

Mgr Barbara Jelonek-Jarco
Mgr Julita Zawadzka
Uniwersytet Jagielloński

Praktyczne problemy nowelizacji ustawy o księgach wieczystych i hipotece (część II)

3. Podział hipoteki w przypadku wyodrębnienia lokalu

Nowelizacja wprowadziła zmianę art. 76 ust. 4 u.k.w.h., który dotychczas przewidywał, że do hipoteki zabezpieczającej kredyt udzielony na budowę domów mieszkalnych, jeżeli podział nieruchomości polega na przeniesieniu własności części nieruchomości zabudowanej domem mieszkalnym, nie stosuje się przepisu o powstaniu hipoteki łącznej na skutek podziału nieruchomości obciążonej. W takim wypadku hipoteka ulegać miała podziałowi zgodnie z postanowieniami umowy. W praktyce powstawały na tym tle wątpliwości dotyczące właściwie każdej kwestii związanej ze stosowaniem tego przepisu, począwszy od określenia, jaka umowa miała określać sposób podziału hipoteki, poprzez ustalenie losów hipoteki na wyodrębnionym lokalu w przypadku braku postanowień takiej umowy, aż po ustalenie, do jakich kredytów i jakich hipotek zastosowanie znajduje ten przepis⁴⁷.

⁴⁷ Problemy te na gruncie dotychczasowej regulacji analizował J. Piśuliński, *Hipoteka na nieruchomości zabudowanej domem mieszkalnym. Uwagi de lege lata i de lege ferenda*, [w:] *Rozprawy z prawa prywatnego, prawa o notariacie i prawa europejskiego ofiarowane Panu Rejentowi Romualdowi Szytkowi*, red. E. Drozd, A. Oleszko, M. Pazdan, Kluczbork 2007, s. 282 i nast.; t e n ż e, [w:] *System prawa prywatnego*, red. E. Gniewek, t. IV: *Prawo rzeczowe*, Warszawa 2007, s. 868 i nast., a także M. P l a s k a c z, *Prawne konsekwencje nowej regulacji hipoteki zabezpieczającej kredyt udzielony na budowę domów mieszkalnych*, *Prawo Bankowe* 2006, nr 6, s. 86 i nast.

Problemom tym wychodzi naprzeciw nowa regulacja, która nadaje komentowanemu przepisowi następujące brzmienie: „W razie podziału nieruchomości polegającego na ustanowieniu odrębnej własności lokalu lub wydzieleniu z dotychczasowej nieruchomości odrębnej nieruchomości zabudowanej domem jednorodzinny, nabywca wydzielonej nieruchomości może żądać podziału hipoteki proporcjonalnie do wartości nieruchomości powstałych wskutek podziału. Jeżeli jednak sposób podziału hipoteki został określony w umowie o ustanowienie hipoteki i ujawniony w księdze wieczystej, podział następuje stosownie do postanowień umowy.”

W uzasadnieniu czytamy: „W projekcie proponuje się ochronę nabywców nieruchomości służących przede wszystkim zaspokajaniu potrzeb mieszkaniowych przez przyznanie im roszczenia o podział hipoteki łącznej w stosunku do wartości nabytych nieruchomości (dotyczy to także obciążających nieruchomości hipotek przymusowych). Jedynie w przypadku, gdy w umowie o ustanowienie hipoteki (lub późniejszej umowie ją zmieniającej) został przewidziany i ujawniony w księdze wieczystej sposób podziału hipoteki, nie powstaje hipoteka łączna, a podział hipoteki następuje stosownie do postanowień umowy z mocy samego prawa z chwilą podziału nieruchomości (zob. postanowienie SN z dnia 13 kwietnia 2005 r., IV CK 469/04, niepubl.). Rozwiązanie to zapewnia dostateczną ochronę nabywcom nieruchomości wydzielanych z obciążonego przedmiotu, a zarazem umożliwia dostosowanie sposobu podziału do indywidualnych potrzeb właściciela obciążonej nieruchomości wyjściowej oraz interesów wierzyciela hipotecznego. Jednocześnie rozwiązanie to usuwa zarzut nierównego traktowania hipotek zabezpieczających spłatę kredytu udzielonego na budowę domu mieszkalnego, gdyż obowiązujący art. 76 ust. 4 u.k.w.h. nie ma zastosowania do innych hipotek obciążających nieruchomości (hipoteki te przekształcają się w hipotekę łączną).”

Zmiana ta niewątpliwie oznacza kres niepewności nabywców lokali od deweloperów, bowiem w wielu przypadkach, nawet gdy umowa przewidująca podział zabezpieczenia hipotecznego była zawarta, nabywcy lokali nie mieli do niej dostępu. Po wejściu w życie nowelizacji sposób podziału hipoteki określony w umowie o ustanowienie hipoteki podlegać będzie ujawnieniu w księdze wieczystej, co – jak można wnioskować z brzmienia przepisu – jest konieczną przesłanką skuteczności tej umowy

wobec nabywców lokali. Jeżeli sposób podziału nie zostanie ujawniony w księdze wieczystej, zastosowanie będzie znajdował art. 76 ust. 4 zd. 1 u.k.w.h.⁴⁸

Pozytywnie należy się odnieść do ograniczenia przypadków, w których podział hipoteki następował będzie zgodnie z postanowieniami umowy o ustanowienie hipoteki tylko do sytuacji, gdy umowa taka zostanie ujawniona w księdze wieczystej. Otwartą kwestią pozostaje nadal, w jaki sposób umowa będzie ujawniana w tej księdze⁴⁹, ale potencjalny nabywca lokalu musi mieć możliwość dowiedzenia się, jak będzie przedstawiał się obciążenie jego nieruchomości po wyodrębnieniu lokalu. Sposób podziału przewidziany w tej umowie nie musi bowiem zakładać podziału proporcjonalnego, a przy negocjowaniu umowy z deweloperem nabywca musi mieć świadomość kształtu tych postanowień.

Zmianę tę należy przyjąć z aprobatą również ze względu na fakt, że w nowym brzmieniu przepis art. 76 ust. 4 u.k.w.h. odnosi się do wszystkich hipotek, nie zaś tylko do hipotek umownych. Dotychczas bowiem w przypadku hipoteki przymusowej przepis ten nie znajdował zastosowania, wobec czego hipoteka ta ulegała zawsze podziałowi. Ponadto, w nowym brzmieniu przepis ten odnosił się będzie nie tylko do zabezpieczonych hipoteką wierzytelności banków, ale do zabezpieczonych hipoteką wierzytelności przysługujących wszystkim wierzycielom, co pozwoli zniwelować dotychczas panującą w tym względzie nierówność pomiędzy wierzycielami⁵⁰. Co więcej, uprawnienie do żądania podziału hipoteki obciążającej nieruchomość w przypadku ustanowienia odrębnej własności lokali przysługiwało będzie nie tylko nabywcom lokali mieszkalnych, ale także użytkowych⁵¹.

Kolejna istotna zmiana to zniesienie ograniczenia zastosowania tego przepisu tylko do hipotek zabezpieczających kredyt na budowę domów

⁴⁸ Bez zmian pozostała odrębna regulacja przewidziana w art. 44 ust. 3 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o spółdzielniach mieszkaniowych (tekst jedn.: Dz.U. z 2003 r. Nr 119, poz. 1116 ze zm.); por. H. Cieplą, E. Bałan-Goncjarz, *Ustawa o księgach...*, s. 97.

⁴⁹ Kwestie te zostaną zapewne uregulowane w rozporządzeniach wykonawczych do ustawy o księgach wieczystych i hipotece.

⁵⁰ Zob. uzasadnienie projektu rządowego, druk sejmowy nr 1562, s. 14-15.

⁵¹ Na problemy z ograniczeniem dotychczasowej regulacji do domów mieszkalnych zwracał uwagę J. Piśuliński, *Hipoteka na nieruchomości...*, s. 284-285.

mieszkalnych. Dotychczasowe brzmienie przepisu wskazywało bowiem, że wyjątek od zasady powstania hipoteki łącznej dotyczył tylko przypadków zabezpieczenia hipoteką wierzytelności banku (lub innej instytucji finansowej, która może zawierać umowy kredytu), a dodatkowo – tylko wierzytelności o spłatę kredytu udzielonego na budowę domów mieszkalnych⁵². Praktyka pokazała jednak, że zawężenie takie nie znajduje uzasadnienia, bowiem instytucje finansujące i deweloperzy wykorzystują w celu finansowania budowy domów mieszkalnych nie tylko umowy kredytu. Przepis ten nie znajdował więc zastosowania w przypadku, w którym instytucja finansująca przedsięwzięcie zawarła z deweloperem umowę o finansowanie, na podstawie której instytucja ta (niekoniecznie bank) wyemitowała tylko dla dewelopera obligacje, on je objął, a wierzytelność o wykup obligacji została zabezpieczona hipoteką na nieruchomości dewelopera. W takim układzie nabywcy lokali nabywali nieruchomości obciążone hipoteką zabezpieczającą wierzytelność o wykup obligacji, gdyż nie istniała podstawa do zwolnienia ich nieruchomości spod tego obciążenia. Nabywcy tacy mogli bronić się zarzutem, że finansujący i deweloper skorzystali z takiego sposobu finansowania właśnie w celu obejścia prawa – regulacji art. 76 ust. 4 u.k.w.h. Po zmianie nie będzie już wątpliwości, że także nabywcy lokali od dewelopera, który środki na realizację inwestycji uzyskał z innego źródła niż umowa kredytu, będą mogli żądać podziału hipoteki proporcjonalnie do wartości nieruchomości powstałej wskutek podziału.

Relacja między art. 76 ust. 2 u.k.w.h. a art. 76 ust. 4 u.k.w.h.

W związku z nowym brzmieniem art. 76 ust. 4 u.k.w.h. rozważenia wymaga kwestia uprawnienia wierzyciela hipotecznego do dokonania

⁵² Na te ograniczenia dotychczasowej regulacji art. 76 ust. 4 u.k.w.h. wskazywał J. Pi-suliński, *Hipoteka na nieruchomości...*, s. 282 i nast. W orzecznictwie (zob. postanowienia SN z dnia 13 stycznia 2005 r., IV CK 426/04, OSNC 2005, nr 12, poz. 216 oraz z dnia 13 kwietnia 2005 r., IV CK 469/04, Biuletyn Sądu Najwyższego 2005, nr 9) i w literaturze przyjmowano, że przepis ten znajduje zastosowanie zarówno do podziału nieruchomości zabudowanej kilkoma domami mieszkalnymi (albo domem mieszkalnym i domem o innym przeznaczeniu), jak i do ustanowienia odrębnej własności lokali, nie tylko mieszkalnych, ale także lokali o innym przeznaczeniu. Przyjmowano, że wystarczające dla zastosowania tego przepisu jest, by wyodrębniany lokal mieścił się w domu mieszkalnym (zob. M. Płaskacz, *Prawne konsekwencje...*, s. 93-94).

podziału hipoteki łącznej w przypadku, w którym nabywcy wyodrębnionego lokalu przysługuje uprawnienie do żądania proporcjonalnego podziału hipoteki, a więc w sytuacji, w której sposób podziału hipoteki nie został określony w umowie o ustanowienie hipoteki i nie został ujawniony w księdze wieczystej. W takiej bowiem sytuacji podział nieruchomości obciążonej hipoteką poprzez wyodrębnienie lokalu spowoduje – na zasadzie wyrażonej w art. 76 ust. 1 zd. 1 u.k.w.h. – powstanie hipoteki łącznej obciążającej wyodrębnioną nieruchomość lokalową oraz nieruchomość, z której została ona wyodrębniona. Zakładając księgę wieczystą dla nowo wyodrębnionej nieruchomości lokalowej, sąd wieczystoksięgowy przeniesie z urzędu do nowej księgi wieczystej wpis hipoteki obciążającej całą nieruchomość (art. 76 ust. 1 zd. 1 u.k.w.h.).

W takim przypadku powstaje pytanie, jak kształtuje się uprawnienie wierzyciela hipotecznego do dokonania podziału hipoteki łącznej, które to uprawnienie przysługuje mu na podstawie art. 76 ust. 2 zd. 2 u.k.w.h. Zgodnie z tym przepisem wierzyciel, któremu przysługuje hipoteka łączna, może według swojego uznania dokonać jej podziału pomiędzy poszczególne nieruchomości. Powstaje więc pytanie o relację między art. 76 ust. 2 zd. 2 u.k.w.h. a art. 76 ust. 4 u.k.w.h. W dotychczasowym stanie prawnym wierzyciel hipoteczny nie mógł skorzystać z uprawnienia wynikającego z art. 76 ust. 2 zd. 2 u.k.w.h. w przypadkach, do których znajdował zastosowanie art. 76 ust. 4 u.k.w.h., i to zarówno w sytuacji, w której została zawarta umowa określająca sposób podziału hipoteki, jak i w sytuacji, w której umowa taka nie została zawarta. W tym pierwszym przypadku bowiem wyodrębnienie lokalu nie powodowało powstania hipoteki łącznej, lecz hipoteka od razu ulegała podziałowi zgodnie z postanowieniami umowy. Jeśli zaś umowa taka nie została zawarta, to wówczas – w świetle stanowiska zajmowanego w tej kwestii przez Sąd Najwyższy⁵³ – hipoteka łączna w ogóle nie powstawała, bowiem nie istniały podstawy do wpisania hipoteki do księgi wieczystej urządzonej dla nowo powstałej nieruchomości lokalowej, a nabywca nieruchomości lokalowej nabywał ją wolną od obciążeń. W przypadkach, do których

⁵³ Por. postanowienie SN z dnia 13 stycznia 2005 r., IV CK 426/04 (OSNC 2005, nr 12, poz. 216); postanowienie SN z dnia 13 stycznia 2005 r., IV CK 425/04 (LexPolonica nr 1917608); postanowienie SN z dnia 13 kwietnia 2005 r., IV CK 469/04 (Biuletyn Sądu Najwyższego 2005, nr 9).

znajdował zastosowanie art. 76 ust. 4 u.k.w.h., wierzycielowi hipotecznemu nie przysługiwało zatem uprawnienie do dokonania podziału hipoteki łącznej, wynikające z art. 76 ust. 2 zd. 2 u.k.w.h.

Nowelizacja wprowadza zmianę tej sytuacji. Jak już bowiem wcześniej wskazano, w świetle nowego brzmienia art. 76 ust. 4 u.k.w.h., jeśli nie została zawarta umowa określająca sposób podziału hipoteki, to wówczas podział nieruchomości poprzez wyodrębnienie lokalu spowoduje powstanie hipoteki łącznej na nieruchomości wyodrębnionej i nieruchomości, z której została ona wyodrębniona. W księdze wieczystej założonej dla nowo powstałej nieruchomości lokalowej zostanie zatem wpisana hipoteka łączna obciążająca dotychczas nieruchomość „wyjściową”, zaś właścicielowi wyodrębnionego lokalu przysługiwało będzie uprawnienie do żądania podziału hipoteki proporcjonalnie do wartości nieruchomości powstałych wskutek podziału. Powstaje wobec tego pytanie, czy po wyodrębnieniu nieruchomości lokalowej i powstaniu hipoteki łącznej wierzyciel hipoteczny będzie mógł skorzystać z uprawnienia, które przysługuje mu na podstawie art. 76 ust. 2 zd. 2 u.k.w.h. Jeśli wierzyciel skorzystałby z tego uprawnienia, to niweczyłby w ten sposób uprawnienie przyznane nabywcy lokalu na podstawie art. 76 ust. 4 u.k.w.h., bowiem jeśli hipoteka zostałaby podzielona przez wierzyciela hipotecznego, to nie istniałaby już hipoteka łączna, której proporcjonalnego podziału mógłby żądać nabywca lokalu. Wierzyciel mógłby zaś dokonać podziału hipoteki łącznej według swojego uznania, a więc nie musiałby dzielić jej proporcjonalnie do wartości nieruchomości powstałych na skutek podziału. Szybka reakcja wierzyciela hipotecznego mogłaby zatem skutecznie pozbawić nową regulację art. 76 ust. 4 u.k.w.h. jej praktycznego znaczenia.

Nie wydaje się jednak, by taka wykładnia powołanych przepisów była właściwa. Nie ulega bowiem wątpliwości, że art. 76 ust. 4 u.k.w.h. od momentu jego wprowadzenia do ustawy przewidywał regulację szczególną, wyjątkową wobec zasadniczych regulacji hipoteki łącznej przewidzianych w art. 76 ust. 1 i 2 u.k.w.h. Odmienność regulacji przypadków wskazanych w ust. 4 wyrażała się również w braku wynikającego z art. 76 ust. 2 zd. 2 u.k.w.h. uprawnienia wierzyciela do dokonania podziału hipoteki, bowiem hipoteka łączna nie powstawała z uwagi na brak podstawy do wpisania hipoteki do księgi wieczystej urządzonej dla nowo

powstałej nieruchomości lokalowej⁵⁴ albo hipoteka obciążająca nieruchomość „wyjściową” ulegała od razu podziałowi stosownie do postanowień umowy. Wydaje się więc, że również po zmianie brzmienia art. 76 ust. 4 u.k.w.h. przepis ten pozostać powinien regulacją szczególną, a zatem w przypadkach uregulowanych w tym przepisie wierzycielowi hipotecznemu nie powinno przysługiwać uprawnienie do dokonania podziału hipoteki łącznej według swego uznania, skoro nabywcy lokalu przysługuje uprawnienie do żądania podziału hipoteki w ściśle określony w ustawie sposób, tj. proporcjonalnie do wartości nieruchomości powstałych w wyniku podziału nieruchomości. Za takim rozwiązaniem przemawia także wyjątkowy charakter art. 76 ust. 4 u.k.w.h., który wyłączać miał zastosowanie ogólnych przepisów o hipotece łącznej, zawartych właśnie w art. 76 ust. 1-2 u.k.w.h.

Można by co prawda rozważyć przyznanie wierzycielowi uprawnienia do złożenia oświadczenia o podziale hipoteki z uwzględnieniem wymogów określonych w art. 76 ust. 4 u.k.w.h., a więc proporcjonalnie do wartości nieruchomości powstałych w wyniku podziału nieruchomości, jednak rozwiązanie takie również byłoby ryzykowne. W sytuacji bowiem, gdy wierzyciel złożyłby oświadczenie o podziale hipoteki, a właściciel nieruchomości wyodrębnionej chciałby kwestionować poprawność wyliczenia proporcji przez wierzyciela, to musiałby wytaczać przeciwko niemu powództwo o ustalenie bezskuteczności dokonanego podziału hipoteki i dopiero po uzyskaniu korzystnego orzeczenia w tym postępowaniu musiałby wystąpić z powództwem o dokonanie podziału proporcjonalnego, zgodnie ze wskazaniem art. 76 ust. 4 zd. 1 u.k.w.h. Aby zrealizować uprawnienie wynikające z tego przepisu, właściciel nieruchomości wyodrębnionej musiałby prowadzić przeciwko wierzycielowi hipotecznemu kolejne procesy, co nie byłoby celowe. Stąd też wydaje się, że w przypadkach, do których znajduje zastosowanie art. 76 ust. 4 zd. 1 u.k.w.h., wierzycielowi hipotecznemu nie powinno w ogóle przysługiwać uprawnienie wynikające z art. 76 ust. 2 zd. 2 u.k.w.h.

⁵⁴ Tak przyjmował Sąd Najwyższy w braku umowy określającej sposób podziału hipoteki (zob. orzeczenia powołane w przypisie 53).

Charakter roszczenia o podział hipoteki, tryb postępowania oraz legitymacja procesowa

Następnie należy rozważyć podobną wątpliwość, jaka się pojawia w przypadku uprawnienia do żądania zmniejszenia sumy hipoteki. Również w przypadku przewidzianego w art. 76 ust. 4 u.k.w.h. uprawnienia do żądania podziału hipoteki proporcjonalnie do wartości nieruchomości powstałej wskutek podziału, ustawa nie przewiduje, w jaki sposób uprawnienie to będzie realizowane, a więc czy jest to roszczenie wobec wierzyciela o złożenie oświadczenia woli, czy też jest to uprawnienie do żądania, aby sąd ukształtował stosunek prawny pomiędzy właścicielem wyodrębnionego lokalu a wierzycielem, czy wreszcie uprawnienie prawokształtujące. Również tutaj należy się opowiedzieć za drugim ze wskazanych rozwiązań, ponieważ postępowanie sądowe zapewni prawidłowe ustalenie, w jakiej części hipoteka powinna obciążać wyodrębnioną nieruchomość. Nie oznacza to jednak niedopuszczalności zawarcia przez wierzyciela hipotecznego i wszystkich zainteresowanych właścicieli nieruchomości wyodrębnionych umowy regulującej sposób podziału hipoteki pomiędzy poszczególne wyodrębnione nieruchomości.

Powstaje również pytanie, czy o podziale hipoteki sąd będzie orzekał w trybie postępowania procesowego czy nieprocesowego. Uzasadnienie projektu nie wskazuje tu rozwiązania. Wydaje się jednak, że z tych samych względów, które przemawiają za uznaniem, że żądanie zmniejszenia sumy hipoteki rozpoznawane być powinno w postępowaniu procesowym, przyjąć należy, że także żądanie z art. 76 ust. 4 u.k.w.h. będzie rozpoznawane w trybie procesowym, gdyż brak jest przepisu, który dawałby podstawę do procedowania w trybie nieprocesowym (por. art. 13 § 1 k.p.c.).

Kolejną kwestią budzącą wątpliwości jest legitymacja bierna, a więc określenie, przeciwko komu właściciel lokalu wytoczyć powinien powództwo o proporcjonalny podział hipoteki. Nie ulega wątpliwości, że konieczne jest pozwanie wierzyciela hipotecznego. Należy się jednak zastanowić, czy obok niego w postępowaniu takim powinni także brać udział pozostali właściciele wyodrębnionych nieruchomości. Żeby odpowiedzieć na to pytanie, w pierwszej kolejności należy się zastanowić nad tym, czy możliwy jest częściowy podział hipoteki łącznej, czy też zawsze podział ten musi dotyczyć wszystkich nieruchomości obciążonych hipo-

teką łączną i ma prowadzić do powstania odrębnych hipotek obciążających każdą z nieruchomości obciążonych dotychczas hipoteką łączną.

Z brzmienia art. 76 ust. 4 zd. 1 u.k.w.h., zgodnie z którym nabywca może żądać podziału hipoteki proporcjonalnie do wartości nieruchomości powstałych wskutek podziału, nie wynika, że w postępowaniu o podział hipoteki musi nastąpić definitywny podział hipoteki łącznej (podobnie jak w tym przedmiocie swoboda została pozostawiona wierzycielowi, art. 76 ust. 2 u.k.w.h.). Możliwe jest więc, że na skutek podziału powstaje z jednej strony hipoteka obciążająca wyodrębnioną nieruchomość powoda, a z drugiej – hipoteka łączna obciążająca pozostałe nieruchomości⁵⁵. Można więc wyobrazić sobie sytuację, gdy hipoteka łączna zabezpiecza wierzytelność o kwocie 300, i obciąża trzy nieruchomości A, B i C o takiej samej wartości, a o częściowy podział hipoteki łącznej występuje właściciel jednej z nieruchomości – A.

Skoro sąd w postępowaniu o częściowy podział hipoteki łącznej będzie orzekał jedynie w zakresie żądania pozwu, a więc w odniesieniu do hipoteki obciążającej nieruchomość należącą do powoda, i nie będzie rozstrzygał o obciążeniu hipotekami podzielonymi pozostałych nieruchomości (B i C), to udział właścicieli tych nieruchomości w postępowaniu nie wydaje się konieczny. Istnieją jednak argumenty przemawiające przeciwko takiemu stanowisku. Należy zwrócić uwagę, że wysokość każdej z hipotek powstałych na skutek podziału hipoteki łącznej musi być niższa od wysokości hipoteki łącznej⁵⁶. Tym samym sposób, w jaki nastąpi podział hipoteki na żądanie jednego właściciela lokalu, automatycznie będzie wywierał wpływ na obciążenie hipoteką łączną innych lokali, bowiem zawsze prowadził on będzie do zmniejszenia zakresu ich obciążenia. Jeżeli zatem hipoteka łączna w podanym wcześniej przykładzie zabezpieczała wierzytelność o kwocie 300, i obciążała trzy nieruchomości o takiej samej wartości, a o częściowy podział hipoteki łącznej wystąpił właściciel jednej z nieruchomości – A, to sąd w wyroku dokona proporcjonalnego podziału, a więc nieruchomość A zostanie obciążona hipoteką w wysokości 100, a pozostałe dwie nieruchomości obciążone będą nadal hipoteką łączną

⁵⁵ Możliwość częściowego podziału hipoteki łącznej dopuszczał już J. Wasilkowski, *Hipoteka łączna*, cz. I, *Demokratyczny Przegląd Prawniczy* 1947, nr 9, s. 13. Tak też B. Swaczyna, *Hipoteka...*, s. 368-369.

⁵⁶ J. Pisuliński, [w:] *System prawa...*, s. 863.

w wysokości 200 zł. Okazuje się zatem, że częściowy podział hipoteki łącznej wpływa na zakres obciążenia hipoteką łączną pozostałych nieruchomości. Powstaje zatem pytanie, czy wyrok sądu wydany na skutek powództwa jednego z właścicieli i odnoszący się tylko do jednej nieruchomości będzie mógł stanowić podstawę wpisu zmienionej wysokości hipoteki łącznej w pozostałych księgach wieczystych.

Uprawnionym do złożenia wniosku o wpis w księdze wieczystej jest właściciel nieruchomości, użytkownik wieczysty, osoba, na rzecz której wpis ma nastąpić, albo wierzyciel, jeżeli przysługuje mu prawo, które może być wpisane w księdze wieczystej⁵⁷. Właściciel nieruchomości, który uzyskał wyrok o podziale hipoteki łącznej, będzie zatem mógł na podstawie tego wyroku wnioskować o dokonanie wpisu w księdze wieczystej prowadzonej dla jego nieruchomości. Sąd wieczystoksięgowy będzie mógł z urzędu wykreślić wpis „odłączonej” nieruchomości jako współobciążonej w pozostałych księgach wieczystych prowadzonych dla współobciążonych nieruchomości⁵⁸. Właścicielowi wyodrębnionej nieruchomości nie będzie jednak przysługiwało w omawianym przypadku uprawnienie do żądania zmiany wysokości sumy hipoteki łącznej obciążającej pozostałe nieruchomości. W świetle aktualnie obowiązującego rozporządzenia wykonawczego nie wydaje się także możliwe, aby wpisów takich mógł dokonać sąd wieczystoksięgowy z urzędu⁵⁹, działając jedynie w oparciu o wniosek właściciela nieruchomości, w stosunku do którego zapadł wyrok. Stąd też celowym wydaje się uregulowanie tej kwestii w rozporządzeniu wykonawczym do znowelizowanej ustawy o księgach wieczystych i hipotece.

⁵⁷ Art. 626² § 5 k.p.c.

⁵⁸ Wydaje się, że zastosowanie znajdzie tutaj § 11 ust. 3 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 17 września 2001 r., w sprawie prowadzenia ksiąg wieczystych i zbiorów dokumentów (Dz.U. z 2001 r. Nr 102 poz. 1122 ze zm. – dalej: rozporządzenie wykonawcze).

⁵⁹ § 11 rozporządzenia wykonawczego przewiduje tylko możliwość działania sądu wieczystoksięgowego z urzędu w przypadkach wykreślenia prawa, roszczenia, innego ciężaru lub ograniczenia, które wygasło względem jednej nieruchomości i zostało z niej wykreślone (ust. 3), a także, w przypadkach **wygaśnięcia** praw, roszczeń, innych ciężarów lub ograniczeń względem wszystkich nieruchomości obciążonych (ust. 4). W omawianym wypadku nie następuje jednak **wygaśnięcie** hipoteki, stąd zastosowanie tego przepisu przez sąd wieczystoksięgowy nie wydaje się możliwe.

Charakter wpisu do księgi wieczystej

Powstaje wreszcie pytanie o charakter wpisu do księgi wieczystej. Jak już bowiem wskazano, skutkiem dokonania podziału hipoteki łącznej przez sąd może być bądź powstanie kilku hipotek zwykłych, bądź też – w razie podziału częściowego – hipoteki zwykłej oraz hipoteki łącznej. W każdym jednak wypadku zmianie ulegnie wysokość sumy hipotecznej. Skoro wpis hipoteki do księgi wieczystej ma charakter konstytutywny (art. 67 u.k.w.h.), to tym samym należy przyjąć, że w analizowanej sytuacji wpis ten będzie miał charakter konstytutywny, bowiem podział hipoteki łącznej oznacza powstanie „samodzielnej” hipoteki obciążającej jedną nieruchomości⁶⁰. Takie samo stanowisko jest prezentowane w przypadku, gdy podział hipoteki następuje na podstawie oświadczenia wierzyciela⁶¹. Co więcej, dopiero z chwilą dokonania wpisów zgodnych z rozstrzygnięciem sądu we wszystkich księgach wieczystych nastąpią skutki wpisu – przestanie istnieć hipoteka łączna⁶².

⁶⁰ Przyjęcie, iż podział hipoteki łącznej powoduje powstanie odrębnych hipotek, a więc, że znajduje tutaj zastosowanie art. 67 u.k.w.h., jest konsekwencją opowiedzenia się za poglądem, zgodnie z którym hipoteka łączna stanowi jedno prawo obciążające kilka nieruchomości, nie zaś kilka hipotek powiązanych ze sobą prawnie, a zabezpieczających tę samą wierzytelność. Zagadnienie jedności lub wielości hipotek w przypadku hipoteki łącznej analizowane jest w piśmiennictwie od wielu już lat. Szeroko kwestię przedstawia J. Pisuliński (tenże, [w:] *System prawa...*, s. 860 i nast. oraz cytowane tam literatura i orzecznictwo). Na stanowisku jedności hipoteki łącznej stoją przede wszystkim J. P i s u l i ń s k i, [w:] *System prawa...*, s. 862 oraz B. S w a c z y n a, *Hipoteka...*, s. 324-326. Został on także przyjęty przez Sąd Najwyższy w uzasadnieniach: uchwały z dnia 14 lipca 1994 r., III CZP 85/94 (OSNC 1995, nr 1, poz. 3), postanowienia z dnia 11 lutego 2005 r., III CK 203/04 (Biuletyn Sądu Najwyższego 2005, nr 7, s. 12) oraz postanowienia z dnia 11 lutego 2005 r., III CK 218/04 (LexPolonica nr 1917610). Odmienne stanowisko prezentuje przede wszystkim S. Rudnicki, który wskazuje, że hipoteka łączna to kilka powiązanych ze sobą hipotek, a podział hipoteki łącznej polega na rozerwaniu związku, jaki istniał między hipotekami składającymi się na łączne obciążenie, nie zaś na przekształceniu tych hipotek w prawa od siebie niezależne (S. R u d n i c k i, *Ustawa o księgach wieczystych i hipotece. Przepisy o postępowaniu w sprawach wieczystoksięgowych. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 288). Ze względu na zakres niniejszego opracowania kwestia ta nie zostanie poddana szerszej analizie.

⁶¹ Por. art. 67 i art. 68¹ ust. 3 u.k.w.h.

⁶² Podobnie jak w przypadku wpisywania do księgi wieczystej hipoteki łącznej – hipoteka ta powstaje dopiero z chwilą wpisu w ostatniej z ksiąg wieczystych (por. J. W a s i l k o w s k i, *Hipoteka łączna*, cz. I, *Demokratyczny Przegląd Prawniczy* 1947, nr 9,

Zagadnienia intertemporalne

Na zakończenie rozważań dotyczących nowej regulacji art. 76 ust. 4 u.k.w.h. kilka słów poświęcić należy kwestiom intertemporalnym. Zgodnie z art. 10 ust. 2 zd. 1 u.k.w.h.n., do hipotek zwykłych powstałych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy stosuje się przepisy ustawy o księgach wieczystych i hipotece w dotychczasowym brzmieniu, z wyjątkiem art. 76 ust. 1 i 4 tej ustawy, które stosuje się w brzmieniu nadanym ustawą nowelizującą. W związku z tą regulacją w uzasadnieniu projektu wskazano⁶³, że art. 76 ust. 4 u.k.w.h. stosować się będzie w razie podziału dotychczasowej nieruchomości obciążonej hipoteką, dokonywanego po wejściu w życie ustawy. Bez znaczenia będzie, czy hipoteka obciążająca dzieloną nieruchomość powstała przed wejściem w życie ustawy, czy po jej wejściu w życie. Dla zastosowania art. 76 ust. 4 u.k.w.h. w nowym brzmieniu istotny będzie tylko moment podziału nieruchomości.

4. Administrator hipoteki

Nowelizacja wprowadza instytucję administratora hipoteki, która znajduje zastosowanie w przypadku zabezpieczenia jedną hipoteką kilku wierzycieli przysługujących różnym podmiotom, a służącym sfinansowaniu tego samego przedsięwzięcia (art. 68² ust. 1 u.k.w.h.).

Z punktu widzenia dotychczasowych problemów z zabezpieczaniem kredytów konsorcjalnych⁶⁴ rozwiązanie to i wprowadzenie instytucji administratora hipoteki było bardzo pożądane. Praktyka pokaże, czy rozwiązanie zaproponowane przez ustawodawcę się sprawdzi i jak często będzie wykorzystywane. Jak stwierdzono w uzasadnieniu projektu, administratorem hipoteki może być zarówno jeden z wierzycieli, których wierzycielności podlegają zabezpieczeniu (uczestników konsorcjum), jak i osoba trzecia (art. 68² ust. 1 zd. 2 u.k.w.h.). Nie powinno więc budzić

s. 10; J. Ignatowicz, J. Wasilkowski, [w:] *System prawa cywilnego*, red. J. Ignatowicz, t. II: *Prawo własności i inne prawa rzeczowe*, Ossolineum 1977, s. 769; J. Piśuliński, [w:] *System prawa...*, s. 625 i 629; S. Rudnicki, *Hipoteka jako zabezpieczenie wierzycielności*, Warszawa 2005, s. 85; B. Swaczyna, *Hipoteka...*, s. 339-340.

⁶³ Strona 33 uzasadnienia projektu, druk sejmowy nr 1562.

⁶⁴ Por. m.in. T. Tzech, T. Stawicki, *Hipoteka na rzecz banków tworzących konsorcjum kredytowe*, Przegląd Sądowy 2003, nr 4, s. 3 i nast. i powołana tam literatura.

wątpliwości, że administratorem może być zarówno osoba fizyczna, prawna, jak i jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną (art. 33¹ § 1 k.c.).

Zgodnie z art. 68² ust. 1 u.k.w.h. administrator hipoteki może być powołany w sytuacji, w której kilka wierzytelności przysługujących różnym podmiotom, a służących sfinansowaniu tego samego przedsięwzięcia ma zostać zabezpieczonych jedną hipoteką. W piśmiennictwie podniesiono wątpliwość dotyczącą sposobu rozumienia przepisu art. 68² ust. 1 zd. 1 u.k.w.h.⁶⁵ Przepis ten bowiem stanowi, że: „W celu zabezpieczenia hipoteką kilku wierzytelności przysługujących różnym podmiotom, a służącym sfinansowaniu tego samego przedsięwzięcia, wierzyciele powołują administratora hipoteki.” Podnoszone wątpliwości dotyczą sposobu rozumienia pojęcia „wierzytelności służących sfinansowaniu tego samego przedsięwzięcia”. Sformułowanie to można bowiem rozumieć co najmniej dwojako.

Jeśli kilka wierzytelności przysługujących różnym wierzycielom służyć ma sfinansowaniu tego samego przedsięwzięcia, to oznaczać to może, że np. kilka banków – uczestników konsorcjum, udzielających kredytu inwestorowi – podejmuje się realizacji wspólnego przedsięwzięcia, jakim jest finansowanie kredytu służącego temu inwestorowi. Wspólnym „przedsięwzięciem” byłoby zatem kredytowanie działalności kredytobiorcy. W takiej bowiem konfiguracji za zasadne uznać można twierdzenie, że wierzytelności poszczególnych uczestników konsorcjum wobec kredytobiorcy służą finansowaniu wspólnego przedsięwzięcia konsorcjantów.

Pojęcie „przedsięwzięcia” można jednak odnosić również do przedsięwzięcia realizowanego przez kredytobiorcę, na którego realizację uzyskał on środki pieniężne, zaciągając kilka zobowiązań u uczestników konsorcjum. W takiej jednak konfiguracji trudno mówić o tym, że wierzytelności te służą zrealizowaniu tego samego przedsięwzięcia, gdyż to zobowiązania zaciągnięte przez kredytobiorcę służą jego realizacji.

Różnica pomiędzy powyższymi sposobami rozumienia analizowanego przepisu nie jest wyłącznie teoretyczna, skoro ustanowienie hipoteki na rzecz administratora w sytuacji, gdy nie są spełnione przesłanki ustano-

⁶⁵ Zob. T. C z e c h, T. S t a w e c k i, *Ułomny administrator hipoteki*, Rzeczpospolita z dnia 24 czerwca 2009 r.

wienia takiej hipoteki, skutkować będzie nieważnością umowy. Wydaje się jednak, że w zamierzeniu ustawodawcy pojęcie „przedsięwzięcia” odnosić się ma do pierwszego ze wskazanych przypadków i takie też założenie zostało przyjęte za podstawę dla dalszych rozważań.

W piśmiennictwie podnosi się, że przy stosowaniu analizowanego przepisu może pojawić się problem, czy pojęciem „przedsięwzięcia” można określić również przejęcie spółki bądź też nabycie składnika majątku trwałego⁶⁶. Wydaje się jednak, że wątpliwości te nie są uzasadnione, a pojęcia „przedsięwzięcie” nie należy ograniczać tylko do zobowiązań związanych z procesem inwestycyjnym. Przemawia za tym posłużenie się przez ustawodawcę właśnie szerokim pojęciem „przedsięwzięcia”, a nie – przykładowo – sformułowaniem zbliżonym do tego z art. 76 ust. 4 u.k.w.h. w dotychczasowym brzmieniu, który odnosił się do „budowy domów mieszkalnych”. Zgodnie z definicją zawartą w słowniku języka polskiego⁶⁷, pojęcie „przedsięwzięcia” oznacza „to, co zostało zaplanowane, pomyślane do realizacji, co zdecydowano się wykonać, projekt, zamysł realizowany”. Jak zatem widać, jest ono na tyle szerokie, że obejmować będzie wiele różnorodnych sytuacji. Z drugiej jednak strony użycie tego pojęcia ogranicza krąg możliwych do finansowania działań, bowiem „przedsięwzięcie” ma być zamierzeniem celowym, z czego można wyprowadzić wniosek, że chodzi tu o pewien zespół działań zorganizowanych i przygotowanych, a nie zbiór przypadkowo powiązanych ze sobą czynności. Zabezpieczeniu hipotecznemu mogą przy tym także podlegać wierzytelności zarówno przyszłe, jak i warunkowe.

Powstaje kolejne pytanie o kognicję sądu wieczystoksięgowego do badania w postępowaniu o wpis takiej hipoteki do księgi wieczystej, czy dane zamierzenie spełnia wymogi z ustawy, a więc czy jest przedsięwzięciem. Wydaje się, że za wyjątkiem przypadków, gdy już z samej umowy wynikać będzie, że przedsięwzięcia po prostu brak, sąd nie będzie mógł badać tej okoliczności, a to ze względu na brak możliwości prowadzenia postępowania dowodowego. Natomiast brak przedsięwzięcia skutkować będzie nieważnością umowy o ustanowienie hipoteki na rzecz administratora.

Warto rozważyć także kwestię dopuszczalności „następczego” ustanowienia administratora hipoteki. Z brzmienia nowych przepisów nie

⁶⁶ *Tamże.*

⁶⁷ *Słownik współczesnego języka polskiego*, praca zbiorowa, Warszawa 1996, s. 875.

wynika bowiem, czy jest możliwe ustanowienie administratora hipoteki w przypadku ustanowienia hipoteki na rzecz jednego wierzyciela, który następnie części swojej wierzytelności zbywa innym wierzycielom (bez przeniesienia na nich hipoteki) i zostaje w umowie między tymi podmiotami ustanowiony administratorem, bądź funkcję tę pełni jeden z nabywców części wierzytelności, na którego zostaje przeniesiona cała hipoteka. Dotychczas nie należała do rzadkości praktyka banków polegająca na udzieleniu kredytu przez jeden bank, a następnie przenoszeniu części wierzytelności na inne podmioty finansujące⁶⁸. Ustanowienie administratora hipoteki w takich przypadkach budzi jednak wątpliwości, a to ze względu na regulację art. 79 ust. 1 u.k.w.h. Wobec brzmienia art. 79 ust. 1 u.k.w.h., zgodnie z którym w razie przelewu wierzytelności hipotecznej na nabywcę przechodzi także hipoteka, chyba że ustawa stanowi inaczej, wydaje się, że strony umowy przelewu części wierzytelności nie mogą umownie wyłączyć skutku w postaci przejścia na cesjonariusza części hipoteki bądź postanowić o przeniesieniu całej hipoteki na cesjonariusza. Cytowany przepis dopuszcza bowiem tylko wyjątki przewidziane w ustawie. Zauważyć także należy, że nowelizacją uchylony został przepis art. 107 u.k.w.h., który przewidywał wyjątek od zasady wyrażonej w art. 79 ust. 1 u.k.w.h.⁶⁹ Sam art. 79 ust. 1 u.k.w.h. również został znówelizowany w celu wyeliminowania istniejącej dotychczas wątpliwości, czy przelew wierzytelności powoduje z mocy prawa przejście hipoteki na cesjonariusza⁷⁰. Obecnie nie ma już zatem wątpliwości, że następu-

⁶⁸ Dopuszczalność przelewu części wierzytelności nie budzi wątpliwości, por. T. C z e c h, *Przelew części wierzytelności hipotecznej*, Przegląd Sądowy 2006, nr 7-8, s. 82 oraz s. 84.

⁶⁹ Art. 107 u.k.w.h. stanowił, że: „Do przelewu wierzytelności zabezpieczonej hipoteką kaucyjną nie stosuje się przepisów o przelewie wierzytelności hipotecznej. Jednakże gdy wraz z wierzytelnością ma być przeniesiona także hipoteka, do przelewu niezbędny jest wpis w księdze wieczystej.” Z powołaniem na tę regulację jeszcze przed nowelizacją wskazywano, że strony mogą swobodnie ustalić kwotę hipoteki kaucyjnej, która przejdzie na nabywcę w związku z cesją części wierzytelności hipotecznej, por. T. C z e c h, *Przelew części wierzytelności...*, s. 93. Autor podkreślał jednak, że strony nie mają tu pełnej swobody (*tamże*).

⁷⁰ Zob. uzasadnienie projektu rządowego, druk sejmowy nr 1562, s. 10: „W nowym brzmieniu art. 79 ust. 1 u.k.w.h. ma przesądzić sporną dotychczas kwestię, czy w celu przeniesienia wraz z zabezpieczoną wierzytelnością hipoteki strony muszą zawrzeć osobną

jącym *ex lege* skutkiem przelewu części wierzytelności jest przejście na cesjonariusza również części hipoteki i wątpliwe wydaje się, by skutek ten strony mogły umownie wyłączyć. Taka wykładnia art. 79 u.k.w.h.⁷¹ daje podstawę to twierdzenia, że brak jest mechanizmu, który pozwalałby na przeniesienie na innych wierzycieli tylko części wierzytelności przy pozostawieniu u pierwotnego wierzyciela całej hipoteki, która dodatkowo – mimo iż ujawniona w księdze wieczystej na rzecz pierwotnego wierzyciela – zabezpieczałaby wszystkie wierzytelności. Brak też mechanizmu, który pozwalałby na przeniesienie całej hipoteki na nabywcę części wierzytelności. Warto także zauważyć, że mechanizm pozwalający na wtórne ustanowienie administratora zastawu został wprowadzony do ustawy o zastawie rejestrowym i rejestrze zastawów⁷². Przepisy ustawy o księgach wieczystych i hipotece nie zawierają analogicznego uregulowania w odniesieniu do administratora hipoteki.

Umowy w procesie ustanawiania wspólnego zabezpieczenia wierzytelności

Dla uczestników konsorcjum szczególnie istotne będzie poprawne ukształtowanie poszczególnych umów w procesie ustanawiania wspólnego zabezpieczenia. Warto więc nieco przybliżyć tę problematykę.

Kwestia regulacji stosunków wewnętrznych pomiędzy wierzycielami pozostawiona została do ich swobodnej decyzji. Mogą kwestie te uregulować w umowie konsorcjum kredytowego, a nawet w kilku umowach konsorcjalnych. Przykładowo więc będą to mogły być cztery umowy dwustronne, z których każda będzie zawarta przez bank będący inicja-

– oprócz umowy przelewu – umowę przenoszącą hipotekę. W projektowanym brzmieniu zmiana podmiotu hipoteki jest ustawowym skutkiem przeniesienia wierzytelności hipotecznej.”

⁷¹ Wykładnia taka nie pozostaje jednak bez wątpliwości, a to wobec istoty nowelizacji ustawy o księgach wieczystych i hipotece. Wśród zmian o znaczeniu systemowym wskazuje się bowiem przede wszystkim odstąpienie od podziału hipoteki na zwykłą oraz kaucyjną i oparcie koncepcji hipoteki na modelu dawnej hipoteki kaucyjnej. Powyższe, mimo nowelizacji art. 79 ust. 1 u.k.w.h., stanowić może argument na rzecz tezy o dopuszczalności „następczego” ustanowienia administratora hipoteki.

⁷² Zob. ustawa z dnia 5 września 2008 r. o zmianie ustawy o zastawie rejestrowym i rejestrze zastawów oraz o zmianie innych ustaw (Dz.U. z 2008 r. Nr 180, poz. 1113).

torem przedsięwzięcia z innym podmiotem finansującym przedsięwzięcie. Wszyscy wierzyciele, niezależnie od tego, w jaki sposób będą uregulowane ich stosunki wewnętrzne, będą musieli zawsze zawrzeć umowę o powołanie administratora hipoteki, która będzie źródłem umocowania administratora do zawarcia na ich rachunek umowy o ustanowienie hipoteki, a następnie do wykonywania ich praw i obowiązków. Nie stoi na przeszkodzie, aby regulację stosunków wewnętrznych pomiędzy konsorcjantami zawrzeć w tej samej umowie, w której został ustanowiony administrator hipoteki i tak zapewne banki będą robiły najczęściej, zwłaszcza w sytuacji, w której administratorem będzie jeden z konsorcjantów. Jednak w przypadku, w którym administratorem hipoteki będzie podmiot trzeci, wobec którego konsorcjanci nie będą chcieli ujawniać wszystkich szczegółów ich wewnętrznych stosunków, ustanowienie administratora hipoteki nastąpi w osobnej umowie, mającej tak wąsko określony przedmiot.

Wątpliwości budzi forma umowy powołującej administratora. Zgodnie z art. 68² ust. 2 u.k.w.h. umowa ta powinna zostać zawarta na piśmie pod rygorem nieważności, a stosownie do art. 68² ust. 5 u.k.w.h. w księdze wieczystej jako wierzyciela hipotecznego wpisuje się administratora hipoteki. Ponadto, na wniosek wierzycieli, których wierzytelności są objęte zabezpieczeniem, sąd dokonuje zmiany wpisu administratora hipoteki (art. 68² ust. 5 u.k.w.h.). Z regulacji tego ostatniego przepisu wynika, że umowa powołująca administratora hipoteki musi zostać przedłożona sądowi wieczystoksięgowemu w razie zmiany osoby administratora. Sytuacja nie jest natomiast tak jednoznaczna w przypadku złożenia wniosku o wpis hipoteki na rzecz administratora – wpis nastąpi bowiem na podstawie umowy o ustanowienie hipoteki. Nie jest zaś oczywiste, czy wraz z tą umową administrator winien przedłożyć sądowi wieczystoksięgowemu także umowę powołującą go na administratora hipoteki jako załącznik do wniosku o wpis hipoteki. Jak się wydaje, sąd wieczystoksięgowy musi mieć możliwość zweryfikowania, czy podmiot, na rzecz którego została ustanowiona hipoteka i który złożył wniosek o wpis, jest administratorem hipoteki (przesądza to bowiem o ważności umowy o ustanowienie hipoteki), a tym samym konieczne jest przedłożenie umowy o powołaniu administratora wraz z wnioskiem o wpis hipoteki. Z tej umowy wynika bowiem zarówno umocowanie administratora hipoteki do zawarcia umowy

o ustanowienie hipoteki, jak i wola wierzycieli, by dany podmiot został ujawniony w księdze wieczystej jako wierzyciel hipoteczny.

Z tego też względu powstaje pytanie, czy wystarczającym jest, by umowa o powołaniu administratora została zawarta na piśmie, czy też powinna to być umowa w formie pisemnej z podpisami notarialnie poświadczonymi. Artykuł 31 ust. 1 u.k.w.h. stanowi bowiem, że wpis do księgi wieczystej może być dokonany na podstawie dokumentu z podpisem notarialnie poświadczonym, jeżeli przepisy szczególne nie przewidują innej formy dokumentu. Powstaje zatem pytanie, czy art. 68² ust. 2 u.k.w.h. jest właśnie takim przepisem szczególnym przewidującym inną formę dokumentu w rozumieniu art. 31 ust. 1 u.k.w.h., czy też umowa będzie musiała zostać zawarta w formie przewidzianej w art. 31 ust. 1 u.k.w.h.

Przyjmuje się, że przepis szczególny, do którego odsyła art. 31 ust. 1 u.k.w.h., przewidywać może jedynie „lepszą” formę⁷³, jednakże stanowisko takie przyjmowane jest właściwie bez uzasadnienia. Zauważyć należy, że art. 31 ust. 1 u.k.w.h. nie stanowi o formie „lepszej”, a jedynie wskazuje, że forma w nim określona nie musi zostać zachowana każdorazowo, gdy przepisy szczególne przewidują inną formę dokumentu. Wykładnia literalna zdaje się więc prowadzić do wniosku, że jeżeli ustawa przewiduje dla danej czynności jakąkolwiek formę (także „słabszą”), to wówczas nie znajduje zastosowania forma określona w art. 31 ust. 1 u.k.w.h. Wykładnia celowościowa przemawia jednak przeciwko przyjęciu tego ostatniego stanowiska. Księgi wieczyste są publicznymi rejestrami o szczególnym znaczeniu dla szeroko rozumianego obrotu nieruchomości, a kognicja sądu wieczystoksięgowego w toku postępowania o wpis jest ograniczona. Rozpoznając wniosek o wpis, sąd bada jedynie treść i formę wniosku, dołączonych do wniosku dokumentów oraz treść księgi wieczystej (art. 626⁸ § 2 k.p.c.). Wprowadzony przez ustawodawcę wymóg, aby wpis następował na podstawie dokumentu z podpisem notarialnie poświadczonym, ma więc na celu zapewnienie, by dokumenty

⁷³ S. Rudnicki, *Ustawa o księgach wieczystych...*, s. 170; E. Gniewek, [w:] *System prawa...*, s. 96-97; postanowienie SN z dnia 23 kwietnia 2008 r., III CSK 335/07 (LEX nr 490471). Podobnie, na gruncie dekretu z dnia 11 października 1946 r. – Prawo o księgach wieczystych – R. Moszyński, L. Policha, A. Izdebska, *Księgi wieczyste*, Warszawa 1960, s. 61.

przedkładane wraz z wnioskami o wpis nie były dokumentami podrobionymi, sfalszowanymi bądź też antydatowanymi. Podkreślenia wreszcie wymaga, że inne cele pełni forma czynności prawnej przewidziana w przepisach prawa materialnego dla ważności danej czynności (*ad sollemnitate*), dla wywołania określonych skutków (*ad eventum*) czy też pod rygorem trudności dowodowych (*ad probationem*), a inne – tzw. forma *ad intabulationem*. Nawet więc jeżeli ustawodawca przewidział dla ważności danej czynności prawnej określoną formę, nie oznacza to jeszcze, że forma ta zastępuje określoną w art. 31 ust. 1 u.k.w.h. formę wymaganą dla dokumentu stwierdzającego dokonanie czynności prawnej, który to dokument stanowić ma podstawę wpisu do księgi wieczystej. Z tych też względów przyjąć należy, że umowa powołująca administratora hipoteki powinna zostać zawarta w formie pisemnej z podpisami notarialnie poświadczonymi.

Kolejną umową w procesie organizowania konsorcjum i ustanawiania hipoteki zabezpieczającej kredyt konsorcjalny będzie umowa o ustanowienie hipoteki zawierana pomiędzy administratorem hipoteki a właścicielem nieruchomości. W umowie tej konieczne będzie określenie wspólnego przedsięwzięcia, którego sfinansowaniu służą środki uzyskane od uczestników konsorcjum, a także określenie rozkładu zabezpieczenia hipotecznego pomiędzy poszczególnych wierzycieli. Elementy te będą zatem znane właścicielowi nieruchomości obciążonej hipoteką. Wydaje się, że dla własnego bezpieczeństwa konsorcjanci powinni elementy te uzgodnić wcześniej, np. w umowie o powołaniu administratora hipoteki albo też w umowie konsorcjum, w tym ostatnim przypadku jednak ze wskazaniem w umowie o powołaniu administratora zakresu jego swobody co do określenia zabezpieczonych wierzytelności. Do umowy powołującej administratora należy więc wprowadzić postanowienie o upoważnieniu administratora hipoteki do zawarcia z właścicielem nieruchomości umowy o ustanowieniu hipoteki o ustalonej przez konsorcjantów treści. Ponadto przy zawieraniu umowy o ustanowieniu hipoteki administrator będzie musiał przedłożyć umowę powołującą go na stanowisko administratora hipoteki, aby wykazać swoje umocowanie do działania. Oświadczenie właściciela nieruchomości o ustanowieniu hipoteki będzie musiało mieć formę aktu notarialnego (art. 68² ust. 4 u.k.w.h., zob. niżej), co także stanowi do

pewnego stopnia gwarancję, że treść umowy o ustanowienie hipoteki będzie odpowiadała temu, co uzgodnili pomiędzy sobą konsorcjanci.

Administrator będzie osobą uprawnioną do zawarcia umowy o ustanowienie hipoteki (art. 68³ ust. 3 u.k.w.h.) i zostanie wpisany do księgi wieczystej jako wierzyciel hipoteczny (art. 68³ ust. 5 u.k.w.h.). On też będzie wykonywał wszelkie prawa i obowiązki wierzyciela hipotecznego – w imieniu własnym, lecz na rachunek wierzycieli, których wierzycielności są objęte zabezpieczeniem. Wierzyciele swoje uprawnienia realizować będą mogli natomiast na podstawie postanowień umowy, jak i przepisów art. 68³ ust. 6 i 7 u.k.w.h. Ustawa gwarantuje im bowiem pośredni wpływ na wykonywanie obowiązków przez administratora, poprzez możliwość jego zmiany oraz prawo żądania podziału hipoteki w przypadkach wskazanych w ustawie. Zmiana administratora możliwa będzie jedynie za zgodą wszystkich wierzycieli, natomiast wniosek do sądu o dokonanie podziału hipoteki będzie mógł złożyć każdy z nich.

Istotne znaczenie ma art. 68² ust. 4 u.k.w.h. dotyczący formy ustanowienia hipoteki na rzecz administratora, zgodnie z którym do ustanowienia tej hipoteki nie stosuje się art. 95 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe⁷⁴. Tym samym umowa ustanawiająca hipotekę, aby mogła stanowić podstawę wpisów w księgach wieczystych, będzie musiała spełnić wymogi określone zarówno w art. 31 i 32 u.k.w.h., jak i w art. 245 § 2 k.c. Umowa o ustanowienie hipoteki będzie zatem w praktyce zawierana w formie aktu notarialnego⁷⁵.

Wobec określenia w art. 68² ust. 3 u.k.w.h. niezbędnych elementów umowy o ustanowienie hipoteki, jakimi są określenie zakresu zabezpieczenia poszczególnych wierzycielności oraz przedsięwzięcia, którego sfinansowaniu służą środki uzyskane przez dłużnika, pojawia się oczywiście pytanie, jakie będą konsekwencje nieoznaczenia w tej umowie np. przedsięwzięcia, którego realizacji ma służyć kredyt, albo też nieujęcie w tej umowie wszystkich wierzycieli, którzy zawierali umowę konsorcjum.

⁷⁴ Dz.U. z 2002 r. Nr 72, poz. 665, ze zm.

⁷⁵ W uzasadnieniu projektu takie rozwiązanie uzasadniono w następujący sposób: „Udział notariusza zapewnia właścicielowi nieruchomości, ustanawiającemu hipotekę, odpowiednią poradę. (...) Chodzi o to, aby właściciel dokonał takiej czynności z odpowiednim rozważaniem i namysłem. (...)”

Ta ostatnia kwestia jest istotna z punktu widzenia oceny możliwości zawarcia umowy konsorcjum tajnego albo częściowo tajnego, tj. konsorcjum, w którym jeden lub kilku konsorcjantów nie ujawnia na zewnątrz swojego uczestnictwa w przedsięwzięciu. Wierzytelność tajnego konsorcjanta, jeśli zdecyduje się na udział w takim przedsięwzięciu, nie będzie w ogóle zabezpieczona hipoteką, która ustanawiana jest przecież jedynie na rzecz określonych w umowie konsorcjantów. Dlatego w wypadku podziału hipoteki pomiędzy wierzycieli (np. w przypadku braku zgody co do osoby nowego administratora hipoteki) nie będzie on mógł uczestniczyć w podziale hipoteki, ponieważ podział nastąpi według zasad określonych w umowie o ustanowienie hipoteki, i bez znaczenia pozostaną w tym momencie wewnętrzne porozumienia konsorcjantów nieujawnione na zewnątrz, które będą miały znaczenie jedynie dla możliwości dochodzenia na ich podstawie roszczeń odszkodowawczych. Natomiast przyjąć należy, że nieujawnienie w umowie elementów wskazanych w art. 68² ust. 3 u.k.w.h. skutkować będzie jej nieważnością (art. 58 § 1 k.c.).

Relacje pomiędzy administratorem hipoteki a wierzycielami

Kwestia podejmowania decyzji dotyczących wykonywania praw i obowiązków konsorcjantów w odniesieniu do hipoteki także należy do sfery wewnętrznej, która powinna zostać szczegółowo uregulowana w umowie pomiędzy konsorcjantami. Przygotowanie umowy konsorcyjnej nie będzie bardziej skomplikowane niż dotychczas, jednak będzie trzeba brać pod uwagę, że brak porozumienia pomiędzy konsorcjantami oznaczał będzie koniec wspólnego zabezpieczenia hipotecznego i doprowadzi do podziału hipoteki. Ustawa reguluje tylko sposób rozstrzygania konfliktu pomiędzy wierzycielami co do osoby nowego administratora hipoteki. Nie przewiduje jednak sposobu rozstrzygania konfliktów co do wszelkich innych kwestii i dlatego należałoby je szczegółowo uregulować w umowie konsorcjum. Wszelkie takie wewnętrzne spory, dopóki nie będą wpływały na kwestię osoby administratora hipoteki, pozostaną bez wpływu na obciążenie hipoteczne.

Tryb podejmowania decyzji w kwestiach dotyczących wykonywania praw wierzyciela hipotecznego także jest kwestią wewnętrzną, która powinna zostać uregulowana w umowie konsorcjum. Stosunki z administratorem hipoteki powinny zostać uregulowane w umowie powołującej

go do pełnienia tej funkcji. Jeśli będzie to osoba trzecia, to zapewne będą to regulacje szczegółowe, zakazujące mu podejmowania pewnych działań bez uprzedniego uzyskania zgody wierzycieli wyrażonej w określonej postaci (albo taka zgoda będzie zastrzeżona dla najistotniejszych czynności dotyczących hipoteki). Wszelkie takie ograniczenia zakresu umocowania administratora hipoteki będą jednak miały znaczenie tylko wewnętrzne, w stosunkach pomiędzy administratorem a wierzycielami, i nie powinny wpływać na ważność i skuteczność czynności dokonanych przez administratora bez takiej wewnętrznej zgody albo z przekroczeniem jej zakresu. Mogą natomiast uzasadniać roszczenia odszkodowawcze uczestników konsorcjum względem administratora hipoteki (art. 471 k.c.).

Powyższa teza nie budzi wątpliwości w sytuacji, gdy osoba trzecia nie zna treści umowy powołującej administratora. Powstaje natomiast pytanie, czy tak samo należy ocenić przypadek, gdy (I) osoba zawierająca umowę z administratorem zna treść umowy go powołującej i wynikające z niej ograniczenia zakresu jego uprawnień oraz (II) gdy osoba ta, znając te ograniczenia, pozostaje jednocześnie w znowiu z administratorem hipoteki (przypadek tzw. koluzji). Podobny problem jest przedmiotem analizy w przypadku działania pełnomocnika z przekroczeniem ograniczeń wynikających ze stosunku podstawowego⁷⁶. W tym przypadku podkreśla się, że uniezależnienie umocowania od stosunku podstawowego (wewnętrznego) znajduje aksjologiczne uzasadnienie wyłącznie ze względu na bezpieczeństwo obrotu i ochronę zaufania osób trzecich. Jeżeli w konkretnym przypadku dana osoba zna treść stosunku wewnętrznego, odpada potrzeba jej ochrony⁷⁷. W przypadkach zaś koluzji przyjmuje się, że

⁷⁶ Zob. m.in. B. G a w l i k, [w:] *System prawa cywilnego*, red. S. Grzybowski, t. I, *część ogólna*, Ossolineum 1985, s. 757 i nast.; M. P a z d a n, [w:] *System prawa...*, t. II: *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2008, s. 526.

⁷⁷ B. Gawlik przyjmuje, że czynność jest dokonana bez umocowania także w sytuacji, gdy osoba dokonująca czynności prawnej z pełnomocnikiem zna treść ograniczeń wynikających ze stosunku wewnętrznego, bowiem ta wiedza uchyla w stosunku do tej osoby kompetencję pełnomocnika do działania w imieniu mocodawcy (B. G a w l i k, [w:] *System prawa...*, s. 759). Odmienne natomiast M. Pazdan, który stanowisko takie uznaje za zbyt daleko idące i przyjmuje, że poza wyjątkowymi przypadkami zasadą powinien być brak wpływu stosunku wewnętrznego na stosunek zewnętrzny pełnomocnictwa i jedynie w przypadku koluzji przyznaje mocodawcy pewne środki ochrony, poddając w wątpliwość przyjmowaną przez B. Gawlika możliwość bezpośredniego oddziaływania stosunku wewnętrznego

czynność dokonana przez pełnomocnika i osobę trzecią pozostających w znowie jest nieważna z uwagi na jej sprzeczność z zasadami współżycia społecznego (art. 58 k.c.)⁷⁸.

Inaczej jednak przedstawiać się będzie sytuacja w odniesieniu do działania administratora hipoteki. Sformułowanie art. 68² ust. 3 u.k.w.h. („administrator hipoteki zawiera umowę o ustanowienie hipoteki oraz wykonuje prawa i obowiązki wierzyciela hipotecznego we własnym imieniu, lecz na rachunek wierzycieli, których wierzytelności są objęte zabezpieczeniem”) nakazuje bowiem przyjąć, że administrator hipoteki jest zastępcą pośrednim bezwzględny, co oznacza, że jest on podmiotem podstawionym w miejsce podmiotów objętych działaniem normy prawnej, czyli wierzycieli, a dodatkowo legitymacja do działania przysługuje tylko administratorowi z wyłączeniem wierzycieli⁷⁹. Tym samym, z mocy samej ustawy wszystkie dokonane przez niego czynności wywierają skutek w sferze prawnej wierzycieli. Wobec tego stwierdzić należy, że nie ma podstaw do konstruowania przekroczenia zakresu „umocowania” określonego w umowie powołującej administratora. Nawet jeśli w umowie wierzycieli z administratorem ograniczenia zakresu jego uprawnień zostaną wprowadzone, to nie zmieni to ustawowego skutku wynikającego z powołanego przepisu ustawy o księgach wieczystych i hipotece. Natomiast w razie koluzji bądź też jedynie wiedzy osoby trzeciej o ograniczeniach zakresu uprawnień przyznanych administratorowi, wierzycielom ustana-

nego na zakres umocowania wobec braku do tego podstaw prawnych (M. P a z d a n, [w:] *System prawa...*, s. 527-528).

⁷⁸ B. G a w l i k, [w:] *System prawa...*, s. 757. Takiej oceny czynności prawnej dokonanej w warunkach znowy nie wyklucza także M. P a z d a n, [w:] *System prawa...*, s. 528.

⁷⁹ Podobnie określa się w literaturze pozycję prawną syndyka, zarządcy i nadzorca sądowego, zob. S. G u r g u l, *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 512; t e n z e, *Jasne i niejasne oblicza Prawa upadłościowego i naprawczego po nowelizacji z 6.3.2009 r. – cz. III*, Monitor Prawniczy 2010, nr 6, s. 313; A. J a r o c h a, I. P i e t r z a k, M. S a c h a j k o, *Charakter prawny nadzorca sądowego w świetle przepisów prawa upadłościowego*, Prawo Spółek 2005 nr 9, s. 54. Odwołanie się do tych instytucji wydaje się uzasadnione, bowiem przepisy art. 139 ust. 1, 144 ust. 2 oraz art. 160 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. (tekst jedn.: Dz.U. z 2009 r. Nr 175, poz. 1361 – dalej: pr. upadł. i napr.) mają brzmienie podobne do art. 68² ust. 3 zd. 1 u.k.w.h. i stanowią, że syndyk, zarządca oraz nadzorca sądowy dokonują czynności/prowadzą postępowania „na rachunek upadłego, lecz w imieniu własnym”.

wiającym administratora hipoteki, obok roszczeń odszkodowawczych względem niego, przysługiwać będą roszczenia względem osoby trzeciej, która dokonała z administratorem danej czynności. W przypadkach koluzji będzie można żądać ustalenia nieważności umów zawieranych przez administratora na podstawie art. 58 § 2 k.c. Wydaje się, że również w przypadku wiedzy osoby trzeciej o tym, że administrator działa z przekroczeniem przyznanych mu przez wierzycieli uprawnień, nie można wykluczyć możliwości uznania takiej umowy za nieważną na podstawie art. 58 § 2 k.c., jednak zawsze będzie to wymagać oceny *in concreto* przy uwzględnieniu wielu okoliczności, tj. rodzaju takiej czynności, jej skutków dla wierzycieli, a także motywacji osoby trzeciej.

Bardzo interesującym zagadnieniem jest podział hipoteki ustanowionej pierwotnie na rzecz administratora. Zgodnie z art. 68² ust. 6 u.k.w.h., w razie wygaśnięcia umowy powołującej administratora hipoteki i niepowołania nowego administratora, każdy z wierzycieli, których wierzytelności są objęte zabezpieczeniem, może żądać podziału hipoteki. W postępowaniu tym przepisy o zniesieniu współwłasności (art. 617 i nast. k.p.c.) stosować się będzie odpowiednio. W wyniku takiego podziału powstaną hipoteki zabezpieczające poszczególne wierzytelności, objęte dotąd zabezpieczeniem jedną hipoteką ustanowioną na rzecz administratora. Suma tych hipotek nie może być wyższa niż suma hipoteki ustanowionej na rzecz administratora i wszystkie one będą korzystać z pierwszeństwa, które przysługiwało hipotece ustanowionej na rzecz administratora.

Należy również zwrócić uwagę na brzmienie art. 68² ust. 6 zd. 1 u.k.w.h., a mianowicie na zastosowanie koniunkcji w tym przepisie. Z takiej redakcji przepisu wynika, że jeśli wygaśnie umowa powołująca administratora hipoteki, samo to zdarzenie nie będzie uprawniało wierzycieli do żądania dokonania podziału hipoteki. Dopiero jeżeli brak będzie zgody wszystkich wierzycieli na powołanie nowego administratora, każdy z wierzycieli będzie mógł żądać orzeczenia podziału hipoteki.

W związku z powyższą regulacją następstw wygaśnięcia umowy o powołaniu administratora i niepowołania nowego administratora powstaje także pytanie o losy hipoteki, jeśli zostanie ogłoszona upadłość administratora i żaden z wierzycieli nie wystąpi o podział hipoteki. Powstanie wówczas stan zawieszenia, który trwał będzie do momentu, w którym

jeden z wierzycieli będzie chciał zrealizować swoje prawa wynikające z zabezpieczenia hipotecznego i wystąpi o podział hipoteki, aby móc wszcząć egzekucję z nieruchomości, na której została ustanowiona hipoteka zabezpieczająca jego wierzytelność. Wynika z tego, że brak jest regulacji przymuszającej wierzycieli bądź do powołania nowego administratora, bądź do żądania podziału hipoteki. Stan takiego zawieszenia powodować będzie jednak trudności np. w kontaktach dłużnika z wierzycielami, których winien reprezentować administrator. Oczywiście jeśli dłużnik będzie chciał spełnić świadczenie, to może złożyć je do depozytu sądowego, jednak nie wszystkie kwestie, w których konieczny jest kontakt dłużnika z wierzycielem hipotecznym, będą mogły zostać rozstrzygnięte w taki sposób⁸⁰. Nie tylko więc w interesie konsorcjantów leży szybkie powołanie nowego administratora, a w razie sporu co do jego powołania, wystąpienie do sądu o podział hipoteki, jednakże takie postępowanie również będzie trwało przez pewien czas.

Wskazaniem wydaje się także wprowadzenie przepisu przewidującego, że ogłoszenie upadłości administratora (zarówno upadłości z możliwością zawarcia układu, jak i upadłości likwidacyjnej) skutkuje wygaśnięciem umowy powołującej administratora hipoteki. W takiej sytuacji wierzyciele powinni powołać nowego administratora, a jeśli tego nie zrobią – wystąpić do sądu o podział hipoteki. Tymczasem w obecnym kształcie przepisów po ogłoszeniu upadłości administratora jego funkcje pełnił będzie, jak się wydaje, syndyk masy upadłości. Za takim stanowiskiem przemawia brzmienie znowelizowanego art. 63 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. pr. upadł. i napr., z którego wynika, że hipoteka wejdzie do masy upadłości, ale nie wejdą do niej – z uwagi na dodanie ust. 3 do art. 63 pr. upadł. i napr. – kwoty uzyskane z tytułu realizacji hipoteki, w części przypadającej zgodnie z umową powołującą administratora pozostałym wierzycielom.

Jednocześnie budzi wątpliwości możliwość zastrzeżenia przez strony w umowie powołującej administratora prawa jej wypowiedzenia na wypadek ogłoszenia upadłości administratora, jak też dopuszczalność zastrzeżenia

⁸⁰ Wskazać należy przykładowo na problem, przeciwko komu właściciel nieruchomości obciążonej hipoteką ustanowioną na rzecz administratora miałby wytoczyć powództwo o zmniejszenie sumy hipoteki.

jej wygaśnięcia w takim przypadku, a to ze względu na regulację art. 83 pr. upadł. i napr. Zgodnie z tym przepisem nieważne są postanowienia umowy zastrzegające na wypadek ogłoszenia upadłości zmianę lub rozwiązanie stosunku prawnego, którego stroną jest upadły. Jak się wydaje, celem tej regulacji jest wyeliminowanie przypadków uniemożliwienia stosowania przepisów ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze przez strony stosunków prawnych, a tym samym zapewnienie skuteczności przepisom regulującym skutki ogłoszenia upadłości także co do wykonania umów zawartych przez upadłego. Wykładnia funkcjonalna analizowanego przepisu zdaje się więc prowadzić do wniosku, że skuteczne byłoby zastrzeżenie wskazanych klauzul w umowie o ustanowienie administratora, skoro wypowiedzenie umowy nie prowadziłoby ani do pogorszenia sytuacji wierzycieli, ani też do zróżnicowania ich sytuacji. Stanowisko takie, choć zasadne z praktycznego punktu widzenia, nie znajduje potwierdzenia w wypowiedziach komentatorów prawa upadłościowego i naprawczego. Opowiadają się oni bowiem za szeroką wykładnią art. 83 tej ustawy, co zapewnić ma jak najpełniejszą ochronę interesów wierzycieli⁸¹.

W nowelizacji nie został uregulowany wpływ odwołania administratora bądź też wygaśnięcia umowy o jego powołaniu na toczące się postępowania cywilne i egzekucyjne, w których administrator brał udział z racji swojej funkcji. Niewątpliwie w takich przypadkach administrator traci legitymację do występowania w postępowaniach i jeżeli niezwłocznie zostanie powołany nowy administrator, to postępowanie będzie się mogło nadal toczyć z jego udziałem. Natomiast jeżeli wierzyciele nie porozumieją się co do wyboru nowego administratora i zostanie złożony wniosek o podział hipoteki, to wówczas powstaje problem, jakie działania winien podjąć sąd prowadzący postępowanie, w którym dotychczas występował administrator.

Rozważyć można tutaj zawieszenie postępowania (stosując przez analogię art. 174 § 1 ust. 1 lub 2 k.p.c., a w postępowaniu egzekucyjnym – art. 818 § 1 k.p.c.) do czasu powołania nowego administratora hipoteki lub do czasu wstąpienia do postępowania poszczególnych wierzycieli po

⁸¹ Zob. S. Gurgul, *Prawo upadłościowe...*, s. 298, P. Zimmermann, *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 113.

podziale hipoteki. Jeśli bowiem administrator hipoteki działa w takich postępowaniach w imieniu własnym, ale na rzecz wierzycieli, to utrata statusu administratora powinna powodować takie skutki, jak utrata zdolności procesowej przez stronę. Stroną w takim postępowaniu nie są bowiem poszczególni wierzyciele, lecz właśnie administrator i tylko jemu przysługuje legitymacja procesowa. Konstrukcja taka znana jest prawu procesowemu jako zastępstwo procesowe pośrednie bezwzględne⁸² i polega na tym, że zastępca taki (tu administrator) jest „podstawiony” w miejsce podmiotu objętego działaniem normy prawnej, tj. wierzycieli. Stroną w toczącym się postępowaniu w znaczeniu formalnym jest więc administrator, zaś w znaczeniu materialnoprawnym – wierzyciele (uczestnicy konsorcjum).

Dodatkowo powstaje pytanie, czy w takim przypadku możliwe byłoby ustanowienie kuratora. Zgodnie z art. 69 zd. 1 k.p.c., dla strony niemającej zdolności procesowej, która nie ma przedstawiciela ustawowego, jak również dla strony niemającej organu powołanego do jej reprezentowania, sąd na wniosek strony przeciwnej ustanowi kuratora, jeżeli strona ta podejmuje przeciwko drugiej stronie czynność procesową niecierpiącą zwłoki. Podkreślenia wymaga jednak, że kurator jest umocowany do działania jedynie w zakresie tej czynności niecierpiącej zwłoki, która ma zostać dokonana i po jej dokonaniu jego rola się kończy⁸³. Ponadto dla ustanowienia kuratora na tej podstawie konieczny jest wniosek drugiej strony postępowania, która nie zawsze będzie zainteresowana jego złożeniem. Ustanowienie kuratora może zatem stanowić rozwiązanie tylko w niektórych przypadkach i nie posłuży jako generalny sposób rozwiązania przedstawionego tu problemu. Wydaje się, że w razie braku wniosku drugiej strony o ustanowienie kuratora sąd powinien wyznaczyć wierzycielom termin do uzupełnienia braku zdolności procesowej, stosując w tym zakresie przez analogię art. 70 § 1 zd. 1 k.p.c., zgodnie z którym, jeżeli brakuje w zakresie zdolności sądowej lub procesowej albo w składzie

⁸² Tak pozycję zarządcy ustanawianego w postępowaniu upadłościowym z możliwością zawarcia układu określa powoływany już wcześniej S. G u r g u l, *Prawo upadłościowe...*, s. 512 (zob. przypis 79).

⁸³ A. Z i e l i ń s k i, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 153.

właściwych organów dają się uzupełnić, sąd wyznaczy w tym celu odpowiedni termin. W przypadku zaś nieusunięcia w zakreślonym terminie powyższego braku – wydaje się rozsądnym rozwiązaniem analogiczne zastosowanie przez sąd art. 174 § 1 pkt 1 k.p.c., zaś w postępowaniu egzekucyjnym – art. 818 § 1 k.p.c., gdyż sytuacja ta – jak wyżej wskazano – wykazuje podobieństwo do sytuacji utraty przez stronę zdolności procesowej⁸⁴.

W odniesieniu do hipoteki ustanowionej na rzecz administratora powstaje także wątpliwość dotycząca możliwości wystawienia w omawianym przypadku bankowego tytułu egzekucyjnego w celu dochodzenia przymusowego zaspokojenia z przedmiotu hipoteki. Artykuł 68² ust. 3 u.k.w.h. stanowi, że do zakresu uprawnień administratora należy wykonywanie praw wierzycieli hipotecznych we własnym imieniu, lecz na ich rachunek. Jednym z takich praw przysługujących bankom będącym wierzycielami hipotecznymi jest możliwość wystawienia bankowego tytułu egzekucyjnego (b.t.e.). Zgodnie z treścią art. 97 ust. 1 prawa bankowego, jednym z warunków zastosowania bankowego tytułu egzekucyjnego jest to, by wystawiony był on wyłącznie przeciwko osobie, która bezpośrednio z bankiem dokonywała czynności bankowej albo była dłużnikiem banku z tytułu zabezpieczenia wierzytelności banku wynikającej z czynności bankowej, oraz to, by roszczenie objęte tytułem wynikało bezpośrednio z tej czynności bankowej lub jej zabezpieczenia.

W przypadku zabezpieczenia hipoteką wierzytelności różnych wierzycieli wykorzystanie tego instrumentu budzi wątpliwości⁸⁵. Właściciel nie-

⁸⁴ Podobne stanowisko przyjął Sąd Najwyższy w sytuacji braku organu uprawnionego do reprezentowania osoby prawnej w postanowieniu z dnia 3 października 1972 r., I CZ 55/72 (OSNCP 1973, nr 5, poz. 89), w którym stwierdził, że: „Skoro organem uprawnionym do działania w imieniu spółdzielni jest jej zarząd (...), to w wypadku braku zarządu uprawnionego do reprezentowania pozwanej Spółdzielni, gdy brak ten powstał w toku procesu, sąd bądź wyznacza na wniosek strony powodowej kuratora (art. 69 k.p.c.), bądź wyznacza termin do uzupełnienia braku zdolności procesowej (art. 70 k.p.c.). Nieusunięcie w zakreślonym terminie powyższego braku lub niemożność jego uzupełnienia uzasadnia – wobec utraty przez pozwaną zdolności procesowej – zawieszenie postępowania na podstawie art. 174 § 1 pkt 1 k.p.c.”

⁸⁵ J. Lipski, w *Opinii prawnej dotyczącej projektu ustawy o zmianie ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o księgach wieczystych i hipotece* (druk sejmowy nr 1562) uznał wystawienie bankowego tytułu egzekucyjnego za niedopuszczalne.

ruchomości będzie bowiem ustanawiał zabezpieczenie wierzycelności banku wynikającej z czynności bankowej nie bezpośrednio na rzecz poszczególnych wierzycieli – banków, lecz na rzecz administratora hipoteki, którym niekoniecznie musi być bank. Ponadto, nawet nie wszyscy uczestnicy konsorcjum muszą być bankami. Stąd też powstaje zarówno pytanie o dopuszczalność wystawienia b.t.e. przez niebędącego bankiem administratora hipoteki, jak i pytanie o dopuszczalność wystawienia b.t.e. przez poszczególne banki, od których pochodzą środki pieniężne, skoro banki te nie zawierały umowy o ustanowienie hipoteki z właścicielem nieruchomości. W odniesieniu do ostatniej ze wskazanych wątpliwości powstaje ponadto problem, jak będzie przedstawiała się kwestia dopuszczalności wystawiania b.t.e. przez poszczególne banki w trakcie obowiązywania umowy o powołanie administratora hipoteki, a jak – już po podziale hipoteki.

Wydaje się, że wystawienie bankowego tytułu egzekucyjnego przeciwko właścicielowi nieruchomości obciążonej hipoteką przed podziałem tej hipoteki ustanowionej na rzecz administratora nie jest dopuszczalne w żadnym przypadku. Zgodnie bowiem z art. 96 ust. 1 prawa bankowego, na podstawie ksiąg banków lub innych dokumentów związanych z dokonywaniem czynności bankowych banki mogą wystawiać bankowe tytuły egzekucyjne. Powołany przepis jednoznacznie stanowi, że bankowe tytuły egzekucyjne mogą być wystawiane jedynie przez banki na podstawie własnych ksiąg bankowych, które to przesłanki nie byłyby spełnione w pierwszej z wyżej wskazanych sytuacji, a więc gdyby administratorem nie byłby bank. Nawet jednak w przypadku, gdyby funkcję administratora pełnił bank, to nie byłby on uprawniony do wystawienia b.t.e. na podstawie ksiąg bankowych innych banków (wierzycieli).

Rozważając kolejną sytuację wskazać należy, że administrator będący bankiem nie mógłby wystawić bankowego tytułu egzekucyjnego nawet w odniesieniu do swojej własnej wierzycelności zabezpieczonej „wspólną” hipoteką, gdyż do momentu podziału hipoteki jedynie administrator wykonuje prawa i obowiązki wszystkich wierzycieli w odniesieniu do wspólnego zabezpieczenia, co wyłącza możliwość samodzielnego działania każdego z banków w odniesieniu do przysługującej danemu bankowi wierzycelności, także co do możliwości wystawienia b.t.e. Przyjęcie zaś, że tylko wierzyciel – bank będący jednocześnie administratorem hipoteki – mógłby wystawić b.t.e. i to tylko w odniesieniu do swojej wierzycelności, podczas

gdy pozostali wierzyciele pozbawieni byłiby takiej możliwości, nawet jeśli byłiby bankami, aż do momentu podziału hipoteki, wydaje się nieuzasadnionym uprzywilejowaniem administratora hipoteki.

Zakończenie

Powyższy przegląd kilku najistotniejszych zmian wprowadzonych nowelizacją nie wyczerpuje oczywiście całości problematyki. Niewątpliwie zmiany te należy powitać z zadowoleniem, gdyż wychodzą naprzeciw potrzebom praktyki i zdecydowana większość z nich już od dawna była postulowana przez praktyków. Jednocześnie na gruncie znowelizowanych przepisów ustawy o księgach wieczystych i hipotece powstaje wiele wątpliwości, które będą musiały zostać wyjaśnione przez doktrynę i orzecznictwo. Z tego też względu o praktycznym znaczeniu i rzeczywistej przydatności nowych instytucji zadecyduje praktyka sądowa, która stanie przed koniecznością wypracowania odpowiedniego sposobu wykładni znowelizowanych przepisów ustawy o księgach wieczystych i hipotece.