

## **Правовые аспекты обращения взыскания на заложенное имущество**

**НАТАЛИЯ ДОЦЕНКО- БЕЛОУС** – адвокат ЮФ «Василь Кисиль и Партнеры», специалист по торговле ценными бумагами и по управлению активами, сертифицированный ГКЦБФР, автор книг «Правовая энциклопедия инвестирования строительства» и «Стратегии финансирования строительства» (<http://financial-strategies.com.ua/>), признана лучшим юристом в сфере недвижимости по результатам исследования «Лучший юрист. Выбор клиента 2008»

Ипотечные отношения являются уникальными и многогранными отношениями по своей правовой сути: с одной стороны, это способ обеспечения выполнения обязательств, с другой стороны, это альтернативный способ осуществления расчетов по невыполненному основному обязательству.

Если в докризисный период ипотеку популярно было рассматривать в ракурсе ее обеспечительных свойств, то в условиях дефицита денежной массы актуальными становятся вопросы выполнения основного обязательства посредством обращения взыскания на предмет ипотеки. И в поисках ответа на эти вопросы становится понятно, что в ряде случаев обращение взыскания на предмет ипотеки является хоть и законодательно урегулированным процессом, но имеющим определенные практические сложности.

Наиболее актуальными вопросами для любого кредитора – ипотекодержателя являются два вопроса: (а) когда возникает право на обращение взыскания на предмет ипотеки и (б) как реализовать возникшее право. Когда возникает право на обращение взыскания на предмет ипотеки.

В то время как ипотекодатель обеспокоен одним единственным вопросом как предотвратить обращение взыскания на предмет ипотеки.

Насколько удастся участникам ипотечных отношений преуспеть не только в теоретическом ответе на интересующие вопросы, но и претворить их в действительность, покажет анализ практики обращения взыскания на предметы ипотеки .

### **Когда обращают взыскание?**

Если вопрос о лице, уполномоченном обратиться взыскание на предмет ипотеки, не вызывает сомнений – это ипотекодержатель, то вопрос об основаниях, позволяющих ипотекодержателю удовлетворить свои требования за счет предмета ипотеки, остается открытым.

Исходя из положений Закона Украины «Об ипотеки» право на обращение взыскание возникает в следующих случаях:

**(1) Невыполнение или ненадлежащее выполнение должником основного обязательства (статья 33 Закона Украины «Об ипотеки»).**

Таким образом, до наступления срока выполнения должником принятого обязательства, обращение взыскания на предмет ипотеки не является возможным.

Несмотря на четко установленное законодательством основание для обращения взыскания на предмет ипотеки, с практической точки для органов, задействованный в этом процессе (например, БТИ) потребуются фиксация и документальное подтверждение факта нарушения, а тем более ненадлежащего выполнения основного обязательства (не в срок, не в установленном порядке, месте, не предусмотренным способом).

Если договор, по которому возникло основное обязательство, был нотариально удостоверен (например, кредитный договор), то у кредитора есть возможность подтвердить факт нарушения основного обязательства и возникновения права на обращение взыскания на предмет ипотеки внесудебным путем. Для этого целесообразно прибегнуть к исполнительной надписи нотариуса в соответствии с Постановлением КМУ от 29 июня 1999 г. N 1172. Исполнительная надпись — это предусмотренная законодательством упрощенная процедура, в ходе которой признается правомерность

требований физического или юридического лица о взыскании имущества или денежных средств. Другими словами, с помощью исполнительной надписи кредитор имеет право требовать выполнения должником своих обязательств, минуя суд. Порядок совершения исполнительных надписей регулируют статьи 87-91 Закона Украины «О нотариате». В соответствии со статьей 87 Закона Украины «О нотариате» для взыскания денежных сумм или истребования у должника имущества нотариусы совершают исполнительные надписи на документах, устанавливающих задолженность. Перечень таких документов, изначально целесообразно отразить в договоре, устанавливающем основное обязательство. Не лишним будет определить и последующую процедуру обращения взыскания на предмет ипотеки.

Если основной договор не был нотариально удостоверен, то факт нарушения основного обязательства подлежит доказыванию в судебном порядке, поскольку органы, осуществляющие государственную регистрацию прав на недвижимое имущество (БТИ), не уполномочены проверять и устанавливать этот факт.

## **(2) Нарушение ипотекодателем обязательств, предусмотренных ипотечным договором (статья 12 Закона Украины «Об ипотеки»).**

Ипотекодателем может быть как сам должник, так и его имущественный поручитель, но вне зависимости от того, кто выступил стороной ипотечного договора, нарушение принятых по нему обязательств, приведет к возникновению у ипотекодателя (кредитора) права требовать досрочного выполнения основного обязательства. Отказ или невыполнение должником требования кредитора становится основанием для обращения взыскания на предмет ипотеки.

В каждом из описанных случаев, речь идет именно о праве ипотекодателя на обращение взыскание на предмет ипотеки, а не его обязанности. Срок существования права на обращение взыскания на предмет ипотеки можно ограничить 3 года с момента его возникновения (установленный срок исковой давности в соответствии со статьей 257 ГКУ).

Исчерпывающий перечень законодательно предусмотренных оснований для обращения взыскания на предмет ипотеки, не включает смерть или ликвидацию (реорганизацию) должника/ ипотекодателя.

### **Как обращают взыскание?**

Зафиксировав нарушение/ненадлежащее выполнение основного обязательства или ипотечного договора, ипотекодателью предстоит совершить цепочку юридических действий, позволяющих удовлетворить возникшее требование. Учитывая широкий диапазон активов, которые могут быть предметом ипотеки – здания и сооружения, право аренды, земельные участки и объекты незавершенного строительства – необходимо быть готовыми к специфическим аспектам, сопровождающим обращение взыскания на каждый из перечисленных активов.

#### **Вариант 1. Обращение взыскания на заложенное по ипотечному договору капитальное сооружение/выделенную в натуре часть (например, квартиру).**

Последовательность действий ипотекодателя (кредитора) будет зависеть от наличия/отсутствия права на внесудебное обращение взыскания на предмет ипотеки выраженного либо в отдельном договоре об удовлетворении требований кредитора, либо отраженного в специальной оговорке в тексте договора. Поскольку наименее урегулированным и неоднозначным остается право ипотекодателя на внесудебное обращение взыскания на предмет ипотеки, мы сузим наш анализ до рамок именно такого вида обращения взыскания.

Право на внесудебное обращение взыскания может быть реализовано двумя способами: путем приобретения заложенного имущества в собственность, либо путем его продажи третьему лицу (статья 36 Закона Украины «Об ипотеки»).

В случае приобретения заложенного имущества в собственность, что является не всегда возможным для банковских учреждений в виду 25% ограничения на объем недвижимости в составе активов (статья 48 закона Украины «О банках и банковской деятельности»), порядок действий заинтересованного кредитора будет сводиться к следующему:

Действие первое – уведомление должника о нарушении/ненадлежащем исполнении основного обязательства и/или условий ипотечного договора путем направления на его адрес письменного требования об устранении нарушения. В этом случае у должника появляется право на 30 дневную отсрочку в выполнении обязательств.

В то же время из содержания статьи 35 Закона Украины «Об ипотеки» очевидно, что направленное уведомление не препятствует ипотекодержателю прибегнуть к судебной защите своих прав. Миновать этап и избежать суда, воспользовавшись исполнительной надписью теоретически возможно в трех случаях, если направление уведомления приведет к: (а) уничтожению; (б) повреждению или (в) утрате предмета ипотеки. Вряд ли возможно применить и доказать указанные риски для жилых помещений. А с практической точки зрения, очевидно, что кредитору придется указанные основания доказывать, в том числе нотариусу, который возьмет на себя ответственность поставить исполнительную надпись без проверки факта уведомления должника. А соответственно в ряде случаев целесообразнее выполнить этот этап, нежели попытаться его избежать.

Действие второе – фиксация факта нарушения, если от должника поступили возражения в части указанного нарушения.

Действие третье - определение экспертным путем оценочной стоимости предмета ипотеки на основании отчета субъекта оценочной деятельности. Целесообразно оценку проводить и датировать отчет датой регистрации права собственности.

Действие четвертое – обращение в БТИ с заявлением о регистрации прав собственности на недвижимое имущество по договору об удовлетворении требований кредитора (оригинал и нотариальная копия).

Не позднее осуществления в БТИ регистрации прав собственности на недвижимость на имя кредитора, кредитору необходимо осуществить перечисление должнику суммы превышения стоимости предмета ипотеки над размером обеспеченного требования в размере 90%. Возмещение разницы необходимо перечислить на текущий счет должника или передать в депозит нотариуса с целью соблюдения требований части 3 статьи 37 Закона Украины «Об ипотеки».

На этапе получения из БТИ зарегистрированного правоустанавливающего документа необходимо подготовиться к последующим судебным искам со стороны должника в части: оспаривания оценочной стоимости недвижимости и т.д.

Основной проблемой описанного алгоритма является тот факт, что не производится нотариусом государственная регистрация сделки (договора об удовлетворении требований кредиторов) в реестре сделок. С одной стороны законодательство не содержит требования об обязательной регистрации данной сделки (как например, и в случае с договором дарения), а с другой стороны, в реестре сделок не отразится информация об изменении собственника, что гипотетически может негативно сказаться на последующих сделках с недвижимостью. Если же посредством судебного разбирательства должник докажет, что требовалась государственная регистрация сделки и вообще договор об удовлетворении требований кредиторов подлежал заключению и нотариальному удостоверению лишь после возникновения оснований для обращения взыскания на предмет ипотеки (статья 211 ГКУ), тогда будет установлено, что у ипотекодержателя не возникло право собственности на недвижимость (статья 334 ГКУ).

Если же речь идет о жилой недвижимости, то на этапе оформления прав собственности процесс обращения взыскания не заканчивается и предполагает осуществление новым собственником выселения проживающих лиц и снятие с

регистрации тех лиц, которые оказались зарегистрированными в квартире вопреки положениям ипотечного договора. Выселение фактически проживающих лиц (в случае отсутствия их добровольного согласия) может быть произведено только по решению суда в силу статьи 109 Жилищного кодекса Украины.

Выселение несовершеннолетних детей, даже если они не зарегистрированы в помещении, может быть осуществлено исключительно при согласии органа опеки и попечительства при условии предоставления им другого места проживания с аналогичными или более лучшими жилищными условиями (законы Украины "Об охране детства", «Об основах социальной защиты бездомных граждан и беспризорных детей»). Предоставляемое помещение должно быть пригодно и предназначено для проживания (например, помещение детского дома и т.д.).

Статьей 71 Жилищного кодекса УССР предусматривается сохранение прав на жилье за временно отсутствующими нанимателями, включая членов их семей (например, лица, пребывающие в местах лишения свободы, призывники). Однако данная норма распространяется исключительно на отношения найма жилых помещений государственного и общественного (коммунального) жилого фонда (статья 4, глава 2 Жилищного кодекса УССР), соответственно норма не может воспрепятствовать банку в отчуждении заложенной квартиры. В то же время для чистоты сделки банку предварительно необходимо произвести выселение указанных лиц в соответствии со статьей 109 ЖКУ.

Столь «упрощенный» вариант обращения внесудебного взыскания как приобретение ипотекодержателем в собственность предмета ипотеки, которым является жилое помещение, оказывается достаточно длительным, спорным и сложным на практике.

Вариант же внесудебного обращения взыскания на предмет ипотеки путем его продажи ипотекодержателем не находит своего практического применения в виду следующих сложностей:

- для продажи предмета ипотеки на основании договора купли-продажи ипотекодержателю необходимо будет оформить правоустанавливающий документ – то есть осуществить ранее описанный алгоритм действий, завершающийся получением зарегистрированного в БТИ договора об удовлетворении требований кредиторов;

- получить справку-характеристику из БТИ (извлечения из реестра прав собственности на недвижимое имущество). Шансы осуществить это действие сведены к нулю, поскольку выдача справок(извлечений) производится исключительно по запросу собственников и правоохранительных органов;

- получить справку по форме 3 из ЖЕК, обслуживающего дом, в котором находится квартира, - документ, удостоверяющий отсутствие зарегистрированных лиц;

- за 30 дней до заключения договора купли-продажи ипотекодержатель должен уведомить о своем намерении заключить договор следующих лиц: ипотекодателя и всех лиц, которые имеют зарегистрированные в установленном порядке права или требования на предмет ипотеки (статья 38 закона Украины «Об ипотеки»).

Усложненный вариант обращения внесудебного взыскания на предмет ипотеки путем его продажи приводит к утрате его практической целесообразности.

## **Вариант 2. Обращение взыскания на заложенный земельный участок по ипотечному договору**

Земельные участки являются специфическими предметами ипотеки не только с точки зрения процедуры заключения договора ипотеки (статья 6, 15 закона Украины «Об ипотеке»), но и с учетом последующей процедуры обращения на них взыскания. Обращение взыскания является одним из способов прекращения прав на земельный участок согласно статье 140 ЗКУ. При этом обращает на себя внимание тот факт, что обращение взыскания на земельный участок не является его отчуждением. Отсутствие отчуждения земельного участка при обращении взыскания на него является достаточно актуальным для целей определения последующей процедуры оформления прав

собственности на земельный участок на ипотекодержателя, а именно, с получением государственного акта на право собственности на земельный участок или с проставлением отметки на ипотечном договоре. В соответствие со статьей 126 ЗКУ одним из документов, удостоверяющим право собственности на земельный участок, является гражданско-правовая сделка относительно отчуждения земельного участка, заключенная в порядке, установленном законом в случае приобретения права собственности на земельный участок по такому договору. В связи с этим возникает вопрос о возможности или невозможности отнесения договора об удовлетворении требований кредиторов к числу правоустанавливающих документов на земельный участок, не требующих дополнительного оформления государственного акта на право собственности. Исходя из положений статей 126, 140 ЗКУ, данный договор не относится к числу договоров, по которому происходит отчуждение земельного участка, поскольку по этому договору происходит обращение на него взыскания.

При обращении взыскания на земельный участок необходимо помнить о следующих специфических аспектах данной процедуры:

- земельный участок частной собственности подлежит продаже на земельных торгах, проводимых в форме аукциона (статья 139 ЗКУ). Порядок проведения торгов по продаже заложенного имущества утвержден Приказом Минюста №68/5 от 27.10.1999 года 1448, п.5.10.4. Инструкции о проведении исполнительных действий, утвержденной Приказом Минюста №74/5 от 15.12.1999 года. При этом необходимо обратить внимание на тот факт, что проведение земельных торгов является видом деятельности, требующем лицензирования при отсутствии на текущий момент лицензионных условий (пункт 58 статьи 9 закона Украины «О лицензировании определенных видов хозяйственной деятельности»). Судебная практика подтверждает возможность проведения земельных торгов субъектами, не имеющими лицензий до момента утверждения лицензионных условий (например, Решение Хозяйственного суда Херсонской области по делу №4/109-ПД -09 от 19.05.2009). При этом следует учесть, что мораторий на отчуждения земельных участков сельскохозяйственного товарного производства и земель личного крестьянского хозяйства, также как и паев (пункт 15 Переходных положений Земельного кодекса Украины) воспрепятствует продаже указанных участков посредством проведения публичных торгов. Но судебная практика подтверждает возможность обращения взыскания на указанные земельные участки без проведения аукциона путем признания прав собственности на земельные участки ЛКХ и ТСП на имя кредитора. Основанием для такой судебной позиции является не распространение моратория на обращение взыскания на земельный участок, которое не тождественно его отчуждению в силу статьи 140 ЗКУ.

- обращение взыскания на земельные участки, предназначенные для ведения товарного сельского производства, производится в случаях, когда у собственников земельных участков, отсутствует другое имущество, на которое может быть обращено взыскание, если иное не предложено собственником земельного участка (статья 139 ЗКУ).

В результате процедура обращения взыскания на переданный в ипотеку земельный участок будет иметь следующий вид :

Действие первое - уведомление должника о нарушении основного обязательства и/или условий ипотечного договора путем направления на его адрес письменного требования об устранении нарушения (статья 35 закона Украины «Об ипотеки»);

Действие второе – обращение в суд с требованием об обращении взыскания на заложенный участок путем проведения публичных торгов;

Действие третье – организация государственным исполнителем публичных торгов с формированием лота в виде земельного участка (статья 62 закона Украины «Об исполнительном производстве»);

Действие четвертое - заключение договора купли-продажи земельного участка по результатам проведенных торгов с победителем аукциона. Договор подлежит нотариальному удостоверению с приложением государственного акта предшественника и

проставление нотариусом отметки о его регистрации в соответствии с Постановлением КМУ от 6 мая 2009 г. N 439

Действие четвертое – регистрация договора в местных органах земельных ресурсов без использования технической документации по землеустройству на изготовление документов, удостоверяющих права на земельный участок в соответствии с Приказом Госкомзема от 22 июня 2009 года N 326. При этом, органам земельных ресурсов предоставлено только 14 календарных дней для регистрации прав. Именно с момента регистрации прав на земельный участок заинтересованный приобретатель сможет считать себя собственником земельного участка.

Как видим, применение публичных торгов для продажи заложенного участка позволяет избежать переоформления государственного акта и оформления технической документации.

Если же право собственности в результате обращения взыскания на заложенный участок будет признано за ипотекодержателем на основании решения суда, следуя существующей судебной практике, то в этом случае потребуются оформление государственного акта на право собственности на земельный участок в соответствии со статьей 126 ЗКУ.

**Вариант 3. Обращение взыскания на переданное в ипотеку право аренды земельного участка, отведенного под строительство объекта недвижимости.**

В соответствии со статьей 5 Закона Украины «Об ипотеки» указанное право аренды приравнено к объектам недвижимости и может быть предметом ипотеки. В случае, если речь идет

Действующее законодательство не содержит определение специфических особенностей в части обращения взыскания на такой нестандартный предмет ипотеки.

Учитывая договорную природу такого права как право аренды, изначально при заключении договора ипотеки сторонам рекомендуется заключить один из следующих вспомогательных договоров для понимания последующей процедуры обращения взыскания:

(а) договор купли-продажи права аренды земельного участка под отлагательным обстоятельством (с согласия арендодателя).

(б) договор о замене стороны в обязательстве (в договоре аренды земельного участка) под отлагательным обстоятельством, при участии арендодателя, арендатора и ипотекодержателя

В каждом из описанных вариантов отлагательным обстоятельством, приводящим в силу договору, будет факт нарушения основного обязательства

### **Как предотвратить взыскание?!**

К большому удивлению, способов предотвращения/усложнения процесса обращения взыскания на предмет ипотеки гораздо больше, чем шансов у ипотекодержателя на поистине «внесудебное» удовлетворения своих притязаний за счет предмета ипотеки .

В арсенале у ипотекодателя можно выделить следующие способы защиты актива от обращения на него взыскания:

**(1) Возбуждения дела о банкротстве ипотекодателя или его ликвидации,** независимо от наступления срока выполнения должником основного обязательства по кредитному договору (ч.2 ст.33 Закона Украины «Об ипотеке»). В этом случае обращение взыскания на переданное в ипотеку имущество не может быть реализовано в момент его возникновения вследствие установления судом моратория на удовлетворение требований кредитора и наложением ареста на залоговое имущество, исходя из требований Закона Украины «О возобновлении платежеспособности должника или признание его банкротом» (ст.12). Кроме того, в процедуре банкротства вследствие установления банком таких ограничений банк не сможет удовлетворить своих требований и за счет

иного имущества должника, если иное не будет установлено планом санации или мировым соглашением между банком и должником.

**2) Обращение в суд с исковыми требованиями о признании ипотечного договора недействительным с применением обеспечительных мер – в виде запрета осуществлять определенные действия (обращать взыскание на предмет ипотеки) или в виде ареста на имущество.** Возможно, данный иск и не будет обречен на удовлетворение, но существенно отодвинет момент возникновения права ипотекодержателя на обращение взыскания на предмет ипотеки.

**3) Невозможность реализации механизма выселения жильцов из жилых помещений вследствие отсутствия жилых помещений, относящихся к фонду жилья для временного проживания (ст.ст.109, 1321 и 1322 ЖКУ),** кроме случаев обращения взыскания на предмет ипотеки, который был обеспечением выполнения кредитного обязательства. Кроме того, при появлении в будущем таких помещений указанный механизм применим только в случаях, если реализуется недвижимость, приобретенная за счет кредита.

**4) Наличие вопросов выселения детей, имеющих право пользования или право собственности на предмет ипотеки, что влияет на результат реализации имущества.** Получение согласия органов опеки и попечительства на момент заключения ипотечного договора еще не является гарантией безпроблемной реализации жилья, права на которое имеют дети.

**5) Возникновение проблем в случае смерти ипотекодателя,** в частности, в случае завещания им своего имущества государству, которое не сможет отвечать как наследник по долгам физического лица, либо в случае отсутствия у ипотекодателя наследников и составленного завещания на конкретных лиц, вследствие чего возникает вопрос о признании наследственной массы ипотекодателя (в т.ч. и предмета ипотеки) отумершей и возможности получения компенсации от территориальной громады (ст.1277 ГК).

**6) Самовольные реконструкции/перепланировки в объектах недвижимости, препятствующие получению справки-характеристики на имущество и его последующей реализации.**

Однако даже создав препятствия для обращения взыскания на переданное в ипотеку имущество, должник, особенно физическое лицо, останется должником перед кредитором до момента погашения своего обязательства. Так, может имеет смысл пожертвовать заложенным имуществом и приобрести свободу от долговых обязательств?!