

В.Н. Байбуз - управляющий партнёр адвокатского бюро "Джейнови" АПМО

"ПОДВОДНЫЕ КАМНИ" ИПОТЕКИ

Збигнев Бжезинский писал: **"Кто владеет Евразией, тот владеет миром"**.

Перефразируя великого политического деятеля, можно с большой долей уверенности сказать: **"Кто владеет залогом (является залогодержателем) в процедуре банкротства, тот владеет предприятием"**.

Во все времена, во всех правовых системах ипотека (залог недвижимого имущества) являлась наиболее эффективным способом обеспечения исполнения обязательств должника.

Банки, в силу того, что они являются кредитными организациями, имеющими исключительное право осуществлять привлечение во вклады денежных средств физических и юридических лиц, обязаны обеспечивать возвратность выдаваемых ими кредитов. ФЗ "О банках и банковской деятельности" предусмотрены способы обеспечения кредитов, среди которых залог недвижимого имущества, в силу его статуса (т.е. необходимости его государственной регистрации, при продаже предмета залога ипотека не прекращается) является наиболее предпочтительным.

В докризисный период многие российские предприятия - собственники недвижимости, расположенной на территории Российской Федерации, кредитовались в иностранных банках. Такой подход со стороны заемщиков во многом был продиктован необходимостью получения более дешевых и долгосрочных кредитов. Естественно, основным критерием для получения кредита у иностранного банка являлась возможность предоставления в залог недвижимого имущества. Зачастую, по разным обстоятельствам и в силу специфики российского бизнеса, заемщиками выступали одни юридические лица, а залогодателями другие, при этом банку было известно, что конечным бенефициаром заемщика и залогодателя является одно и то же физическое лицо.

Таким образом, наибольшей популярностью пользовались две категории сделок:

а) при которой юридическое лицо - заемщик по кредитному договору одновременно выступает и залогодателем недвижимого имущества;

б) при которой заемщик по кредитному договору и залогодатель различные юридические лица.

В настоящей статье акцент будет сделан на вторую категорию сделок.

Сегодня, когда сроки возврата кредитов наступили, учитывая последствия мирового финансового кризиса, выразившиеся в конечном итоге в том, что заемщики либо совсем перестали обслуживать кредиты, либо платят проценты с большими задержками, иностранные банки, видя невозможность дальнейшего пролонгирования кредитов, пытаются взыскать с заемщиков денежные средства путем обращения взыскания на предмет залога.

Не имея филиалов на территории Российской Федерации, иностранные банки предпочитают избегать судебных разбирательств, даже не смотря на то, что, как правило, в таких кредитных договорах содержится

оговорка о том, что все споры по договору рассматриваются либо в государственном суде по месту нахождения банка, либо в международных третейских судах.

Причина понятна - проблематичность исполнения судебного решения на территории Российской Федерации.

Поэтому, как только должник перестает обслуживать кредит, банк вступает в переговоры с российскими "акулами бизнеса" об уступке права требования по кредитному договору. В качестве таковых понимаются разнообразные лица: финансово-промышленные группы, рейдерские конторы, околосударственные структуры и различные авантюристы, пытающиеся "поймать рыбку в мутной воде".

Естественно, такие проекты интересны для обеих сторон. Иностранному банкиру и его команда, рассказав страшную сказку акционерам банка о русских бандитах и убедив их в том, что долг нужно поскорее и со значительным дисконтом продавать, получит от покупателя хороший откат; а покупатель, намереваясь купить по дешевке долг, спит и видит в радужных снах объекты недвижимости должника, рыночная стоимость которых порой просто несопоставима с суммой кредита, и может в разы ее превышать.

Допустим, стороны договорились о существенных условиях договора цессии, и право требования долга по кредитному договору и договору ипотеки недвижимого имущества переходит к новому кредитору. Технически это может быть как российское юридическое лицо, так и иностранное.

Применимое право к договорам цессии, скорее всего, будет российским, так как кредитный договор и договор ипотеки подчинены нормам российского права. Подчинение договора цессии иностранному праву может создать для кредитора множество ненужных проблем.

Теперь новый кредитор, при желании, может придти, осмотреть и ощупать вожаемый объект недвижимости, находящийся у него в залоге.

Однако злой должник, узнав о состоявшейся уступке права требования, не намерен мириться с таким положением вещей, и начинает выстраивать свою линию защиты против нового кредитора.

Первое что приходит на ум - оспаривание договоров уступки прав требования.

Весьма существенным является вопрос действительности перехода по договору цессии прав по арбитражной оговорке.

В законодательствах европейских стран, на сегодняшний день, сложились различные правовые подходы к данному вопросу.

Кроме того, в самостоятельную категорию выделился вопрос уступки права по арбитражной оговорке в момент, когда иск уже принят судом к производству, т.н. *Assignment During a Pending Arbitration (The Republic of Kazakhstan v Istil Group Inc)*.

Практика российских арбитражных судов по этим вопросам разнообразна, но в большинстве случаев суды

высказываются за то, что условия арбитражной оговорки остаются обязательными для сторон и в случае уступки прав по основному договору.

В сентябре 2009 года в ВАС РФ представлялся соответствующий проект постановления пленума, однако, ему не суждено было стать источником права, дальнейшая его судьба нам не известна.

В конце концов, новый кредитор выходит на исходный рубеж и начинает судебную кампанию по установлению суммы задолженности по кредитному договору и дальнейшему обращению взыскания на предмет ипотеки.

С одной стороны, просудить задолженность в иностранном суде или арбитраже для кредитора хорошо, так как административный ресурс - "бич российского правосудия", не может быть использован должником за рубежом нашей родины, соответственно кредитор может не сомневаться в справедливости судебного разбирательства и принимаемого судом решения. С другой стороны, решение иностранного суда или арбитража подлежит признанию и исполнению на территории Российской Федерации в соответствии с главой 31 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, т.е. иностранное судебное решение должно быть обязательно легализовано российской судебной системой.

Несмотря на то, что процедура признания и приведения в исполнение иностранных судебных решений, как правило, не вызывает каких-либо серьезных процессуальных сложностей, на данном этапе кредитор может потерять очень много времени на пути к своей заветной цели. Прежде всего, потому, что должник может искусственно моделировать юрисдикцию, так как согласно ст. 242 АПК РФ заявление о признании иностранного решения подается в арбитражный суд по месту нахождения должника. Таким образом, сменив местонахождение, должник может перевести процесс в "лояльный" ему арбитражный суд и всеми правдами неправдами затянуть рассмотрение дела на длительный срок (благо это не составляет для наших юридических умников большой проблемы).

Согласно ст. 52 ФЗ "Об ипотеке" иск об обращении взыскания на имущество, заложенное по договору об ипотеке, предъявляется в соответствии с правилами подсудности и подведомственности дел, установленными процессуальным законодательством Российской Федерации. П. 1 ст. 38 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации устанавливает исключительную подсудность для принудительного обращения взыскания на предмет ипотеки: "Иски о правах на недвижимое имущество предъявляются в арбитражный суд по месту нахождения этого имущества". Таким образом, юрисдикция по данной категории исков не может быть искусственно изменена должником.

Однако, готовясь к защите и выстраивая правовую позицию, адвокатам должника не стоит забывать, что и банк не был "лохом", и в момент заключения договоров пользовался услугами дорогостоящих международных консультантов. Наверняка где-то в кредитном деле найдется согласие между первоначальным кредитором (банком) и должником на внесудебное обращение взыскания на предмет ипотеки.

Порядок внесудебного обращения взыскания на предмет ипотеки весьма прост и не занимает много времени, осуществляется в соответствии с ст. 55 ФЗ "Об ипотеке (залоге недвижимости)". Однако в случае неисполнения залогодателем соглашения об обращении взыскания на заложенное имущество во внесудебном порядке, согласно п. 5 ст. 349 ГК РФ, обращение взыскания на заложенное имущество во внесудебном порядке допускается, если иное не предусмотрено федеральным законом, на основании исполнительной надписи нотариуса в порядке, установленном законодательством об исполнительном производстве. Таким образом, исполнительная надпись нотариуса приобретает силу исполнительного документа, и служба судебных приставов, возбудив исполнительное производство, осуществляет обращение взыскания в общем порядке в соответствии с ФЗ "Об исполнительном производстве". Согласно п. 1.1. ст. 69 которого взыскание на заложенное имущество на основании исполнительной надписи нотариуса может включать изъятие имущества и его передачу залогодержателю для последующей реализации этого имущества.

При совершении исполнительной надписи на договоре ипотеки нотариус должен известить залогодателя о предстоящем совершении исполнительной надписи, направив соответствующее уведомление по адресу, указанному в договоре залога, и предоставить ему семидневный срок с даты получения залогодателем указанного уведомления для заявления возражений. При отсутствии возражений залогодателя требование залогодержателя считается бесспорным, если из содержания представленных документов или иных имеющихся у нотариуса данных не вытекает иное. При поступлении возражений их доводы нотариус оценивает на обоснованность. Если бесспорность обязательства сомнительна, нотариус отказывает в совершении надписи. Нотариально заверенная копия документа с надписью направляется залогодателю.

Но должник не дремлет. Он прекрасно понимает, что новый кредитор не будет с ним разговаривать ни о реструктуризации долга, ни об отсрочке срока возврата кредита.

Пока кредитор суетится с получением исполнительной надписи нотариуса и возбуждением исполнительного производства, должник (или кто-то из дружественных кредиторов должника) подает заявление о банкротстве и в отношении него вводится процедура наблюдения.

Кредитор не унывает. "Теряется только время, а рыночная стоимость имущества стабильна. Оснований лишиться предмета ипотеки не имеется. ФЗ "О несостоятельности (банкротстве) полностью защищает права залогового кредитора и, следовательно, объект ипотеки все равно станет моим", - думает кредитор, мысленно подсчитывая будущую прибыль от продажи или эксплуатации объекта недвижимости.

Не стоит быть таким самоуверенным. Всегда надо помнить, где мы живем. Договоры ипотеки могут быть оспорены в ходе процедуры банкротства в соответствии с ст. 61.2. ФЗ "О несостоятельности (банкротстве)" как сделки с предпочтительным предоставлением, особенно в случаях, когда залогодатель не является прямым должником по основному (кредитному) договору. В этом слу-

чае договор ипотеки обязательно будет обжалован арбитражным управляющим, если последний будет подконтролен должнику. Основания следующие:

- п. 1. Сделка, совершенная должником в течение одного года до принятия заявления о признании банкротом или после принятия указанного заявления, *может быть признана арбитражным судом недействительной при неравноценном встречном исполнении обязательств другой стороной сделки, в том числе в случае, если цена этой сделки и (или) иные условия существенно в худшую для должника сторону отличаются от цены и (или) иных условий, при которых в сравнимых обстоятельствах совершаются аналогичные сделки (подозрительная сделка)*. Неравноценным встречным исполнением обязательств будет признаваться, в частности, любая передача имущества или иное исполнение обязательств, если рыночная стоимость переданного должником имущества или осуществленного им иного исполнения обязательств существенно превышает стоимость полученного встречного исполнения обязательств, определенную с учетом условий и обстоятельств такого встречного исполнения обязательств.

- п. 2. Сделка, совершенная должником в целях причинения вреда имущественным правам кредиторов, может быть признана арбитражным судом недействительной, если такая сделка была совершена в течение трех лет до принятия заявления о признании должника банкротом или после принятия указанного заявления и в результате ее совершения был причинен вред имущественным правам кредиторов и если другая сторона сделки знала об указанной цели должника к моменту совершения сделки (подозрительная сделка). Предполагается, что другая сторона знала об этом, если она признана заинтересованным лицом либо если она знала или должна была знать об ущемлении интересов кредиторов должника либо о признаках неплатежеспособности или недостаточности имущества должника.

Цель причинения вреда имущественным правам кредиторов предполагается, если на момент совершения сделки должник отвечал признаку неплатежеспособности или недостаточности имущества и сделка была совершена безвозмездно или в отношении заинтересованного лица, либо направлена на выплату (выдел) доли (пая) в имуществе должника учредителю (участнику) должника в связи с выходом из состава учредителей (участников) должника, либо совершена при наличии следующих условий:

стоимость переданного в результате совершения сделки или нескольких взаимосвязанных сделок имущества либо принятых обязательства и (или) обязанности составляет двадцать и более процентов балансовой стоимости активов должника, а для кредитной организации - десять и более процентов балансовой стоимости активов должника, определенной по данным бухгалтерской отчетности должника на последнюю отчетную дату перед совершением указанных сделки или сделок.

В ходе судебного разбирательства арбитражному управляющему необходимо доказывать устойчивую взаимосвязь между первоначальным кредитором и основным должником по кредитному договору, поскольку

наступление дефолта по кредиту зависело полностью от банка и заемщика, а не от залогодателя. (Под устойчивой связью подразумевается наличие у кредитора умысла на завладение активом залогодателя, а ожидание возврата кредита основным должником является фикцией. Честно сказать, многие банки грешат этим.) Кроме того, залог в большинстве случаев выдается безвозмездно, что также может усиливать позицию залогодателя (арбитражного управляющего) в суде.

В кредитных договорах не указывается, что заемщик является компанией, подконтрольной залогодателя. Задолженности перед банком у залогодателя до предъявления последним соответствующего требования не было, в балансе она не отражалась. Следовательно, сделка может подходить под критерии, указанные в вышеуказанной статье закона о банкротстве.

Формулировка, изложенная в статье: "Цель причинения вреда имущественным правам кредиторов предполагается, если на момент совершения сделки должник отвечал признаку неплатежеспособности..." должна трактоваться со ссылкой на статью 2 того же самого закона: "неплатежеспособность - прекращение исполнения должником части денежных обязательств или обязанностей по уплате обязательных платежей, вызванное недостаточностью денежных средств. При этом недостаточность денежных средств предполагается, если не доказано иное".

Следует отметить, что согласно позиции, выраженной в постановлении Пленума ВАС РФ № 58 от 23.07.2009 "О некоторых вопросах, связанных с удовлетворением требований залогодержателя при банкротстве залогодателя", арбитражный управляющий не может отказаться от исполнения сделки ипотеки в соответствии с ст. 102 ФЗ "О несостоятельности (банкротстве)", так как договор о залоге не подпадает под предусмотренные пунктом 2 статьи 102 Закона признаки и в силу этого не относится к категории сделок, от исполнения которых может быть заявлен отказ на основании названных норм Закона о банкротстве. Не уверен, что законодатель, принимая поправки в ФЗ "О несостоятельности (банкротстве)", предполагал, что не все сделки могут быть отменены в соответствии с вышеуказанной нормой, однако с точки зрения сохранения устойчивости финансовой системы государства и всей банковской системы в целом, такой правоприменительный подход легко объяснить.

Если между должником и первоначальным кредитором не заключалось соглашение о внесудебном обращении взыскания на предмет ипотеки, случается, что оно появляется у нового кредитора совершенно неожиданно для должника. Так, при наличии корпоративного конфликта между акционерами (участниками) должника, кто-то из менеджмента должника может войти в сговор с кредитором и заключить соглашение о внесудебном обращении взыскания. При наличии у лица, подписавшего этот документ со стороны должника, надлежащих полномочий, соглашение может весьма огорчить должника.

Однако ему не следует расстраиваться по этому поводу, в случае если в отношении должника уже введена процедура наблюдения, ибо согласно постановлению Пленума ВАС РФ № 58 соглашение о внесудебном порядке обращения взыскания на заложенное имущество,

заключенное после даты введения наблюдения, является ничтожной сделкой в силу ст. 168 ГК РФ. Соглашение о внесудебном порядке обращения взыскания на заложенное имущество, заключенное до указанной даты, после введения наблюдения исполнению не подлежит.

Кроме того, существует ряд случаев, когда обращение взыскания на предмет ипотеки во внесудебном порядке невозможно в принципе на основании закона (п.2 ст. 55 ФЗ "Об ипотеке (залоге недвижимости)).

Один из таких примеров - невозможность обращения взыскания на предмет ипотеки по причине того, что предметом ипотеки является предприятие как имущественный комплекс. Вопрос доказывания в суде факта, что в ипотеке находится предприятие как имущественный комплекс, сложен, но вполне допустим. Какая-либо систематизированная судебная практика по этому вопросу на сегодняшний день отсутствует.

В то же время введение процедуры наблюдения лишает должника очень важного инструмента защиты. Так, в ходе процедуры наблюдения исключено обращение взыскания на предмет ипотеки. Арбитражный суд в рамках процедуры, установленной ст. 100 АПК РФ, в одном судебном процессе устанавливает сумму требований кредитора по кредитному договору и, дав оценку договору ипотеки, принимает решение о признании кредитора залоговым кредитором, либо, обнаружив в договоре ипотеки правовой порок, отказывает в таком признании. Таким образом, в процедуре банкротства должник лишен возможности процессуально затягивать включение требований кредитора в реестр. Соответственно, должник несет риск включения требований кредитора в реестр и дальнейшего перехода контроля над процедурой банкротства к кредитору, так как залоговый кредитор, в большинстве случаев, является мажоритарным кредитором.

С другой стороны, при обращении взыскания на предмет ипотеки, в случае, когда в отношении должника не введена процедура наблюдения, существует возможность затянуть этот процесс на весьма длительное время. Для этих целей должниками используется множество различных правовых уловок и ухищрений.

В ходе судебного заседания по обращению взыскания должником заявляется ходатайство о назначении и проведении судебной экспертизы, в связи с наличием спора по определению рыночной стоимости недвижимого имущества, являющегося предметом ипотеки. Для установления текущей рыночной цены объекта недвижимости должник ставит на рассмотрение экспертом следующий вопрос:

- Какова рыночная стоимость объекта недвижимости на день судебного разбирательства?

В ходатайстве о проведении экспертизы должник заявляет, что истцом указана первоначальная стоимость предмета ипотеки, не соответствующая действительности, и названная стоимость предмета ипотеки является гораздо меньше рыночной стоимости, что является нарушением прав ответчика. Пунктом 4 статьи 350 Гражданского кодекса РФ предусмотрено, что если сумма, вырученная при реализации заложенного имущества, превышает размер обеспеченного залогом требования залогодержателя, разница возвращается залогодателю.

Должник заявляет, что экспертиза - единственный способ получения доказательств, возможность получения которых иным способом у залогодателя в настоящее время отсутствует.

В соответствии с ч. 1 ст. 82 АПК РФ, экспертиза может быть назначена арбитражным судом по ходатайству лица, участвующего в деле, или с согласия лиц, участвующих в деле. При наличии ходатайства одной из сторон дела, отказ в удовлетворении этого ходатайства по мотиву несогласия на проведение экспертизы другой стороны противоречит правилам ст. 9 АПК РФ о состязательности процесса, поскольку связывает возможность получения стороной дела доказательств с наличием на это воли другой стороны.

Такое ограничение прав одной из сторон недопустимо, как нарушающее также правила статьи 8 АПК РФ о равноправии сторон.

Таким образом, арбитражные суды, как правило, удовлетворяют такие ходатайства.

Учитывая колоссальную занятость экспертов Центра судебной экспертизы при Министерстве юстиции РФ (а должник просит суд поручить проведение экспертизы именно этим специалистам), результаты экспертизы суд получит нескоро, что влечет за собой постоянные отложения судебного заседания.

Нет сомнений, что без активного и повсеместного сопротивления должник никогда не отдаст предмет договора ипотеки кредитору. Поэтому залогодержателю не стоит обольщаться, что без опытного лоцмана в море правовых коллизий и процессуальных заморочек все вышесказанное осуществить легко и просто. Существует множество подводных камней, которые могут вдребезги разбить мечты кредитора об обращении взыскания на заложенное имущество.