной документации, технических регламентов, техники безопасности в процессе указанных работ и прочее. Лицо, осуществляющее

строительство, несёт ответственность за качество выполненных работ и их соответствие требованиям проектной документации. Иные обязательства, не связанные с указанными функциями, в том числе вытекающие из правовых отношений по инвестированию в строительство, не относятся к статусу лица, осуществляющего строительство. Застройщики, не осуществляющие самостоятельно строительство, не должны состоять в членах саморегулируемой организации.

При этом до настоящего времени действует приказ Министерства регионального развития и жилищно-коммунального хозяйства Российской Федерации от 30.12.2009 № 624, в соответствии с которым к перечню работ, которые оказывают влияние на безопасность объектов капитального строительства, относятся работы по организации строительства, реконструкции и капитального ремонта привлекаемым застройщиком или заказчиком на основании договора юридическим лицом или индивидуальным предпринимателем (генеральным подрядчиком). В данном случае речь идёт о деятельности генерального подрядчика, который является лицом, осуществляющим строительство.

По данным Ассоциации «Национальное объединение строителей», из почти 88 тыс. действующих членов саморегулируемых организаций (лиц, осуществляющих строительство) около 1,6 тыс. компаний являются застройщиками. При этом, по данным портала ЕРЗ (www.erzrf.ru), общее количество застройщиков в Российской Федерации составляет 4,6 тыс. компаний. Иными словами, 3 тыс. застройщиков не являются членами саморегулируемых организаций. Многие застройщики, обязательства которых законопроектом предлагается возложить на саморегулируемые организации, прекратили свою деятельность или находятся в процедурах банкротства и не смогут стать членами саморегулируемых организаций. Таким образом, способы возложения ответственности таких застройщиков на саморегулируемые организации отсутствуют, в связи с чем цели законопроекта таким путём не могут быть достигнуты в принципе.

Необходимо отметить, что, исходя из общих принципов гражданского права, гражданская ответственность наступает за противоправное деяние

субъекта гражданских правоотношений. При этом субъект гражданских правоотношений имеет возможность воздержаться от противоправного деяния и избежать наступления гражданской ответственности. В случаях возложения безвиновной ответственности на одного субъекта гражданских правоотношений ответственности за действия другого субъекта (ответственность опекунов за действия опекаемых лиц, работодателя за действия работника) первый располагает возможностью оказать воздействие на второго, предотвратив противоправное деяние.

Как уже было указано, саморегулируемые организации в области строительства разрабатывают и устанавливают стандарты и правила деятельности, а также осуществляют контроль за соблюдением своими членами требований указанных стандартов и правил, а также иных внутренних документов. Вместе с тем законопроектом предлагается возложить на саморегулируемые организации в сфере строительства ответственность за действия застройщиков, осуществлённые до вступления в силу Федерального закона № 218-ФЗ, то есть до 30.07.2017. Иными словами, на саморегулируемые организации предлагается возложить имущественную ответственность по обязательствам, возникшим более чем за 1 год до момента возложения ответственности и включения указанных обязательств в предмет контроля саморегулируемых организаций. То есть предполагается установление имущественной ответственности саморегулируемых организаций за деятельность иных лиц, в отношении которой саморегулируемая организации не осуществляла и уже не сможет в принципе осуществить контроль.

Реализация указанного предложения предполагает отсутствие у саморегулируемых организаций возможности предотвратить своими действиями наступление гражданской ответственности в связи с тем, что ущерб застройщиками на момент рассмотрения законопроекта уже причинён. Данный подход противоречит базовым принципам гражданского законодательства, в частности, принципу равенства субъектов гражданских правоотношений, поскольку саморегулируемые организации ставятся в неравные условия по сравнению с другими участниками гражданских

правоотношений и фактически «назначаются виновными» в нарушениях, допущенных иными лицами. В данном случае нарушается целостная конструкция причинно-следственной связи как элемента гражданско-правовой ответственности. Безвиновная ответственность за деятельность третьих лиц, которая в силу закона не должна была контролироваться саморегулируемыми организациями, противоречит и мотивам перехода от лицензирования к институту саморегулирования в области строительства, и самой сути саморегулирования.

Компенсационный фонд возмещения вреда, исходя из названия, правового регулирования и практики правоприменения связан с обеспечением имущественной ответственности по деликтным обязательствам (см. Справку о правомерности взыскания убытков за счёт средств компенсационного фонда по договорным обязательствам членов саморегулируемых организаций в сфере строительства, утверждённую Экспертным Советом, протокол № 33 от 20.03.2016, размещена на официальном сайте Ассоциации «Национальное объединение строителей» www.nostroy.ru). Деликтные обязательства противоположны договорным обязательствам и не имеют отношения к результатам работ по договору. При этом обязательства застройщика перед участником долевого строительства, возникшие на основании заключённого между ними договора участия в долевом строительстве, имеют ярко выраженный характер договорных обязательств. Обязательства по договорам участия в долевом строительстве не связаны непосредственно с деятельностью по строительству. Вместе с этим участие в формировании компенсационного фонда возмещения вреда принимают все члены саморегулируемой организации, подавляющее большинство из которых являются подрядчиками и характер деятельности которых существенно отличается от характера деятельности застройщиков. Между тем одним из принципов создания и деятельности саморегулируемых организаций является однородность деятельности их членов. Таким образом, компенсационный фонд возмещения вреда по своей правовой природе не может быть использован для несения ответственности по обязательствам

застройщиков как получателей инвестиций в их гражданско-правовых отношениях с дольщиком (инвестором).

Компенсационный фонд обеспечения договорных обязательств был сформирован для обеспечения имущественной ответственности обязательств членов саморегулируемых организаций по договорам подряда, заключённым с использованием конкурентных способов заключения договоров (согласно пункту 3 части 1 статьи 55¹ Градостроительного кодекса Российской Федерации). Указанный компенсационный фонд отличается от компенсационного фонда возмещения вреда по порядку формирования, основаниям выплат и связан с возникновением у членов саморегулируемых организаций специального права заключать договоры подряда с использованием конкурентных способов заключения договоров.

Таким образом, компенсационный фонд обеспечения договорных обязательств и компенсационный фонд возмещения вреда невозможно использовать для обеспечения имущественной ответственности членов саморегулируемых организаций по одним и тем же основаниям.

В случае направления компенсационных фондов саморегулируемых организаций на цели, которые не были предусмотрены законодательством, действовавшим на момент их формирования, имущественная ответственность большей части членов саморегулируемых организаций не будет обеспечена. В этой ситуации саморегулируемые организации перестанут соответствовать требованиям закона о необходимом размере компенсационных фондов. Члены саморегулируемой организации должны будут в соответствии со статьёй 55¹⁶ Градостроительного кодекса Российской Федерации восполнить компенсационные фонды, то есть повторно внести свои денежные средства. Это приведёт к ухудшению финансового положения субъектов предпринимательской деятельности, которые не имеют отношения к нарушениям застройщиками прав граждан – участников долевого строительства.

Таким образом, решение проблемы одних граждан - «обманутых дольщиков» - будет происходить за счёт обременения других граждан –

индивидуальных предпринимателей и собственников (участников, акционеров) подрядных организаций.

Экспертный Совет отмечает, что любой компенсационный фонд саморегулируемой организации имеет ограниченный размер имущественной ответственности и не способен в полном или даже в значительном размере возместить вред (убытки) потерпевших лиц. Назначение компенсационного фонда заключается в финансовом мотивировании членов саморегулируемой организации осуществлять взаимный контроль, повышая качество своей деятельности. Компенсационный фонд не является заменой иных механизмов обеспечения имущественной ответственности субъектов предпринимательской деятельности, таких как страхование или банковская гарантия. Например, Федеральным законом № 218-ФЗ создана публично-правовая компания по защите прав граждан на принципах создания страховой организации, которая в настоящее время обеспечивает исполнение обязательств застройщиков перед дольщиками. В связи с успешным внедрением именно такого механизма обеспечения деятельности застройщиков он же может быть распространён и на отношения, возникшие до вступления в силу Федерального закона № 218-ФЗ.

Таким образом, саморегулируемые организации в области строительства в пределах существующих компенсационных фондов не несут и не могут нести ответственность за исполнение своими членами обязательств по передаче объектов по договорам участия в долевом строительстве.

Вместе с этим Экспертный Совет отмечает, что относительно небольшой размер выплат из компенсационных фондов саморегулируемых организаций не может быть самостоятельным и превалирующим критерием оценки деятельности саморегулируемых организаций на предмет её эффективности (неэффективности). Деятельность саморегулируемых организаций связана с оценкой и управлением рисками в деятельности её членов. Отсутствие выплат из компенсационного фонда может быть результатом успешного управления такими рисками. Инициативы, вытекающие из выводов о неэффективности саморегулирования в связи с

отсутствием выплат из компенсационных фондов, могут привести к дестабилизации деятельности саморегулируемых организаций: если отсутствие выплат воспринимается как негативный результат, то и управление рисками (контроль) тоже является негативной деятельностью.

Кроме этого, с 01.07.2017 членство в саморегулируемых организациях, основанных на членстве лиц, осуществляющих строительство, осуществляется по региональному принципу. Таким образом, распределение средств компенсационных фондов по субъектам Российской Федерации является неоднородным. Например, по данным Ассоциации «Национальное объединение строителей», в 46 саморегулируемых организациях г. Москвы сосредоточено 7,1 млрд рублей компенсационных фондов возмещения вреда, в Нижегородской области – 473,1 млн рублей компенсационных фондов возмещения вреда в 6 саморегулируемых организациях, в Саратовской области – 148,1 млн рублей компенсационных фондов возмещения вреда в 3 саморегулируемых организациях. Результаты сравнения указанных размеров компенсационных фондов с суммами неисполненных обязательств по договорам участия в долевом строительстве многоквартирных домов, следующие: по сообщениям региональных средств массовой информации, в Саратовской области размер необходимых расходов по достройке 27 наиболее сложных объектов оценивается в 3,4 млрд руб. Пострадавшими от действий недобросовестных застройщиков признаны 3 530 семей. При этом, как уже было отмечено, общий размер компенсационных фондов возмещения вреда всех саморегулируемых организаций Саратовской области составляет 148,1 млн рублей. Исходя из изложенного, представляется, что изъятие у саморегулируемых организаций средств компенсационных фондов возмещения вреда не достигнет цели законопроекта.

Более того, Экспертный Совет отмечает, что исполнение застройщиками обязательств по договорам участия в долевом строительстве, возникших до вступления в силу Федерального закона № 218-ФЗ, на разных этапах было обеспечено залогом, поручительством банка или страхованием гражданской ответственности застройщика в силу требований Федерального закона № 214-ФЗ. В частности, согласно части 2 статьи 12¹ Федерального

закона № 214-ФЗ «Способы обеспечения исполнения обязательств по договору» в редакции, действовавшей с 01.01.2014 и утратившей силу в связи с принятием Федерального закона № 218-ФЗ, исполнение обязательств застройщика по передаче жилого помещения участнику долевого строительства по всем договорам, заключённым для строительства (создания) многоквартирного дома и (или) иного объекта недвижимости на основании одного разрешения на строительство, наряду с залогом должно было обеспечиваться по выбору застройщика поручительством банка или страхованием гражданской ответственности застройщика за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств по передаче жилого помещения участнику долевого строительства по договору участия в долевом строительстве.

Таким образом, система обеспечения исполнения обязательств застройщиков перед участниками долевого строительства существует уже длительное время, причём независимо от системы обеспечения имущественной ответственности членов саморегулируемой организации по обязательствам, возникшим вследствие причинения вреда или вследствие неисполнения (ненадлежащего исполнения) членами саморегулируемых организаций по договорам подряда, заключённым с использованием конкурентных способов заключения договоров. Компенсационные фонды саморегулируемых организаций никогда не являлись одним из способов обеспечения исполнения обязательств застройщиков по договорам участия в долевом строительстве, поскольку правоотношения между застройщиками и участниками долевого строительства не являются предметом саморегулирования.

Как известно, система страхования гражданской ответственности застройщика показала свою недостаточную эффективность, вследствие чего была заменена уплатой отчислений в компенсационный фонд долевого строительства. Однако неэффективность того или иного способа обеспечения исполнения обязательств застройщиков не может служить основанием для нецелевого использования средств компенсационных фондов

саморегулируемых организаций, выполняющих свою обеспечительную функцию в иных правоотношениях.

По мнению Экспертного Совета, для столь кардинальных изменений в системе саморегулирования в строительстве, как новые основания ответственности и предмет деятельности саморегулируемых организаций, нужен глубокий анализ института саморегулирования с соответствующими результатами, которые отсутствуют в пояснительной записке к законопроекту.

Руководствуясь Положением об Экспертном Совете Ассоциации «Национальное объединение строителей» по вопросам совершенствования законодательства в строительной сфере, Экспертный Совет не поддерживает законопроект, считает его подрывающим основы института саморегулирования в Российской Федерации и предлагает отклонить его.

Председатель Экспертного Совета

А.Н. Глушков

Руководитель рабочей группы

А.В. Мешалов