

УДК 347.277.5

Р. В. Карпов

**ОСОБЛИВОСТІ ВИКОРИСТАННЯ ЗАСТАВНИХ**

Заставна є одним з багатьох видів цінних паперів, що в останні роки з'явилися в українському законодавстві. Як цінний папір вона є об'єктом цивільних прав та може вільно відчужуватися або переходити від однієї особи до іншої, тобто бути об'єктом купівлі-продажу та інших операцій, не заборонених законом. Водночас операції з заставними мають низку особливостей завдяки тому, що дані цінні папери використовуються виключно для прискорення обороту в сфері нерухомості.

Проблемні з точки зору цивільного права питання операцій з цінними паперами були об'єктом дослідження таких вітчизняних науковців, як І. А. Безклубий, С. М. Бервено, О. І. Виговський, В. В. Воловик, Ж. В. Завальна, В. В. Посполітак, М. В. Старинський, В. І. Труба, В. Л. Яроцький.

Заставна — цінний папір, призначений для розвитку ринку нерухомості України, важливість якого для господарства не викликає жодних сумнівів. Разом з тим теоретичні дослідження, присвячені заставним як самостійному виду цінних паперів, у науковій літературі майже відсутні. Саме тому особливості використання заставної заслуговують належної уваги та потребують окремого дослідження.

Метою дослідження є визначення особливостей використання заставних в цивільно-правових угодах.

Порядок видачі заставної, вимоги до її форми та змісту, порядок передачі та використання заставної для рефінансування визначені Законом України «Про іпотеку» від 5 червня 2003 р. № 898-IV (далі — Закон «Про іпотеку»).

Відповідно до ст. 20 Закону «Про іпотеку», заставна — це борговий цінний папір, який засвідчує безумовне право його власника на отримання від боржника виконання за основним зобов'язанням, за умови, що воно підлягає виконанню в грошовій формі, а в разі невиконання основного зобов'язання — право звернути стягнення на предмет іпотеки. Заставна може передаватися її власником будь-якій особі шляхом вчинення індосаменту.

Як визначено у ст. 197 ЦК України, права за ордерним цінним папером передаються шляхом вчинення на цьому папері передавального напису (індосаменту). Таким чином, заставну необхідно віднести до ордерних цінних паперів.

Необхідно звернути увагу на коло осіб, які мають право здійснювати операції з заставними.

Видати заставну можуть будь-які фізичні або юридичні особи, які передають в іпотеку нерухоме майно для забезпечення виконання власного зобов'язання або зобов'язання іншої особи перед іпотекодержателем. Першим власником заставної є іпотекодержатель, кредитор за основним зобов'язанням.

Відповідно до ст. 1 Закону «Про іпотеку» основне зобов'язання — це зобов'язання боржника за договорами позики, кредиту, купівлі-продажу, лізингу,

а також зобов'язання, яке виникає з інших підстав, виконання якого забезпечене іпотекою. Право здійснення таких операцій належить банкам та іншим фінансовим установам, що отримали відповідні дозволи та ліцензії.

Таким чином, першими власниками заставних є виключно банки та фінансові установи. Це підтверджується і ч. 1 ст. 28 вказаного Закону, де у якості суб'єктів рефінансування визначені також тільки банки та інші фінансові установи.

На жаль, чіткого визначення рефінансування досі не надано у жодному нормативно-правовому акті. Але, як можна зрозуміти з ч. 2 ст. 28 Закону «Про іпотеку», рефінансування іпотечних кредиторів — це залучення додаткових грошових коштів від інших осіб за рахунок розміщення іпотечних цінних паперів.

Іншими словами, для того, щоб отримати додаткові грошові кошти, іпотечний кредитор змушений звернутися до фінансового ринку або до вторинного ринку цінних паперів. Саме тому формування цивілізованого ефективно діючого іпотечного ринку в Україні є надзвичайно актуальною проблемою, її розв'язання дозволить дати хід механізмам довгострокового кредитування вітчизняної економіки шляхом залучення грошових ресурсів населення та підприємств найбільш надійним чином — під заставу нерухомості [1, 209].

Відповідно до ч. 3 ст. 28 Закону «Про іпотеку» власник заставної може до настання строку виконання боржником зобов'язань за заставною проводити операції з належними йому заставними для рефінансування власної діяльності шляхом залучення додаткових грошових коштів від інших осіб. Рефінансування може здійснюватися такими способами:

- 1) відчуження (продаж) заставної шляхом вчинення індосаменту з компенсацією індосанту вартості заставної у встановленому сторонами розмірі;
- 2) продаж заставної із зобов'язанням зворотного викупу (операція РЕПО);
- 3) передача заставної у заставу для забезпечення виконання зобов'язань перед іншими кредиторами;
- 4) емісія іпотечних цінних паперів;
- 5) іншим способом, який не суперечить закону.

Як можна помітити, фінансова установа може отримати рефінансування за допомогою або безпосередньо заставних або шляхом випуску інших цінних паперів — іпотечних сертифікатів та облігацій.

Таким чином, іпотечні кредитори мають право вибору — або здійснити операцію з заставною як цінним папером, або використати її у якості забезпечення випуску іпотечних облігацій або сертифікатів.

Щоб з'ясувати особливості використання заставних в цивільно-правових угодах, розглянемо кожен з визначених способів рефінансування більш детально.

Першим способом рефінансування іпотечних кредиторів за допомогою заставних є продаж заставної шляхом вчинення індосаменту відповідно до ст. 25 Закону «Про іпотеку». Він передбачає надання грошової компенсації індосанту у встановленому сторонами розмірі. Іншими словами, відбувається продаж заставної та її передача у власність нової особи.

Процедура передачі заставної передбачає два етапи. Перший, виконання на ній індосантом передавального напису (індосаменту) на користь індосата. Другий — це власне передача оригіналу заставної.

Вимоги до передавального напису на заставній співпадають з загальною практикою, передбаченою для ордерних цінних паперів. У ньому зазначаються прізвище, ім'я, по батькові та адреса фізичної особи або найменування та адреса юридичної особи, якій передається заставна. Передавальний напис підписується зазначеним у заставній іпотекодержателем, а якщо цей напис не перший — власником заставної, зазначеним у попередньому індосаменті. Якщо індосант — юридична особа, підпис уповноваженої особи засвідчується печаткою.

Керуючись п. 5 ст. 197 ЦК України, можна віднести індосамент, що здійснюється на заставній, до ордерного, бо він містить зазначення особи, якій або за наказом якої має бути здійснене виконання. Крім визначення, яке надається у ЦК України, подібний індосамент можна назвати іменним або повним. Відсутність бланкового індосаменту, що є також одною з ознак заставної, обумовлена перш за все зв'язком заставної з нерухомістю, перехід прав за якою потребує державної реєстрації.

Відповідно до ст. 26 Закону «Про іпотеку», індосант несе відповідальність перед індосатом за достовірність відомостей, що містяться у заставній, та дійсність заставної, але індосант, якщо інше не передбачене умовами індосаменту, не відповідає за виконання іпотекодавцем чи боржником, якщо він є відмінним від іпотекодавця, вимог за заставною. Але застереження у згаданій статті «...якщо інше не передбачено умовами індосаменту» дозволяє обумовлювати у індосаменті умову про відповідальність індосанта за виконання боржником зобов'язань за заставною.

Таким чином, той, хто продав заставну, надалі не несе відповідальності за виконання боржником свого зобов'язання перед новим власником заставної і відповідає лише за дійсність самого зобов'язання (існування іпотечного договору). І тільки застосування положень ч. 2 ст. 26 дозволяє покупцеві заставної домогтися солідарної відповідальності боржника і продавця.

Іншими словами, солідарна відповідальність продавця закладної можлива тільки у випадку прямого вказування на таку умову в індосаменті. Норма про солідарну відповідальність визначена диспозитивним чином, тобто наявність цієї відповідальності буде залежати лише від волевиявлення продавця заставної.

Відповідно до ч. 5 ст. 26 Закону «Про іпотеку» продавець заставної зобов'язаний у п'ятиденний строк письмово повідомити боржника про передачу заставної покупцю (індосату) та всіма доступними засобами не допустити виконання основного зобов'язання боржником на свою користь.

Дана норма повинна бути розглянута детальніше. З одної сторони, після такого повідомлення продавцем заставної боржник буде впевнений, що його наступний платіж на користь нового кредитора буде належним. З іншої сторони, особа, яка після продажу нею цінного паперу не має до нього фактично вже ніякого відношення, повинна вчиняти якісь юридичні дії щодо третьої особи.

До того ж слід пам'ятати, що заставна — цінний папір, і всі права за ним належать власнику, який перш за все зацікавлений у тому, щоб повідомити боржника.

На практиці іпотечний договір, як правило, є довгостроковим, тому за згодою сторін основне зобов'язання може підлягати виконанню частинами. У цьому випадку індосант також зобов'язаний передати індосату копії документів, що підтверджують отримані платежі та реєстр отриманих платежів за заставною. Як правило, таке передання відбувається одночасно з передачею заставної.

Можна зробити висновок, що продаж заставної відбувається за загальними правилами, хоча існують особливості, що ґрунтуються на зв'язку заставної з нерухомістю, перехід прав за якою потребує державної реєстрації.

Наступним способом рефінансування іпотечних кредиторів за допомогою заставних є продаж заставної із зобов'язанням зворотного викупу (операція РЕПО).

Як справедливо визначає Ю. Я. Кравченко, операції РЕПО — це широко поширена в країнах з розвиненими фінансовими ринками форма операцій з цінними паперами. Вони побудовані на укладанні між двома сторонами договору про зворотний викуп цінних паперів. За цією угодою одна із сторін продає іншій стороні цінні папери із зобов'язанням їх викупу через певний строк за більш високою ціною. Дана різниця стає свого роду винагородою первісному покупцеві. При цьому здійснюється перехід права власності на цінний папір, що вигідно відрізняє операції РЕПО від простого кредитування під заставу цінних паперів. Це свого роду кредит під строго фіксований відсоток [2, 79].

Стаття 29 Закону «Про іпотеку» регулює продаж заставної із зобов'язанням зворотного викупу наступним чином.

Відповідно ч. 1 ст. 29 продаж заставної із зобов'язанням зворотного викупу є договором, згідно з яким будь-яка особа-кредитор зобов'язується сплатити власнику заставної грошові кошти, а власник заставної зобов'язується передати заставну цьому кредитору і викупити її за погодженою сторонами ціною у визначений строк у майбутньому, але не пізніше строку повного виконання основного зобов'язання боржником.

Окремо ч. 2 ст. 29 надані особливості щодо передавального напису у випадку застосування операції РЕПО. Визначено, що продаж заставної із зобов'язанням зворотного викупу здійснюється шляхом вчинення індосаменту, в якому встановлюється строк зворотного викупу заставної. Власник заставної і кредитор можуть укласти договір, який встановлюватиме інші умови продажу заставної із зобов'язанням зворотного викупу. Зокрема, договором може бути встановлений обов'язок власника заставної викупити заставну до вказаного в індосаменті строку у разі настання визначених договором обставин.

З'ясування правової природи операції РЕПО ускладнюється тим, що особи, які здійснюють дану операцію, застосовують одну правову конструкцію — договір купівлі-продажу цінних паперів, а мають за мету іншу — договір кредитування під заставу цінних паперів. Іншими словами, у даному випадку кредит під заставу цінних паперів маскується під купівлю-продаж. У зв'язку з цим

деякі науковці пропонують розрізнати економічний та юридичний аспект договору РЕПО.

Наприклад, С. М. Бєрвєно стверджує, що операції РЕПО необхідно розглядати як економічну і юридичну категорії. Економічний зміст цієї операції є очевидним: одна сторона за допомогою операції РЕПО залучає необхідні їй у терміновому порядку грошові ресурси, інша поповнює тимчасову нестачу у цінних паперах, а також отримує відсотки за надані грошові ресурси. В юридичному розумінні операція РЕПО є договором, який містить у собі дві угоди купівлі-продажу одних і тих самих цінних паперів або аналогічних придбаним за першою угодою купівлі-продажу [3, 337].

В свою чергу І. А. Безклубий, досліджуючи дане питання, дійшов висновку, що договір РЕПО за участю банку слід розглядати як самостійний двосторонній консенсуальний відплатний договір з надання кредитної послуги, за яким позичальник зобов'язується передати цінні папери у власність банку, а останній зобов'язаний надати позичальнику кредит (грошові кошти або право вимоги на одержання грошових коштів) на визначений у договорі строк під умовою зобов'язання позичальника викупити в банку ті ж самі цінні папери за ціною, що складається з попередньої ціни та ціни, яка є платою за наданий кредит [4, 433].

О. І. Виговський визначає, що за своїми юридичними наслідками правовідносини застави цінних паперів відрізняються від відносин, що виникають на підставі угоди РЕПО. Угода РЕПО по суті являє собою процентний договір позики, що забезпечується тимчасовим переходом права власності на цінні папери до кредитору до моменту повернення суми позики. Угоди РЕПО подібні до застави цінних паперів лише своїм забезпечувальним характером, а тому на них не можуть поширюватися норми законодавства про заставу цінних паперів [5, 10].

Тому розглянемо детально наступний спосіб рефінансування іпотечних кредиторів за допомогою заставних — передачу заставної у заставу для забезпечення виконання зобов'язань перед іншими кредиторами.

Відповідно до ст. 30 Закону «Про іпотеку» заставна може бути передана у заставу для забезпечення виконання зобов'язань її власника перед іншою особою — кредитором. Застава заставної здійснюється шляхом вчинення індосаменту, в якому зазначається, що заставна передається тільки у заставу, та ідентифікується забезпечене заставою зобов'язання. При заставі заставна передається у володіння заставодержателю, а власник заставної зобов'язаний письмово повідомити боржника про передачу заставної у заставу, крім випадків включення засвідчених заставною прав до складу іпотечного покриття звичайних іпотечних облігацій.

Застава цінних паперів як тема цивільно-правових досліджень досить повно розглянута у науковій літературі [5; 6].

Але у випадку з заставою заставної ми маємо дещо ускладнену правову конструкцію порівняно з іншими цінними паперами. Даний факт дуже вірно підкреслив О. І. Виговський, стверджуючи, що після вчинення власником зас-

тавної передавального надпису на користь заставодержателя останній стає кредитором за забезпеченим іпотекою зобов'язанням та заставодержателем за договором про іпотеку. Таким чином, заставодержатель заставної від одних заставних правовідносин, об'єктом яких була застава, переходить до інших заставних правовідносин, об'єктом яких виступає нерухоме майно [7, 9].

Емісія іпотечних цінних паперів — четвертий спосіб рефінансування іпотечних кредиторів за допомогою заставних, що прямо визначений ч. 3 ст. 28 Закону «Про іпотеку».

Відповідно до ст. 31 Закону «Про іпотеку» заставні можуть забезпечувати випуск іпотечних цінних паперів — іпотечних облігацій і іпотечних сертифікатів. Емітентами іпотечних цінних паперів можуть бути банки та інші фінансові установи, які мають право на провадження такого виду діяльності. Порядок випуску та обігу іпотечних облігацій встановлюються Законом України «Про іпотечні облігації» від 22 грудня 2005 р. № 3273-IV (далі — Закон «Про іпотечні облігації»). А на підставі Закону України «Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати» від 19 червня 2003 р. № 979-IV здійснюється випуск іпотечних сертифікатів.

Закон «Про іпотечні облігації» визначає, що іпотечними облігаціями є такі облігації, виконання зобов'язань емітента за якими забезпечене іпотечним покриттям. Емітентом звичайних іпотечних облігацій є іпотечний кредитор, що несе відповідальність за виконання зобов'язань за такими іпотечними облігаціями іпотечним покриттям та всім іншим своїм майном, на яке відповідно до законодавства може бути звернено стягнення.

В свою чергу, іпотечне покриття — це іпотечні активи, а також інші активи, які відповідно до Закону «Про іпотечні облігації», проспекту емісії та реєстру іпотечного покриття забезпечують виконання зобов'язань емітента за іпотечними облігаціями, а іпотечний актив — це право вимоги за забезпеченим іпотекою грошовим зобов'язанням боржника.

Наприклад, відповідно до ст. 8 Закону «Про іпотечні облігації» іпотечні та інші активи, включені до складу іпотечного покриття іпотечних облігацій, вважаються переданими у заставу, яка забезпечує виконання зобов'язань емітента перед власниками іпотечних облігацій. При цьому застава іпотечного покриття не потребує укладення договору застави і виникає з моменту державної реєстрації випуску іпотечних облігацій.

Можна констатувати, що останній спосіб рефінансування за допомогою заставних суттєво відрізняється від попередніх.

Перше, застава залишається фізично у володінні особи, що отримує рефінансування, хоча і вважається переданою у заставу для забезпечення.

Друге, емісія іпотечних цінних паперів певним чином заміняє одні цінні папери на інші. В результаті цього певна сукупність заставних, що є забезпеченням випуску, фактично знерухомлюється на період обігу іпотечних облігацій.

Третє, цінні папери з індивідуальними рисами — заставні, перетворюються на стандартизовані. До того ж з'являється додаткове забезпечення за рахунок

подвійної відповідальності — боржника за заставною та емітента іпотечних облігацій.

На підставі розглянутого матеріалу можна сформулювати наступні висновки.

Заставна, як і інші цінні папери, може бути об'єктом цивільно-правових угод. Першим власником заставної є фінансова установа, що видала боржникові кошти та отримала у якості забезпечення заставну. Таким чином, операції з заставною переслідують головну мету — отримання рефінансування по раніш виданим іпотечним кредитам.

Законом визначені декілька способів рефінансування, що передбачають повне (продаж) або тимчасове (операція РЕПО) відчуження заставної, передання заставної у заставу, а також передання заставних у заставу в якості забезпечення випуску іпотечних цінних паперів — іпотечних облігацій і іпотечних сертифікатів.

Таким чином, особлива ознака заставної — можливість забезпечувати випуск іпотечних цінних паперів. Дану операцію можна охарактеризувати як передачу заставної у заставу та одночасну трансформацію заставної в іпотечні цінні папери.

#### Література

1. Державне регулювання ринку цінних паперів (запитання та відповіді) : навч. посіб. / [С. О. Бірюк, М. О. Бурмака, М. І. Зверяков та ін.]. — О. : Пальміра, 2006. — 562 с.
2. Кравченко Ю. Я. Рынок ценных бумаг : курс лекций / Ю. Я. Кравченко. — К. : ВИРА-Р, 2002. — 368 с.
3. Бервено С. М. Проблеми договірної права України : монографія / С. М. Бервено. — К. : Юрінком Інтер, 2006. — 392 с.
4. Безклубий І. А. Банківські правочини : монографія / І. А. Безклубий. — К. : Вид. дім «Ін Юре», 2007. — 456 с.
5. Виговський О. І. Правове регулювання застави цінних паперів в Україні : авторсф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / О. І. Виговський. — К., 2005. — 19 с.
6. Заставне право України : навч. посіб. / Ж. В. Завальна, М. В. Старинський, В. В. Сухонос, С. В. Шербак ; за ред. В. В. Сухоноса. — Суми : ВТД «Університетська книга», 2004. — 315 с.
7. Виговський О. І. Юридичні аспекти застави заставної // Цінні папери України. — 2006. — № 2. — С. 8–9.

#### Анотація

**Карпов Р. В. Особливості використання заставних.** — Стаття.

У статті розглядається порядок використання заставної для рефінансування іпотечних кредиторів. З цивільно-правової точки зору дається оцінка способам рефінансування та визначаються основні особливості кожного з них.

*Ключові слова:* заставна, рефінансування, індосамент, іпотека, застава, іпотечні цінні папери, операція РЕПО

#### Аннотация

**Карпов Р. В. Особенности использования закладных.** — Статья.

В статье рассматривается порядок использования закладной для рефинансирования ипотечных кредиторов. С гражданско-правовой точки зрения дается оценка способам рефинансирования и определяются основные особенности каждого из них.

*Ключевые слова:* закладная, рефинансирование, индоссамент, ипотека, залог, ипотечные ценные бумаги, операция РЕПО.

### Summary

*Karpov R. V. Mortgages: features of use.* — Article.

The article discusses how to use a mortgage to refinance the mortgage lenders. An assessment of ways to refinance is given and the main features of each are identified with a civil viewpoint.

*Keywords:* mortgage, refinance, endorsement, pledge, mortgage-backed securities, repurchase agreements.

УДК 347.451.048

Є. С. Сєвєрова

### ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ВИЗНАННЯ НЕДІЙСНИМИ ПРИЛЮДНИХ ТОРГІВ У СУДОВОМУ ПОРЯДКУ

Визнання угод недійсними є однією з розповсюджених категорій спорів, які виникають у практиці, не останнє місце серед яких займають спори щодо визнання недійсними прилюдних торгів.

Новий Цивільний кодекс України дещо змінив підходи та оцінювальні категорії, в ньому з'явилися нові формулювання, однак чіткої відповіді з приводу підстав та можливості визнання недійсними прилюдних торгів він не містить.

Відсутність спеціальних норм, присвячених цьому питанню, призводить до різного тлумачення одних і тих самих положень законодавства та не сприяє його однаковому застосуванню. Протягом останніх років позиція Верховного Суду України щодо можливості визнання торгів недійсними змінювалася кілька разів, та до теперішнього часу практику розгляду такої категорії спорів не можна вважати усталеною, залишається це питання і поза увагою законодавців.

Розповсюдженість категорії спорів про визнання недійсними прилюдних торгів зумовлена порушеннями при здійсненні заходів з виконання рішення суду, звернення стягнення на майно в порядку забезпечення виконання зобов'язань і тому визначення правильного способу захисту прав має практичне значення, не менш актуальним є і питання з'ясування правової природи зазначеного інституту.

Порядок реалізації арештованого майна передбачено Законом України «Про виконавче провадження» [1], Інструкцією про проведення виконавчих дій, затвердженою наказом Міністерства юстиції України від 21 квітня 2005 р. [2]; Тимчасовим положенням про порядок проведення прилюдних торгів з реалізації арештованого нерухомого майна, затвердженим наказом Міністерства юстиції України від 27 жовтня 1999 р. № 68/5 (далі — Положення про проведення торгів) [3].

Певні положення про порядок та процедуру проведення прилюдних торгів майна, яке є предметом іпотеки, визначаються ст. ст. 41, 43–45 Закону України «Про іпотеку» [4]. Порядок проведення розрахунків за майно, придбане на прилюдних торгах, оформлення результатів прилюдних торгів та розподіл