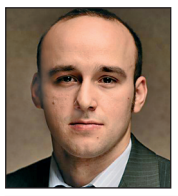
pt_7(205).qxp 22.02.2008 22:02 Page 8



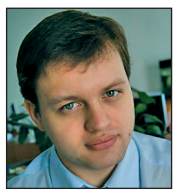
# Договорные обязательства

КОММЕНТАРИИ СПЕЦИАЛИСТОВ



**Дмитрий Сичкарь, адвокат департамента недвижимости АК «Коннов и Созановский»**

Актуальным вопросом является возможность одновременного удостоверения договоров купли-продажи недвижимости и ипотеки. Согласно ст. 18 ЗУ «Об ипотеке» (*далее – Закон № 898*) в случае, если ипотекой обеспечивается возвращение ссуды, кредита для приобретения недвижимого имущества, которое передается в ипотеку, договор купли-продажи этого недвижимого имущества и ипотечный договор могут заключаться одновременно. Однако согласно ч. 3 ст. 6 ЗУ «О государственной регистрации вещных прав на недвижимое имущество и их ограничений» сделки относительно недвижимости совершаются, если право собственности на него зарегистрировано в соответствии с этим Законом. Таким образом, согласно специального Закона, который устанавливает порядок государственной регистрации вещных прав на недвижимое имущество и их ограничений, исключена возможность заключения договора ипотеки до момента регистрации прав собственности на недвижимость. На сегодняшний день нотариусы, исходя из принципа разумности и удобства, применяют положения специального Закона № 898, игнорируя нормы другого специального закона.



**Владислав Кисиль, юрист банковско-финансовой группы Salans (киевский офис)**

Стороны ипотечного договора (особенно ипотекодержатель) зачастую подвержены риску признания договора недействительным. Этот риск обусловлен отсутствием в законодательстве требования обязательной регистрации ипотечного договора в Государственном реестре ипотек, а также несовершенством системы государственной регистрации обременений недвижимого имущества. На практике может возникнуть ситуация, когда недобросовестный ипотекодатель скрывает факт предыдущей ипотеки, возникшей до даты заключения последующего ипотечного договора. В этом случае последующий ипотечный договор может быть признан недействительным, так как он заключен без согласия первичного ипотекодержателя по предыдущему договору. Аналогичный риск несут и запреты судов на отчуждение имущества, которые согласно решению Высшего хозяйственного суда Украины могут привести к недействительности ипотечного договора, заключенного в период действия такого запрета. Даже если информация о нем не была внесена в Единый реестр запретов отчуждения объектов недвижимого имущества (Постановление Высшего хозяйственного суда Украины от 05.06.2007 по делу № 18/513).

**Ольга Гарасымив, юрист ЮФ «Магистр & Партнеры»**

На практике о проблемах переговорного процесса можно говорить тогда, когда у сторон есть возможность вести переговоры и достигать соглашения по тем или иным положениям договора ипотеки. В то же время, на данный момент банки и другие финансовые учреждения не всегда предоставляют такую возможность их клиентам. И если у юридических лиц, особенно крупных предприятий, еще есть возможность «поторговаться», то физические лица, зачастую, вынуждены соглашаться со всеми условиями договора ипотеки, которые выдвигает банк, либо искать другое финансовое учреждение. Если же переговоры имеют место, то у сторон могут возникнуть проблемы в связи с предметом ипотеки, в частности, насколько он может обеспечить выполнение основного обязательства, его стоимостью, необходимостью страхования предмета ипотеки, ответственности за нарушения условий договора и др.

## Стороны договора ипотеки не могут устранить все риски, но способны их минимизировать

**Наиболее распространенным основанием для оформления ипотеки является заключение ипотечного договора (залога недвижимости), который заключается между одним или несколькими ипотекодателями и ипотекодержателями в письменной форме, и нотариально удостоверяется. По словам экспертов, в договоре должны быть отображены важные условия. Например, содержание и размер основного обязательства, срок и порядок его выполнения, и/или ссылка на правомочие, в котором установлено основное обязательство. В случае невыполнения или ненадлежащего выполнения должником основного обязательства, ипотекодержатель согласно основному обязательству может подать взыскание на предмет ипотеки. Как и при заключении любого иного договора, стороны договора ипотеки несут определенные риски.**

### Казусы договорных отношений

Если такие риски невозможно устранить, часть из них можно минимизировать. В частности, **Ольга Гарасымив, юрист ЮФ «Магистр & Партнеры»** выделяет следующие риски, связанные с правовым регулированием отношений ипотеки:

• недостаточность, нечеткость правового регулирования тех или иных отношений ипотеки (например, возможность передачи в ипотеку права аренды и постоянного пользования, способы передачи в ипотеку незавершенного строительства);

• изменения в законодательстве (например, в конце 2005 года в Законе появилась норма, согласно которой запреты и ограничения относительно отчуждения и целевого использования земельных участков, установленные Земельным кодексом Украины, действуют и при ипотеке);

• несоответствие заключенного договора ипотеки требованиям законодательства (например, отсутствует одно или несколько существенных условий и/или некоторые положения договора противоречат законодательству;

• не получено согласие органов опеки и попечительства на передачу в ипотеку недвижимости, собственником которой является ребенок;

• договор ипотеки заключен директором юридического лица с превышением полномочий.

К коммерческим рискам сторон договора ипотеки специалист относит следующие:

• невыполнение или ненадлежащее выполнение обязанностей по договору;

• гибель предмета ипотеки;

• уменьшение стоимости предмета ипотеки, увеличение расходов на его содержание;

• банкротство ипотекодателя.

«Что касается практики, то случаи бывают разные, и цена вопроса в каждом из них также отличается. Например, если стороны договора ипотеки не предусмотрели возможности замены предмета ипотеки и/или порядка получения разрешения ипотекодержателя на его отчуждение, то такую ситуацию можно исправить, в частности, путем внесения соответствующих изменений в договор. Однако неизвестно, готов ли потенциальный покупатель недвижимого имущества, находящегося в ипотеке, ждать завершения указанной процедуры», – говорит госпожа Гарасымив.

Другое дело, если нотариус на основании договора ипотеки наложил запрет на отчуждение большего количества недвижимого имущества, принадлежащего ипотекодателю на правах собственности, нежели предусмотрено таким договором (скажем, в договоре указано строение «А», а нотариус включает в запрет и строение «Б»), а ипотекодатель узнает об этом не сразу. Ситуацию можно исправить, но на это потребуется время, а потенциальный покупатель не всегда готов ждать.

Бывает и так, что одно и то же имущество ипотекодержатель берет в ипотеку дважды, от двух разных ипотекодателей. Именно таким образом один из украинских банков недавно взял в ипотеку (залог) имущественные права:

а) на будущий дом полностью – у застройщика;

б) имущественные права на часть того же дома – у посредника, купившего ранее у застройщика часть квартир для перепродажи физическим лицам.

В данном случае может помочь такой пункт в договоре, как описание предмета ипотеки для его идентификации, уточняет **юрист ЮФ «Ильяшев и Партнеры» Евгений Фреюк.** Для ипотекодержателя выгоднее эту информацию изложить подробно во избежание недоразумений при обращении взыскания на заложенное имущество. Также для заложенного участка необходимо указывать его целевое назначение. Предметом ипотеки могут быть объекты недвижимости (здания, участки, объекты незавершенного строительства), права аренды на недвижимость, предоставляющие ипотекодателю право строить, владеть и отчуждать объект.

### Все по пунктам

Заключение договора ипотеки, по информации юриста ЮФ «Ильяшев и Партнеры», – один из видов обеспечения исполнения основного обязательства. Условия договора вступают для сторон в силу с момента его нотариального удостоверения. Договор подлежит государственной регистрации в реестре отягощений недвижимого имущества. При несоблюдении последнего условия договор остается в силе, но не устанавливает приоритет для требований ипотекодержателя. Юрист отмечает, что его действие напрямую зависит от действия основного договора. Так, при признании судом основного соглашения недействительным или никчемным, ипотека также прекращает действие, поскольку обязательство, которое ею обеспечено, прекратилось.

Договор ипотеки, по информации господина Фреюка, должен содержать следующие существенные условия.

1) Стороны

Для юридических лиц – резидентов:
наименование
местонахождение
идентификационный код в ЕГР
Для юридических лиц – нерезидентов:
наименование
местонахождение
государство регистрации юридического лица
Для граждан Украины:
ФИО
местожительство (адрес регистрации)
идентификационный номер из ЕГРФЛ
Для иностранных граждан:
ФИО
адрес постоянного местожительства за пределами Украины.

2) Содержание основного обязательства, которое обеспечивается ипотекой и/или отсылку к соответствующей сделке.

3) Описание предмета ипотеки для его идентификации.

4) Ссылка на выдачу закладной.

Если договор не содержит хотя бы одно из вышеуказанных условий, он может быть признан недействительным в судебном порядке. Договор ипотеки может содержать и иные положения: цену объекта ипотеки, ссылки на правоустанавливающие документы, данные об ограничениях и отягощениях, определение способа обращения взыскания на объект.

**Бывает и так, что одно и то же имущество ипотекодержатель берет в ипотеку дважды**

Хотя **первый заместитель председателя правления Диамантбанка Дмитрий Войтухов** указывает на невозможность передачи в ипотеку объектов неоконченного строительства, право собственности на которое возникнет в будущем. Ипотека незавершенного объекта проходит только путем передачи в залог прав на земельный участок, где находится ОНС, а не недвижимое имущество.

Еще одной особенностью предмета ипотеки, по словам господина Фреюка, является то, что ипотекодержателем земельных участков сельхозназначения могут быть только банки. А, учитывая ограничения на отчуждение некоторых видов аграрных наделов, установленные временно Земельным кодексом Украины, то и банки с опаской относятся к их ипотеке (имеются в виду земли для товарного сельхозпроизводства).

Проблемы возникают и при описании в договоре предмета ипотеки. Часто случается так, что, если ипотекодатель передает в ипотеку недвижимое имущество, состоящее из нескольких строений (например, целостный имущественный комплекс), возникает проблема идентификации строений из-за несовпадения в обозначениях. Распространены случаи, когда одни и те же строения в техническом паспорте, выписке из реестра собственности и других документах обозначены разными литерами. Изредка не совпадают даже площади строений, вследствие чего значительно усложняется процесс заключения договора.

# Чей риск весомей?

## Основной риск для банка – потеря платежеспособности клиента, для ипотекодателя – квартиры

В процессе заключения договора ипотеки банк подвергается существенным рискам. Основные из них – признание договора ипотеки недействительным в судебном порядке, усложнение реализации специфических объектов ипотеки (морских, воздушных суден, объектов незавершенного строительства), либо недостаточная ликвидность предмета ипотеки. Основному риску подвергается все-таки ипотекодержатель, в то время как для ипотекодателя риски практически отсутствуют.

Почему это так, поясняет **первый заместитель председателя правления Диамантбанка Дмитрий Войтухов**: «Как известно, по требованию одной из сторон договор может быть признан судом недействительным полностью или в определенной части. Условия, при которых это может наступить, определены Хозяйственным кодексом Украины. В частности, это несоответствие требованиям закона или заключение договора с нарушением хотя бы одной из сторон хозяйственной компетенции (специальной правосубъектности)».

На практике очень редко, но все-таки случается подписание правочина неуполномоченным лицом. Так, даже если договор подписан директором (президентом) компании, и указано, что данное лицо действует на основании устава, может оказаться так, что в уставе ограничены его полномочия на подписание данного вида договора или это должностное лицо не может подписывать договора на сумму, превышающую определенный лимит, без согласия коллегиального органа.

Еще один вариант – заведомый подлог документов, когда предоставляется копия устава, заверенного нотариусом, в которой не отображены последующие изменения, ограничивающие правосубъектность директора (президента). Однако, если данные факты были обнаружены после вступления договора в силу, и ни одна из сторон не требует в судебном порядке признания его недействительным, гражданские и хозяйственные отношения будут продолжать существовать.

Проблемы также могут быть связаны с резким ухудшением здоровья ипотекодателя, либо даже с его смертью. Однако такие риски обычно покрываются за счет страхования.

Так, страховка может покрыть убытки от:

• утраты жизни или трудоспособности;

• нанесения ущерба имуществу;

• утраты права собственности на квартиру (титула).

Однако большой риск для банка – неплатежеспособность ипотекодателя. Действующее законодательство Украины делает достаточно сложным процесс выселения жильца из квартиры.

Что же касается риска самого ипотекодателя, то самый главный риск для него – потерять квартиру в случае потери платежеспособности.