

УДК 347.27

Л.В. СІТОВСЬКА, Відкритий міжнародний університет «Україна»

## ПОТЕКА: ФІНАНСОВО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

**Ключові слова:** іпотека, іпотечне кредитування, термінологія

Іпотека є складною науковою категорією, яка поєднує в собі економічну і правову складову. Перша пов'язана з інвестиціями в народне господарство країни, а друга – забезпечує юридичний базис для безпечного здійснення операцій учасниками іпотечної системи. Важливість іпотеки очевидна, оскільки в розвинених країнах вона є основним механізмом залучення інвестицій у будівництво. Більше того, іпотечний механізм є важливим соціально-економічним фактором розвитку країни [1].

Повноцінна стабільна робота іпотечного механізму можлива лише за умови, що всі елементи цього механізму добре продумані, базуються на науково обґрунтованих принципах, а методики кредитування відповідають сучасній економічній ситуації і враховують стан законодавчо-нормативної бази в країні.

Питанню іпотечного кредитування присвячено досить багато наукових робіт. Однак у них розриваються в основному економічні питання. Зокрема, питання іпотечного кредитування досліджувались Д. Джонсоном, О. Євтухом, А. Івановою, В. Івановою, Н. Косаревою, В. Кудрявцевою, М. Левіним, М. Міхаелом, І. Пучковською, М. Равісом, К. Сірмансом, Р. Страйком, І. Телгарським, Дж. Шерманом, Г.М. Шнайдерманом, Г. Циліною. В той же час правові проблеми, зокрема стосовно правового поля України, недостатньо розкриті та потребують більш ґрунтовних досліджень. Деякі роботи, наприклад, В. Грудзевича, М. Лабецької, Р. Майданика – недостатньо розкривають сутність іпотеки з правової точки зору, в тому числі, її правову природу. Звідси, метою статті є окреслити авторський

погляд щодо правової природи іпотеки на основі сучасних наукових досліджень і економіко-правового становища в країні. Її новизна полягає у розкритті юридичного механізму, який забезпечує реалізацію принципу довіри-відповідальності у іпотечних кредитних відносинах.

Поняття «іпотека», «іпотечний кредит» містяться у вітчизняному законодавстві. Закон України «Про банки і банківську діяльність» (ст.49) та Господарський кодекс (ст.347) визначають іпотечний кредит як один з видів банківського кредиту. Визначення іпотеки міститься у Законі України «Про іпотеку»: «іпотека – вид забезпечення виконання зобов'язання нерухомим майном, що залишається у володінні і користуванні іпотекодавця, згідно з яким іпотекодержатель має право в разі невиконання боржником забезпеченого іпотекою зобов'язання одержати задоволення своїх вимог за рахунок предмета іпотеки переважно перед іншими кредиторами цього боржника...» (п.1) [2]. В цьому визначенні ключовими є такі елементи: 1) предметом забезпечення виступає нерухомість; 2) забезпечення лишається в користуванні іпотекодавця. Ці елементи відрізняють іпотеку від інших видів заставного забезпечення. У випадку неплатоспроможності боржника вимоги кредитора задовольняються шляхом продажу майна яке слугує забезпеченням – як і при звичайній заставі.

Поняття «іпотека» було вперше визначено в ст.30 Закону України «Про заставу»: – іпотекою визнавалася застава землі, нерухомого майна, за якої земля та (або) майно, що становить предмет застави, залишається у заставодавця або третьої особи [3]. З прийняттям Закону України «Про іпотеку», іпотека була визначена як самостійний вид забезпечення виконання зобов'язань, але з таким же економічним змістом як і застава нерухомості – при цьому ст.30 Закону України «Про заставу» була виключена. Позитивним кроком у розвитку законодавства стало те, що в Законі

«Про іпотеку» предметом іпотеки (крім нерухомості належної на праві власності) визначено об'єкти незавершеного будівництва, майнові права на нього, інше нерухоме майно, яке стане власністю іпотекодавця після укладення іпотечного договору; а також право оренди чи користування нерухомим майном, яке надає орендарю чи користувачу право будувати, володіти та відчужувати об'єкт нерухомого майна (ст.5) [2]. Це створює основу для збільшення обсягів іпотечного інвестування за рахунок охоплення нових об'єктів нерухомості.

Основою іпотеки як такої є юридичний механізм забезпечення вимог кредитора-іпотекодержателя шляхом реалізації заставної нерухомості. А саме він набуває право одержати відшкодування з вартості заставленого нерухомого майна переважно перед іншими кредиторами. Тим самим відбувається ґрунтовний захист інтересів кредитора. Адже нерухомість як актив має фіксоване місце розташування і вимагає нотаріального посвідчення договорів відчуження – тим самим ризик незаконного продажу зводиться майже до нуля. З іншого боку, нерухомість має високу вартість і дуже повільно зношується (а земельні ділянки взагалі не зношуються) – це робить нерухомість ідеальним забезпеченням при довгостроковому кредитуванні. Іпотека таким чином – забезпечення яке викликає довіру з боку кредитора.

Позичальник при іпотечному кредитуванні змушений виконувати свої зобов'язання. По-перше, заставну нерухомість на відміну від деякого іншого майна, такого як товари в обороті, «списати» з балансу вкрай важко. По-друге, у випадку примусової реалізації заставної нерухомості позичальник втратить значні кошти: на дії виконавчої служби, на проведення прилюдних торгів, на дисконт в зв'язку з реалізацією з обмеженим періодом експозиції. Це все робить несплату боргу по іпотечному кредиту вкрай не вигідною для позичальника.

Як ми бачимо, іпотека базується на взаємозв'язку двох понять – довіра (позичальника до кредитора) і відповідальність (кредитора перед позичальником). Іншими словами, принцип довіри-відповідальності є основою роботи іпотечного механізму. Всі нормативні акти, які стосуються іпотеки, спрямовані на те, щоб забезпечити даний принцип у конкретній кредитній угоді. Кредитор в іпотечному механізмі буде видавати кошти лише тоді, коли він має довіру до позичальника. Довіра забезпечується впевненістю в тому, що позичальник поверне кредитні кошти (добровільно або примусово). Добровільне повернення можливе гарантується завдяки тому, що позичальник знає – у випадку неповернення коштів він може втратити більшу суму при ініціюванні судових процедур проти нього. Дослідження, проведені в США, свідчать про пряму залежність між рівнем LTV по іпотечному кредиту і між ризиком неповернення позичальником коштів [4, 5]: при LTV в межах 80 % ймовірність неповернення не перевищувала 2 %. Що стосується України, О.О. Євтух [6] показав, що оптимальний рівень LTV для забезпечення високої відповідальності позичальника знаходиться в межах до 70 %. Цей рівень вищий ніж у США, що пояснюється більшими витратами по стягненню боргу при примусовому продажу об'єкту нерухомості в Україні.

Іншими словами, можна стверджувати, що правова природа іпотеки полягає у забезпеченні юридичного механізму, який сприяє реалізації принципу довіри-відповідальності між кредитором і позичальником. На підвищення рівня довірчо-відповідальних відносин спрямовані наступні елементи: внесення іпотек до Державного реєстру речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень, існування «права слідування», захист вимог перших заставодержателів за принципом старшинства. Принцип старшинства полягає в тому, що заставне право, яке виникло раніше, користується перевагою перед правами, які виникли

пізніше, незалежно від термінів виконання зобов'язань. Право слідування встановлює, що при переході права власності на предмет іпотеки обтяження майна іпотекою зберігається<sup>1</sup>. Як ми бачимо, механізм побудовано так, щоб підвищити відповідальність боржника і довіру кредитора, тобто в кінцевому випадку – на підвищення капіталізації іпотечної системи.

Підставою для виникнення довірчо-відповідальних відносин між кредитором і позичальником слугують юридичні документи, які забезпечують повернення кредитних коштів: кредитний договір плюс договір іпотеки або заставна, а також законодавчі акти стосовно питань іпотечного кредитування в сукупності з правовим механізмом, який забезпечує реалізацію даних актів на практиці. На жаль, у цьому правовому механізмі існує ряд моментів, що говорять про необхідність більш глибокого опрацювання законодавчої бази щодо іпотечного кредитування. Розглянемо проблемні юридичні питання іпотеки в Україні.

Порівняємо визначення, яке дає Закон України «Про іпотеку» з тими, які дають законодавці зарубіжних країн. Так, у Швейцарії іпотекою вважають таке речове забезпечення зобов'язання, що виникає на основі договору або закону за умови занесення запису в реєстр нерухомості [7, с.586]; в законодавстві Польщі визначено, що іпотека надає кредитору право витребувати майно, що забезпечує його вимогу (в тому числі у третьої особи, що придбала заставне майно) і задовольнити свої вимоги із вартості заставленого майна незалежно від того, у чийй власності вона знаходиться і з пріоритетом перед особистими кре-

диторами власника нерухомості [7, с.588]. Порівнявши ці визначення з визначенням поданим українським законодавцем, бачимо, що в Україні додатково вводиться обмеження щодо «володіння і користування» забезпеченням суто іпотекодавцем. Ще більше ускладнює Закон України «Про іпотеку» [2] той факт, що ст.23 стверджує «У разі переходу права власності (права господарського відання) на предмет іпотеки від іпотекодавця до іншої особи, у тому числі в порядку спадкування чи правонаступництва, іпотека є дійсною для набувача відповідного нерухомого майна, навіть у тому випадку, якщо до його відома не доведена інформація про обтяження майна іпотекою». З іншого боку, ч.4 цієї статті стверджує «У разі видачі заставної перехід права власності на предмет іпотеки не допускається до повного задоволення вимоги за заставною, крім переходу права власності на предмет іпотеки в порядку спадкування чи правонаступництва.» Як бачимо, існує протиріччя – з одного боку в ст.1 та п.4 ст.24 іпотека розглядається з позицій максимального захисту інтереси кредитора. З іншого, ч.1 п.24 встановлює що іпотека яка оформлена підписанням договору іпотеки дає можливість іпотекодавцю розпоряджатись своїм майном. Пункт 29 Закону встановлює ще одне додаткове обмеження щодо розпорядження предметом іпотеки – «іпотекодавець має право виключно на підставі згоди іпотекодержателя: зводити, знищувати або проводити капітальний ремонт будівлі (споруди), розташованої на земельній ділянці, що є предметом іпотеки, чи здійснювати істотні поліпшення цієї земельної ділянки; передавати предмет іпотеки у наступну іпотеку; відчужувати предмет іпотеки; передавати предмет іпотеки в спільну діяльність, лізинг, оренду, користування».

Очевидно, що дозвіл на розпорядження іпотекодавцем нерухомістю є прогресивним, адже навіть при передачі права власності на предмет іпотеки інтереси іпотекодержателя будуть все одно захищені (новий власник бу-

<sup>1</sup> На нашу думку, право слідування є складовою іпотеки, на відміну, приміром, від товарів в обороті. Товари в обороті перестають бути предметом забезпечення з моменту переходу права власності на них до покупця, в той час як нові товари, вказані в договорі про заставу, стають предметом забезпечення з моменту виникнення в заставодавця права власності на них.

де нести відповідальність в межах вартості предмета іпотеки, як і іпотекодавець). У той же час він дасть можливість більш активного обертання вартості нерухомості в країні, що відображає інтереси учасників ринку нерухомості. Крім того, у випадку дефолту боржника процедура отримання кредитором коштів спрощується – нерухомість разом з приєднаними до неї зобов'язання перейде в руки іншого власника – спроможного розрахуватись за кредитом.

Саме тому за кордоном механізм іпотечного забезпечення боргу дозволяє вільний перехід обтяженої іпотекою нерухомості від одного власника до іншого. Внесення відповідних змін у Закон усуне юридичну колізію щодо трактування іпотеки і забезпечить повноцінне включення обтяженої іпотекою нерухомості у господарський оборот.

Цікавою є недостатня проробленість питання припинення іпотеки. Пункт 9 ст.16 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» стверджує: «Державна реєстрація припинення іпотеки, обтяження проводиться на підставі заяви обтяжувача, яку він зобов'язаний подати протягом п'яти робочих днів з дня припинення іпотеки, обтяження самостійно або на письмову вимогу боржника чи іншої особи, права якої порушено через наявність таких реєстраційних записів». На практиці така нечіткість формулювання призводить до того, що банк намагається покласти питання зняття іпотеки – на боржника. Іноді це викликає ряд проблем – зокрема щодо повноважень особи (боржника), яка передає цю заяву. Ще одним питанням, яке потребує доробки, є неузгодженість між Цивільним кодексом та Законом України «Про іпотеку». Стаття 575 Цивільного кодексу [8] розглядає іпотеку як один з видів застави, тоді як з прийняттям Закону «Про іпотеку» іпотека визначена в ньому як окремих вид забезпечення виконання зобов'язань.

Таким чином, зазначимо, що правова природа іпотеки полягає у забезпеченні юридичного механізму, який сприяє реалізації принципу довіри-відповідальності між кредитором і позичальником.

До проблем іпотечного кредитування, які стосуються правової природи іпотеки, можна віднести: надмірний акцент на зобов'язальній складовій, неоднорідність тлумачення щодо питання переходу права власності на предмет іпотеки і щодо віднесення/невіднесення іпотеки до застави.

## ЛІТЕРАТУРА

1. Евтух А. Т. Ипотека – механизм эффективного использования ресурсов / А. Т. Евтух. – Л. : Волин. обл. типография, 2001. – 316 с.
2. Закон України «Про іпотеку» : від 05.06.2003 р., № 898–IV [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/898-15>.
3. Закон України «Про заставу» : від 02.10.1992 р., № 2654–XII (Редакція станом на 08.04.2012) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2654-12>.
4. Van Order R. The hazards of default // Secondary Mortgage Markets. – Washington DC : Freddie Mac, 1990. – P. 91–102.
5. Vandell K. D., Barnes W., Hartzell D., Kraft D., Wendt W. Commercial mortgage defaults: proportional hazards estimation using individual loan histories // Journal of the American Real Estate and Urban Economics Association. – 1993. – № 4. – P. 451–480.
6. Євтух О. О. Оцінка нерухомості при іпотечі : монографія / О. О. Євтух. – Л. : РВВ Вежа, 2006. – 272 с.
7. Залесский В. В. Основные институты гражданского права зарубежных стран: сравнительно-правовые исследования / В. В. Залесский. – М. : Норма, 2000. – 648 с.

8. Цивільний кодекс України : від 18.03.2004 р., № 1618-IV [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1618-15>.

*Сітовська Л. В. Іпотека: фінансово-правовий аспект / Л. В. Сітовська // Форум права. – 2013. – № 1. – С. 908–912 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://archive.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2013-1/13clvfpa.pdf>*

Розглянуто іпотеку з фінансово-правової точки зору. Показано, що іпотека дозволяє реалізувати принцип довіри-відповідальності у кредитних взаємовідносинах. Показано залежність між рівнем LTV та рівнем кредитного ризику. Розкрито ряд проблем законодавства з іпотеки та запропоновано шляхи їх усунення.

\*\*\*

*Ситовская Л.В. Ипотека: финансово-правовой аспект*

Рассмотрена ипотека с финансово-правовой точки зрения. Показано, что ипотека позволяет реализовать принцип доверия-ответственности в кредитных взаимоотношениях. Показана зависимость между уровнем LTV и уровнем кредитного риска. Раскрыто ряд проблем ипотечного законодательства и предложены пути их решения.

\*\*\*

*Sitovskaya L.V. Mortgage Crediting: Financial and Legislative Aspects*

Mortgage is overlooked in the article. The author underlines that mortgage allows implementing the trust-responsibility principle into the credit relationship. It shows the relationships between LTV and credit risk of a mortgage loan. Some problems of mortgage laws in Ukraine and proposed ways to solve them analyzed.

Форум права Форум