

# Инвестиционная деятельность: чего ожидать девелоперам?

## Часть 3



Вячеслав Ушкалов  
партнер адвокатского бюро «Плешаков,  
Ушкалов и партнеры», адвокат

В заключительной<sup>1</sup> части статьи Вячеслава Ушкалова рассмотрены вопросы взимания налогов по инвестиционным договорам. Как скажутся положения Постановления № 54 на налоговой практике? Начнут ли налоговые органы борьбу за НДС по инвестиционным договорам? Изменит ли ситуацию «переквалификация» указанных договоров в целях применения НДС и налога на прибыль?

### Существующее положение дел

#### НДС по инвестиционным договорам

На сегодняшний день средства, уплачиваемые по инвестиционным договорам, не облагаются НДС на основании пп. 1 п. 2 ст. 146 и п. 3 ст. 39 НК РФ, в соответствии с которыми не признаются объектом обложения налогом на добавленную стоимость операции, указанные в п. 3 ст. 39 НК РФ. Согласно пп. 4 п. 3 ст. 39 НК РФ, передача имущества не признается реализацией товаров, работ или услуг, если носит инвестиционный характер (в частности, вклады в уставный / складочный капитал хозяйственных обществ и товариществ, вклады по договору простого товарищества / договору о совместной деятельности, паевые взносы в паевые фонды кооперативов).

Несмотря на то что пп. 4 п. 3 ст. 39 НК РФ не содержит прямого указания на взносы по инвестиционным договорам, мнение о его применимости к этой ситуации не ставится под сомнение ни налоговыми органами,<sup>2</sup> ни

судами<sup>3</sup>. В связи с этим следует отметить то, что данная норма содержит уточнение «в частности». Это позволяет сделать вывод о том, что содержащийся в ней перечень объектов имущества, передача которых носит инвестиционный характер, не является исчерпывающим. В данном случае основным условием для применения положений пп. 4 п. 3 ст. 39 НК РФ является инвестиционный характер операции по передаче имущества. Поскольку налоговое законодательство не разъясняет, что следует понимать под инвестиционным характером передачи имуще-

<sup>1</sup> См., например: Постановление ВАС РФ от 25.03.2011 г. № ВАС-1109/11 по делу № А46-23193/2009; определения ВАС РФ от 25.03.2011 № ВАС-1109/11 по делу № А46-23193/2009, от 19.11.2010 № ВАС-14990/10 по делу № А51-22121/2009, от 18.11.2010 № ВАС-14993/10 по делу № А51-23217/2009, от 27.08.2010 № ВАС-11078/10 по делу № А14-2425/2009-49/33, от 20.07.2009 № ВАС-9136/09 по делу № А60-17854/2008-С8, от 17.04.2009 № А4391/09 по делу № А57-16656/07-26-33, от 29.12.2008 № 1106/08 по делу № А32-27300/2006-54/532-2007-45/1, от 27.10.2008 № 11708/08 по делу № А06-5416/2006-13, от 23.05.2008 № 4609/08 по делу № А33-5631/2007, от 15.05.2008 № 6476/08 по делу № А19-4928/07-52, от 08.05.2008 № 2947/08 по делу № А47-12816/2006, от 31.03.2008 № 3852/08 по делу № А50-5380/2007-А3, от 20.12.2007 № 13581/07 по делу № А75-9670/2006; Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 21.11.2006 № Ф08-5951/2006-469А по делу № А63-6659/2006-С4.

<sup>2</sup> Части 1 и 2 статьи см.: Ушкалов В. Инвестиционная деятельность: чего ожидать девелоперам? Часть 1 // Legal Insight. 2011. № 5 (6). С. 32–37; Часть 2 // Legal Insight. 2012. № 1 (7). С. 26–31.

<sup>3</sup> См.: письма УФНС по г. Москве от 10.02.2010 г. № 16-12/013491@; от 19.09.2003 г. № 11-14/51582; от 25.10.2004 г. № 24-11/68529.



ства, в соответствии с п. 1 ст. 11 НК РФ это понятие подлежит применению в том значении, в каком оно используется в иных отраслях законодательства РФ. В силу ст. 1 Федерального закона от 25 февраля 1999 г. «Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений» под инвестициями понимаются денежные средства, ценные бумаги, иное имущество, в том числе имущественные права, иные права, имеющие денежную оценку, вкладываемые в объекты предпринимательской и (или) иной деятельности в целях получения прибыли и (или) достижения иного полезного эффекта, а под инвестиционной деятельностью – вложение инвестиций и осуществление практических действий в целях получения прибыли и (или) достижения иного полезного эффекта. Упомянутые в той же статье капитальные вложения, являющиеся разновидностью инвестиционных вложений, определяются как инвестиции в основной капитал (основные средства), в том числе затраты на новое строительство, реконструкцию и техническое перевооружение действующих предприятий, приобретение машин, оборудования, инструмента, инвентаря, проектно-изыскательские работы и др. Таким образом, операции по вложению средств в строительство (реконструкцию) на основании инвестиционного договора являются инвестиционными. Именно данная логическая цепочка и обосновывает применение указанных положений Налогового кодекса РФ к инвестиционным договорам.

средствами, полученными от соинвесторов в порядке долевого участия в строительстве, и фактическими затратами по строительству у организации-инвестора при передаче части инвестиционного объекта (жилого дома) в собственность соинвесторов возникает объект обложения НДС<sup>3</sup>.

### **Налог на прибыль по инвестиционным договорам**

Средства, полученные застройщиком по инвестиционным договорам, не облагались налогом на прибыль на основании пп. 14 п. 1 ст. 251 НК РФ, в соответствии с которым при определении налоговой базы не учитываются доходы в виде имущества, полученного налогоплательщиком в рамках целевого финансирования. При этом налогоплательщики, получившие средства целевого финансирования, обязаны вести раздельный учет доходов (расходов), произведенных в рамках целевого финансирования. В отсутствие такого учета полученные налогоплательщиком средства целевого финансирования рассматриваются как подлежащие налогообложению с момента их поступления. К средствам целевого финансирования относится имущество, полученное налогоплательщиком и использованное им по назначению, определенному организацией (физическим лицом) – источником целевого финансирования или федеральными законами, в виде аккумулированных на счетах организации-застройщика средств дольщиков и (или) инвесторов. Полученные от инвестора денежные средства

стабильно придерживались как суды<sup>4</sup>, так и налоговое ведомство, которое исходит из того, что доходом заказчика-инвестора, подлежащим обложению налогом на прибыль, является только разница между взносом дольщиков (юридических и физических лиц), участвующих в инвестировании строительства, и фактической стоимостью квартир (затратами на строительство) при условии, что, согласно инвестиционному контракту, сумма инвестиционного дохода остается в распоряжении заказчика-инвестора<sup>5</sup>.

### **Налогообложение «обеспечительных взносов» по предварительным договорам купли-продажи недвижимости**

К обложению НДС так называемых обеспечительных взносов по предварительным договорам довольно долго применялся подход, в соответствии с которым такие взносы не признавались объектом обложения налогом на добавленную стоимость<sup>6</sup>. Позднее суды заняли иную позицию. Так, ФАС Поволжского округа в Постановлении от 24 марта 2011 по делу № А12-16130/2010 указал:

*«...обеспечительный платеж представляет собой иной способ обеспечения исполнения обязательств согласно части 1 статьи 329 ГК РФ и имеет черты задатка.*

*Условиями предварительного договора установлено, что обеспечительный платеж включен в цену передаваемой покупателю 75-процентной доли в праве собственности на имущество.*

*Таким образом, заключая предварительный договор, стороны предусмотрели, что получаемые в качестве обеспечительного платежа денежные средства будут входить в цену основного договора, а также обеспечат заключение основного договора и исполнение иных обязательств по договору купли-продажи доли в праве собственности.*

**В случае возникновения разницы между денежными средствами, полученными от соинвесторов в порядке долевого участия в строительстве, и фактическими затратами по строительству у организации-инвестора при передаче части инвестиционного объекта (жилого дома) в собственность соинвесторов возникает объект обложения НДС.**

Налог на добавленную стоимость, рассчитанный от стоимости объекта капитального строительства, принимается к вычету в соответствии с п. 6 ст. 171 НК РФ на основании сводного счета-фактуры, составленного заказчиком (застройщиком), после принятия объекта капитального строительства к учету (п. 1, 5 ст. 172 НК РФ).

Следует, однако, иметь в виду, что в случае возникновения разницы между денежными

являются целевыми и могут расходоваться только на цели, определенные инвестиционным договором, поэтому застройщик должен обеспечить раздельный учет их поступления и расходования.

Позиции освобождения инвестиционных взносов от обложения налогом на прибыль

<sup>3</sup> См.: Письмо УФНС по г. Москве от 19.09.2003 г. № 11-14/51582.

<sup>4</sup> См.: определения ВАС РФ от 17.04.2009 № 4391/09 по делу № А57-16656/07-26-33, от 27.10.2008 № 11708/08 по делу № А06-5416/2006-13.

<sup>5</sup> См., например: Письмо УФНС по г. Москве от 10.02.2010 г. № 16-12/013491@; письма Минфина России от 21.02.2008 г. № 03-03-06/1/126, от 14.02.2011 г. № 03-03-06/1/98, от 26.07.2010 г. № 03-03-06/1/486, от 15.09.2010 г. № 03-03-06/1/591, от 01.02.2010 г. № 03-03-06/1/33, от 28.07.2008 г. № 03-03-06/4/50, от 09.09.2005 г. № 03-11-04/2/76.

<sup>6</sup> См., например: Решение Арбитражного суда Московской области от 30.05.2007 по делу № А41-К2-5155/07; Постановление Десятого арбитражного апелляционного суда от 20.03.2007, 27.03.2007 по делу № А41-К2-17194/06; Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 27.09.2007, 04.10.2007 по делу № А41-К2-5155/07.



При таких обстоятельствах обеспечительный платеж является одновременно и авансовым платежом в счет будущих платежей, что свидетельствует о наличии в нем признаков задатка, предусмотренного нормой статьи 380 ГК РФ, а также о том, что данный обеспечительный платеж является одновременно и особым способом обеспечения обязательств, которые предусмотрели стороны, руководствуясь нормами статьи 329 ГК РФ об обеспечении обязательств и статьей 421 ГК РФ о свободе договора.

Следовательно, обеспечительный платеж наделен платежной функцией и, соответственно, обладает признаками аванса».

Практически аналогичный вывод был сделан ФАС Московского округа в постановлении от 19 января 2011 по делу № КА-А40/16964-10 и по делу № КА-А40/16866-10 и Девятым арбитражным апелляционным судом в Постановлении от 4 октября 2010 № 09АП-22414/2010-АК по делу № А40-62580/10-76-255.

Вместе с тем, если обеспечительный платеж по предварительному договору не подлежит зачету в счет платежей по основному договору, то он не облагается НДС. Примером служит Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 31 января 2011 № 09АП-33116/2010-АК по делу № А40-86573/10-107-436, в котором суд указал:

«...поскольку по условиям предварительных договоров выплачиваемый гарантийный взнос является обеспечением исполнения обязательств покупателя по заключению в будущем в установленный срок основного договора и одновременно основанием для продавца зарезервировать имущество (машино-место), подлежащее передаче покупателю при заключении основного договора после регистрации права собственности на это имущество за продавцом, то, учитывая обязательный возврат гарантийного взноса после заключения основного договора, данный платеж не является в силу статьи 380 и 429 ГК РФ задатком, не может квалифицироваться как форма расчетов по основному договору в связи с отсутствием в нем такого условия и, соответственно, выполняет единственную функцию – обеспечение обязательств покупателя по заключению в предусмотренный срок и в порядке основного договора.

Гарантийный взнос не является и не может являться авансом, поскольку никаким образом не учитывался в качестве оплаты за имущество, подлежащее передаче при заключении основного договора.

### Если обеспечительный платеж по предварительному договору не подлежит зачету в счет платежей по основному договору, то он не облагается НДС.

Поскольку выплата в счет обеспечения обязательств по предварительному договору купли-продажи имущества, не несущая одновременно функции авансового платежа (то есть не подлежащая зачету в счет оплаты при заключении основного договора), не является авансом и не может расцениваться как выплата в счет реализации товаров (работ, услуг), то в силу статьи 146 НК РФ такая выплата не подлежит налогообложению по налогу на добавленную стоимость.

В связи с изложенным полученные обществом в 2007 году от физических лиц – будущих покупателей машино-мест по заключенным с ними предварительным договорам купли-продажи денежные средства в виде гарантийного взноса в размере 96 923 911 руб. являются исключительно обеспечением исполнения обязательства покупателей машино-мест по заключению основного договора и основанием для резервирования за ними будущего имущества (статья 329 ГК РФ), то есть не являются авансовыми платежами в счет предстоящей продажи (передачи) имущества после заключения основного договора».

### Причины популярности и востребованности инвестиционных договоров в коммерческой практике

Принимая во внимание изложенное, можно сделать вывод о том, что популярность инвестиционных договоров объясняется их истинной целью – оптимизацией налогообложения. Реализация по так называемой первичке гарантированно избавляла застройщиков от проблем с НДС. Характерным примером служит Постановление Десятого арбитражного апелляционного суда от 23 июля 2008 по делу № А41-К2-19103/07:

«...в рассматриваемой ситуации объект налогообложения НДС может возникнуть только при передаче права собственности на предмет сделки.

Как установлено судом первой инстанции и подтверждается материалами дела, право собственности на незавершенный строительством объект (склад готовой продукции) зая-

вителю не принадлежало, в силу чего не могло быть передано третьему лицу...

В соответствии со ст. 218 ГК РФ право собственности на новую вещь, изготовленную или созданную лицом для себя с соблюдением закона и иных правовых актов, приобретается этим лицом. Согласно ст. 219 ГК РФ, право собственности на здания, сооружения и другое вновь создаваемое недвижимое имущество, подлежащее государственной регистрации, возникает с момента такой регистрации.

Вывод инспекции о переходе права собственности на незавершенный строительством объект (со ссылкой на свидетельство о регистрации права собственности от 16.12.2005) ошибочен, поскольку в рассматриваемом случае между заявителем и ООО «Кроношпан» не заключалась сделка, обеспечивающая переход права собственности на незавершенный строительством объект к ООО «Кроношпан». Более того, Свидетельство о государственной регистрации права собственности на незавершенный строительством объект за ООО «Кроношпан», выданное ГУ ФРС России по Московской области 16.12.2005 г. (т. 2 л. 6), подтверждает первичное право собственности ООО «Кроношпан» на вновь созданный объект недвижимости».

Именно этот аргумент «за» (налоговая оптимизация) перевешивал все остальные аргументы «против», и прежде всего отсутствие нормальной правовой базы для регулирования отношений сторон таких договоров и вечную неопределенность в отношении того, какие нормы следует применять в случае спора. По существу, все дело в НДС: пока инвестиционные взносы освобождены от него, такие договоры будут востребованы. Если ситуация изменится и взносы будут облагаться НДС (в частности, по причинам, о которых речь пойдет далее), то подобные договоры исчезнут из практики сами собой, лишившись единственного смысла своего существования.

### Возможные последствия «переквалификации» инвестиционных договоров в целях применения НДС и налога на прибыль

#### НДС

В связи с тем, что в соответствии с пп. 22 п. 3 ст. 149 НК РФ не подлежат налогообложению (освобождаются от него) на территории Российской Федерации операции по реализации жилых домов, жилых помеще-



ний, а также долей в них, применение к инвестиционному договору правил о договорах купли-продажи или подряда с автоматическим признанием всех инвестиционных взносов авансовыми платежами никак не изменит налоговые последствия таких платежей. Они как не облагались ранее НДС на основании пп. 1 п. 2 ст. 146 и пп. 4 п. 3 ст. 39 НК РФ, так и не будут облагаться им, но уже на основании пп. 22 п. 3 ст. 149 НК РФ.

Что касается нежилых зданий (помещений), то ситуация может измениться: признание инвестиционных взносов авансами по договорам подряда или купли-продажи в силу пп. 2 п. 1 ст. 167 НК РФ может повлечь за собой требование ИФНС к застройщику об уплате с этих средств НДС в момент их получения.

**Пока инвестиционные взносы освобождены от НДС, инвестиционные договоры будут востребованы. Если ситуация изменится и взносы будут облагаться НДС, то подобные договоры исчезнут из практики сами собой, лишившись единственного смысла своего существования.**

В случае квалификации инвестиционных договоров в качестве договоров простого товарищества (совместной деятельности) положение получателя на стадии принятия им инвестиционных взносов в целях обложения НДС также не изменится: взносы по договору о совместной деятельности в силу прямого указания того же пп. 4 п. 3 ст. 39 НК РФ не подлежат обложению им. Однако в случае ведения совместной деятельности имеется один нюанс: единственным законным на сегодняшний день способом приобретения права на недвижимость «по первичке» лицами, которые изначально не имели права на землю, остается заключение ими договора о совместной деятельности с лицом, имевшим такое право и внесшим его в качестве вклада в простое товарищество с последующей регистрацией права общей долевой собственности (или права аренды с множественностью лиц на стороне арендатора). Иными словами, без получения этими лицами доли в праве собственности или в праве аренды на землю их право на объект недвижимости будет носить «вторичный» характер, так как объект изначально будет зарегистрирован как собственность того товарища, которому принадлежала земля.

Таким образом, произойдет переход права собственности, квалифицируемый, согласно ст. 39 НК РФ, как реализация нежилой недвижимости, которая на вторичном рынке облагается НДС. Избежать такой ситуации удастся, лишь зарегистрировав одновременно построенный объект и землю под ним в общую долевую собственность (или если земля находится в аренде, то зарегистрировав право общей долевой собственности на объект и право аренды земли с множественностью лиц на стороне арендатора). Однако последнее возможно только при условии, что в договоре простого товарищества установлена обязанность товарища – владельца земли передать ее в общую долевую собственность товарищей или зарегистрировать соответствующие изменения в договоре аренды земли. В случае от-

сутствия такого обязательства в договоре простого товарищества прочие товарищи не могут заявлять в суде указанные требования и, соответственно, рискуют быть привлеченными к уплате НДС со стоимости полученного ими объекта. Как вариант, товарищ, на имя которого будет зарегистрирован объект недвижимости, построенный за счет вкладов в совместную деятельность, может продать его и поделить вырученные средства между всеми участниками совместной деятельности (или сдавать от своего имени объект в аренду, а полученные средства делить между всеми участниками простого товарищества).

#### **Налог на прибыль**

В соответствии с п. 1 и 3 ст. 271 НК РФ авансы не включаются в базу по налогу на прибыль. В связи с этим применение судами в спорах по налогу на прибыль положений Постановления № 54 в части необходимости применения к инвестиционному договору правил о договорах купли-продажи или подряда с автоматическим признанием всех инвестиционных взносов авансовыми платежами никак не изменит существующее положение вещей. Указанные взносы как не облагались ранее налогом на прибыль на

основании пп. 14 п. 1 ст. 251 НК РФ, так и не будут облагаться им, но уже на основании п. 1 и 3 ст. 271 НК РФ.

В случае квалификации инвестиционных договоров в качестве договоров простого товарищества (совместной деятельности) положение получателя инвестиционных взносов в целях обложения налогом на прибыль также не изменится. Взносы по договору о совместной деятельности в силу прямого указания того же пп. 5 п. 1 ст. 251 НК РФ не подлежат обложению налогом на прибыль.

#### **Последствия получения «обеспечительных взносов» по предварительным договорам купли-продажи недвижимости**

С учетом занятой в последнее время судами позицией по указанной проблеме (признание авансами сумм обеспечительных взносов, полученных по предварительным договорам, если по условиям таких договоров эти суммы будут зачтены в счет исполнения обязательств по основным договорам) применение ими положений п. 8 Постановления № 54, в соответствии с которым суммы, уплаченные по предварительному договору, считаются предварительной оплатой по основному договору (каковым признается сам предварительный договор), строго говоря, ничего не меняет. В обоих случаях такие суммы, как авансы, облагаются НДС и не облагаются налогом на прибыль.

На наш взгляд, для того чтобы иметь основание не облагать эти суммы НДС, в предварительном договоре следует указать на строго обеспечительный характер взноса и предусмотреть его обязательный возврат в случае заключения основного договора, исключив возможность зачета полученной суммы в счет платежей по основному договору. Такой взнос должен быть возвращен на счет покупателя и в последующем вторично внесен последним уже в качестве платежа по основному договору.

#### **Возможные варианты развития в налоговой сфере ситуации в связи с принятием Постановления № 54**

Арбитражные суды в своих актах по налоговым спорам по инвестиционным договорам, принятым после 28 июля 2011 г., «не замечают» Постановления № 54 и при рассмотрении этой категории споров не пытаются применять к таким договорам нормы о купле-продаже, подряда с последующим



**Единственным законным на сегодняшний день способом приобретения права на недвижимость «по первичке» лицами, которые изначально не имели права на землю, остается заключение ими договора о совместной деятельности с лицом, имевшим такое право и внесшим его в качестве вклада в простое товарищество с последующей регистрацией права общей долевой собственности.**

признанием инвестиционных взносов реализацией. Это неудивительно, поскольку Постановление № 54 принималось не в целях применения в налоговых спорах. Однако, как уже было указано, ничто не мешает налоговикам творчески подойти к его прочтению и попытаться начать борьбу за НДС по инвестиционным договорам (в том числе проверить всех застройщиков нежилой недвижимости за последние три года). Пока налоговые органы по инерции продолжают придерживаться старой позиции<sup>8</sup>.

Отчасти это вызвано тем, что Постановление № 54 не имеет обратной силы. Также следует отметить, что практика применения

судами к инвестиционным договорам норм о купле-продаже, подряде или простом товариществе существовала и ранее (например, в упомянутом ранее «Обобщении практики рассмотрения Судами Российской Федерации дел по спорам между гражданами и организациями, привлекающими денежные средства граждан для строительства многоквартирных жилых домов»). В этой части Постановление № 54 не содержит ничего революционного. Такое обстоятельство позволит налоговым органам «обойти» отсутствие обратной силы Постановления № 54. Впрочем, до сих пор действует и заключается масса инвестиционных договоров в сфере строительства нежилой недвижимости, по которым исполнение обязательств по внесению инвестиционных взносов имело или будет иметь место после

28 июля 2011 г. (даты размещения Постановления № 54 на сайте ВАС РФ). Нет никакой необходимости преодолевать в отношении таковых указанное препятствие в виде отсутствия обратной силы Постановления № 54.

Более серьезным является иное препятствие – пп. 4 п. 3 ст. 39 НК РФ, который пока никто не отменял и не собирается отменять. Однако в указанном подпункте, как уже было отмечено, операции по инвестиционным договорам прямо не указаны, что дает налоговикам возможность отклонять ссылки налогоплательщиков на указанную норму.

Следует особо остановиться на ситуации с договорами так называемого соинвестирования. Раньше все указанные соинвесторы (независимо от их места по отношению к первому инвестиционному договору) регистрировали свое право собственности на основании ст. 219 ГК РФ («по первичке»), что исключало какие-либо риски с НДС (чем, собственно, и объяснялась востребованность такой правовой конструкции на практике). Теперь, с учетом содержания п. 6 и 7 Постановления № 54, которыми предусмотрено, что на основании ст. 219 ГК РФ право собственности может приобрести только лицо, имеющее право на землю, схема соинвестирования утратила свой практический смысл и должна будет прекратить существование. **L.i.**

<sup>8</sup> См.: письма Минфина России от 22.08.2011 г. № 03-03-06/1/506 и от 19.08.2011 г. № 03-03-06/1/504.