Ипотечный брокеридж

В условиях кризиса увеличивается роль посредников при совершении сделки. Это коммерческие организации и индивидуальные предприниматели, оказывающие финансовую услугу, которая называется кредитным брокериджем. В данной статье рассматриваются некоторые вопросы, связанные с деятельностью ипотечного брокера – разновидностью кредитного брокериджа.

Выражение "ипотечный брокер" широко используется в деловом общении, однако не установлено в действующем российском законодательстве.

В переводе с английского языка broker – посредник при совершении сделки, brokerage – посредничество.

При этом само понятие "брокер" российскому законодателю известно. В законодательстве Российской Федерации понятие "брокер" встречается в четырёх значениях:

В пункте 2 статьи 8 Закона РФ "Об организации страхового дела в Российской Федерации" от 27.11.1992 № 4015-1 определено понятие страхового брокера, согласно которому страховые брокеры - постоянно проживающие на территории Российской Федерации и зарегистрированные в установленном законодательством Российской Федерации порядке в качестве индивидуальных предпринимателей физические лица или российские юридические лица (коммерческие организации), которые действуют в интересах страхователя (перестрахователя) или страховщика (перестраховщика) и осуществляют деятельность по оказанию услуг, связанных с заключением договоров страхования (перестрахования) между страховщиком (перестраховщиком) и страхователем (перестрахователем), а также с исполнением указанных договоров (далее - оказание услуг страхового брокера). При оказании услуг, связанных с заключением указанных договоров, страховой брокер не вправе одновременно действовать в интересах страхователя и страховщика.

Таможенный кодекс регламентирует деятельность таможенного брокера (представителя). На основании пункта 2 статьи 139 Таможенного кодекса РФ таможенный брокер (представитель) совершает от имени декларанта или других заинтересованных лиц по их поручению таможенные операции.

Закон РФ "О товарных биржах и биржевой торговле" от 20.02.1992 № 2383-1 в пункте 1 статьи 10 называет биржевыми посредниками брокерские фирмы, брокерские конторы и независимые брокеры.

В статье 3 Федерального закона "О рынке ценных бумаг" от 22.04.1996 № 39-ФЗ содержится регламентация брокерской деятельности на рынке ценных бумаг. В частности, согласно пункту 1 статьи 3 Закона "О рынке ценных бумаг" брокерской деятельностью признается деятельность по совершению гражданско-правовых сделок с ценными бумагами от имени и за счет клиента (в том числе эмитента эмиссионных ценных бумаг при их размещении) или от своего имени и за счет клиента на основании возмездных договоров с клиентом. Профессиональный участник рынка ценных бумаг, осуществляющий брокерскую деятельность, именуется брокером.

Понятие кредитного или ипотечного брокера законодательством не установлено, однако объединяющей чертой всех урегулированных на законодательном уровне брокеров в различных сферах хозяйственной деятельности является их посредническая функция.

Полагаю, что на отношения, в которых участвует посредник, определённым образом влияют особенности кредитного договора.

Во-первых, кредитором в кредитном договоре может выступать только банк или иная кредитная организация.

Во-вторых, кредитный договор не является публичным договором. Согласно пункту 1 статьи 426 Гражданского кодекса РФ публичным договором признаётся договор, заключенный коммерческой организацией и устанавливающий её обязанности по продаже товаров, выполнению работ или оказанию услуг, которые такая организация по характеру своей деятельности должна осуществлять в отношении каждого, кто к ней обратится.

Очевидно, что не выполняется условие, согласно которому можно было бы квалифицировать кредитный договор в качестве публичного договора, - банк не заключает кредитные договоры с каждым, кто к нему обратится.

Прежде чем потенциальный заёмщик сможет заключить кредитный договор, он должен доказать банку, что в состоянии возвратить кредит. Для этого ему необходимо представить массу всевозможных документов, как правило, справки о доходе, об имеющемся у него имуществе, а также информацию о своих расходах и проч.

Согласно пункту 1 статьи 821 Гражданского кодекса РФ кредитор вправе отказаться от предоставления заемщику предусмотренного кредитным договором кредита полностью или частично при наличии обстоятельств, очевидно свидетельствующих о том, что предоставленная заемщику сумма не будет возвращена в срок.

Поэтому банк при заключении кредитного договора стремится досконально проверить платежёспособность будущего заёмщика, а также зачастую настаивает на регулярной проверке финансово-хозяйственной деятельности заёмщика.

В связи с наступлением мирового финансового кризиса банки существенно ужесточили требования к потенциальным заёмщикам. Так, по информации сайта РБК, на принятие решения о выдаче или невыдаче кредита могут влиять такие факторы, как наличие у потенциального заёмщика - физического лица профильного высшего образования, репутация компании-работодателя, информация о состоянии отрасли, например, металлургические и строительные компании планируют масштабные сокращения штатов и зарплат и некоторые уже приступили к реализации этих планов.

В связи с этим многократно возрастает риск неполучения кредита по причине несоблюдения формальностей. Например, неправильно оформленная анкета потенциального заёмщика или не полностью сформированный под требования конкретного банка пакет документов заявителя о выдаче кредита могут лишить возможности получить кредит того, кто в действительности способен надлежащим образом выполнить обязанности заёмщика по возврату денег и уплате процентов за пользование ими, да ещё и может предоставить надёжное обеспечение.

Здесь эффективным путём снижения такого риска, в том числе риска, связанного с недостаточной информированностью о предлагаемых финансовых продуктах, может стать обращение к услуге ипотечного брокериджа.

Ипотечный брокеридж – комплекс услуг, направленный на выдачу кредита "под ипотеку".

Ипотека является частным случаем залога вещи в качестве способа обеспечения надлежащего исполнения обязательств.

Правовое регулирование отношений по ипотеке осуществляется Федеральным законом "Об ипотеке (залоге недвижимости)" от 16 июля 1998 года № 102-ФЗ (далее в тексте – Закон об ипотеке).

Согласно пункту 1 статьи 1 Закона об ипотеке по договору о залоге недвижимого имущества одна сторона – залогодержатель, являющийся кредитором по обязательству, обеспеченному ипотекой, имеет право получить удовлетворение своих денежных требований к должнику по этому обязательству из стоимости заложенного недвижимого имущества другой стороны – залогодателя преимущественно перед другими кредиторами залогодателя.

Подавляющее большинство обязательств, обеспечиваемых ипотекой, - денежные обязательства, возникающие из договоров кредита на приобретение недвижимости. Поэтому довольно распространено мнение, что ипотекой обеспечивается жилищное кредитование. Это мнение ошибочно. Ипотекой может быть обеспечено исполнение любого денежного обязательств. Например, статья 2 Закона об ипотеке разъясняет, что ипотека может быть установлена в обеспечение обязательств по кредитному договору, по договору займа или иного обязательства, в том числе обязательства, основанного на купле-продаже, аренде, подряде, другом договоре, причинении вреда, если иное не предусмотрено федеральным законом.

Примеры имущества, которое может быть предметом ипотеки, перечислены в статье 5 Закона об ипотеке. Это могут быть:

земельные участки,

предприятия, а также здания, сооружения и иное недвижимое имущество, используемое в предпринимательской деятельности;

жилые дома, квартиры и части жилых домов и квартир, состоящие из одной или нескольких изолированных комнат;

дачи, садовые дома, гаражи и другие строения потребительского назначения;

воздушные и морские суда, суда внутреннего плавания и космические объекты.

При соблюдении определённых условий, предметом ипотеки могут быть права аренды, права требования участника долевого строительства, а также незавершённое строительство.

Необходимым условием для ипотеки недвижимости является государственная регистрация права собственности заёмщика на указанное имущество.

Таким образом, деятельность ипотечного брокера лежит в узкой области оказания услуги по содействию потенциальному заёмщику в заключении кредитного договора (либо договора займа), обеспеченного залогом недвижимого имущества. При этом цель выдачи кредита или займа может быть любой.

В том случае, если брокер действует в интересах банка, он осуществляет поиск заёмщика, подходящего по всем существенным для банка критериям; по сути услуги будут рекламными, то есть брокер, действуя в интересах банка, предоставляет заранее не определённому кругу потенциальных заёмщиков информацию о предлагаемых банком финансовых продуктах – кредитных договорах на определённых условиях.

При этом брокер проводит в том числе предварительную оценку платёжеспособности потенциальных заёмщиков, а также проверяет наличие у оферента зарегистрированного права собственности на недвижимость, которую можно будет рассматривать в качестве предмета ипотеки. Банк также заинтересован в том, чтобы брокер оформил пакет документов, в частности, анкету заёмщика, в соответствии с требованиями банка. Комплекс действий, выполняемых брокером для банка, охватывается правовой конструкцией договора возмездного оказания услуг.

Хотелось бы заметить, что об ответственности брокера перед банком за ненадлежащее исполнение своих обязанностей по договору с банком, например, в случае представления недостоверной информации о потенциальном заёмщике, нет единого мнения.

При одном подходе, поскольку брокер проводит лишь предварительную оценку надёжности потенциального заёмщика, то достаточным методом влияния на брокера в целях повышения качества его работы будет отказ в заключении кредитного договора и лишение брокера, соответственно, вознаграждения в части процентов от сделки.

Другой подход предполагает более жёсткую политику в отношении брокера, а именно возможность предусмотреть в договоре с брокером условие о неустойке в случае ненадлежащего исполнения договора, в том числе при представлении недостоверных сведений о потенциальном заёмщике. Однако в случае рассмотрения спора в судебном порядке банк будет обязан доказать каждый факт ненадлежащего исполнения договора брокером.

В том случае, если брокер действуетв интересах клиента, лица, которое намерено взять денежные средства в кредит, действия брокера могут быть следующими:

- выявление действительной воли клиента, какие именно условия кредитного договора устроят клиента наилучшим образом

- оказание услуги в форме финансовой консультации – о рынке кредитования в регионе, о тенденциях развития кредитования,

- предоставление информации в рамках пожеланий клиента о существующих на рынке кредитных продуктах и об условиях выдачи таких кредитов.

После принятия потенциальным заёмщиком решения о направлении оферты в банки, представляющие интересующие потенциального заёмщика финансовые продукты, брокер осуществляет проверку наличия у клиента необходимых для выдачи кредита документов, в том числе, наличие зарегистрированного права собственности на недвижимое имущество, предварительно оценивает ликвидность и стоимость недвижимости (для этих целей может привлекаться и независимый оценщик), определяет, насколько соблюдены нормы составления документов, оценивает доход заёмщика, и насколько указанный заёмщик может удовлетворять требованиям банка. После этого брокер может сформировать полный пакет документов для подачи в банк заявки о выдаче кредита, брокер также может заполнять анкету заёмщика, подготовить иные сопутствующие документы.

В соответствии с пунктом 7 статьи 3 Федерального закона "О кредитных историях" от 30.12.2004 № 218-ФЗ пользователь кредитной истории – индивидуальный предприниматель или юридическое лицо, получившие письменным или иным способом документально зафиксированное согласие субъекта кредитной истории на получение кредитного отчёта для заключения договора займа (кредита). Ипотечный брокер не может запрашивать напрямую кредитный отчёт потенциального заёмщика, поскольку не выдаёт ему заём. Кредитный отчёт может запросить банк при рассмотрении заявки потенциального заёмщика, в которой заявитель укажет о своём согласии на представление его кредитного отчёта банку-кредитору. Однако в том случае, если ипотечный брокер хочет удостовериться в том, что потенциальный заёмщик надлежащим образом исполнял свои обязанности по ранее полученным им кредитам и займам, он может предложить потенциальному заёмщику предоставить брокеру для ознакомления его кредитный отчёт, запрошенный потенциальным заёмщиком в бюро кредитных историй самостоятельно.

Затем брокер может по доверенности от заявителя о выдаче кредита передать заявку в банк.

Указанные действия охватываются предметом договора возмездного оказания услуг, поскольку клиента брокера в данном случае интересует непосредственно услуга по предоставлению информации и подготовке пакета документов.

Если же воля клиента направлена не только на указанные действия, но и на заключение кредитного договора от его имени, в его интересах, то предмет договора уже включает в себя представительство и расширяется.

В этой ситуации отношения клиента и ипотечного брокера можно оформить агентским договором по модели поручения. Указанный договор регулируется совокупностью норм Гражданского кодекса РФ об агентском договоре и договоре поручения (главами 52 и 49 ГК РФ соответственно).

Брокер также может участвовать в подготовке документов для регистрации обременения недвижимости в управлении Федеральной регистрационной службы.

Таким образом, ипотечный брокер может оказывать целый комплекс разнородных услуг, объединённых общей целью – выдача кредита, обеспеченного ипотекой.

Брокер может осуществлять и сбор необходимых документов для проведения сделки купли-продажи: получить, по доверенности от потенциального заёмщика:

- технический паспорт на строение, здание, сооружение, квартиру и т.д.,

- выписку из Единого государственного реестра прав на недвижимое имущество и сделок с ним о праве собственности на недвижимое имущество,

- справку об отсутствии задолженности по оплате жилья

- иные документы.

Брокер также может оказывать консультационные услуги в отношении условий договоров страхования и договоров об оказании услуг оценки закладываемого имущества, а в случае заключения с ним агентского договора – соответственно, заключить договоры оценки и страхования имущества от имени принципала – потенциального заёмщика (заказчика, страхователя).

Лишь после проведения всех указанных действий пакет документов для банка готов и после согласования банк заключает кредитный договор, обеспеченный ипотекой.

В тех случаях, когда потенциальным заёмщиком является физическое лицо, гражданин, имеющий намерение заказать или приобрести либо заказывающий, приобретающий или использующий услуги ипотечного брокера исключительно для личных, семейных, домашних и иных нужд, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности, он является потребителем. И на отношения брокера с потребителем дополнительно распространяется Закон Российской Федерации "О защите прав потребителей" от 07.02.1992 № 2300-1. В частности, при ненадлежащем оказании услуги ипотечным брокером (например, брокер допустил ошибки в оформлении документов), потребитель будет вправе требовать по своему выбору безвозмездного устранения недостатков оказанной услуги, соответствующего уменьшения цены услуги либо безвозмездного исполнения заново, возмещения понесенных им расходов по устранению недостатков оказанной услуги своими силами или третьими лицами. Кроме того, потребитель сможет требовать возмещения причинённых ему убытков, а также взыскания установленной законом неустойки за нарушение сроков оказания услуг в размере не менее трёх процентов от цены оказания услуги.

Необходимо обратить внимание на то, что и договор возмездного оказания услуг, и агентский договор являются возмездными договорами. Вне зависимости от того, кто является заказчиком/принципалом брокера – банк или клиент – он обязан оплатить действия брокера. Как правило, размер вознаграждения определяется в процентном соотношении к сумме изыскиваемого кредита, однако необходимо учесть, что в том случае, если услуга будет оказана, но потенциальный заёмщик не достигнет результата, то есть кредит по какой-либо причине не будет ему выдан, это ещё не будет означать возможности отказаться от оплаты услуг брокера.

Потенциальный заёмщик либо банк в любом случае обязаны оплатить оказанные брокером услуги, даже в том случае, если банк отказал потенциальному заёмщику в выдаче ипотечного кредита

В договоре возмездного оказания услуг между банком и брокером можно предусмотреть следующий порядок определения вознаграждения – некая минимальная сумма за оказанные услуги и переменная составляющая в процентах от цены заключенных сделок по выдаче кредита.

Несмотря на то, что действующие правовые нормы позволяют достаточно подробно урегулировать отношения, связанные с оказанием услуг ипотечного брокера, в этой области есть ещё некоторые вопросы.

В России комплекс услуг ипотечного брокериджа зачастую оказывают подразделения либо так называемые дружественные структуры риэлторских контор. Это вызвано тем, что при ипотеке жилых домов и квартир, приобретённых за счёт кредита банка, необходимо найти такую недвижимость, которая может устроить банк, а в этих случаях наиболее полной информацией владеют, как правило, только риэлторские агентства.

Однако тут для риэлтора велик соблазн продать именно ту квартиру, которая интересует его, а не клиента "дружественного" брокера, соответственно, ипотечный брокер, получая вознаграждение за содействие в продаже имущества, негласно заинтересован в определённом результате, который может не вполне соответствовать интересам потенциального заёмщика.

Например, что касается правового регулирования деятельности страховых брокеров, то в отношении их деятельности в законе прямо установлен запрет ситуации, когда страховой брокер действует одновременно в интересах и страхователя, и страховщика (но не иных лиц!).

Возможно, для большей гарантированности соблюдения морально-этической чистоты деятельности ипотечного брокера исключительно в интересах одного из клиентов будет законодательно установленный запрет одному и тому же брокеру участвовать в возмездных договорных отношениях одновременно с банками и с потенциальными заёмщиками, а также риэлторскими агентствами.

Поэтому в данной ситуации представляется целесообразным рекомендовать законодательно закрепить основы деятельности ипотечных брокеров и гарантии оказания их услуг, в том числе требование о публичном сообщении, в чьих интересах действует ипотечный брокер.

Вопрос своеобразного "конфликта интересов" брокера лежит скорее в плоскости морально-этической, чем в плоскости правовой, но всё-таки представляется возможным предпринять попытку урегулировать ситуацию в рамках договора, предусмотрев ответственность брокера за ненадлежащее исполнение его обязанностей, например, обязанность возместить убытки в случае заключения сделки, менее выгодной для клиента, чем если бы брокер действовал добросовестно и исключительно в интересах клиента; либо ответственность за умышленное сокрытие всей интересующей клиента информации, на основе которой клиент принимает решение. Но учитывая характер предоставляемых услуг, доказать недобросовестность ипотечного брокера будет практически невозможно, поэтому такое условие в договоре может являться лишь фактором, внутренне удерживающим брокера от злоупотреблений.

В заключение можно отметить, что в условиях мирового финансового кризиса, вызванного несовершенством финансовых институтов, в том числе института ипотечного кредитования, роль компетентных посредников, владеющих наиболее полной информацией о меняющемся рынке, значительно возрастает и может стать для многих ипотечных брокеров отличной возможностью для укрепления деловой репутации.