



Сборник публикаций

Р.С. Бевзенко

ОБЕСПЕЧЕНИЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ (зalog, поручительство, гарантия)



Роман Бевзенко

**Обеспечение обязательств
(зalog, поручительство, гарантия)**

«Статут»

2015

УДК 347.42
ББК 67.404.200

Бевзенко Р. С.

Обеспечение обязательств (зalog, поручительство, гарантия) /
Р. С. Бевзенко — «Статут», 2015

ISBN 978-5-8354-1163-4

Настоящий сборник представляет собой собрание ранее опубликованных работ автора, посвященных проблематике обеспечения обязательств. В нем представлены работы по вопросам залогового права, поручительства и независимых (банковских) гарантий. Автором анализируются положения Гражданского кодекса РФ и иных законов, регулирующих обеспечение обязательств, разбирается судебная практика применения их норм. Книга представляет интерес для практикующих юристов, ученых и всех интересующихся проблемами обязательственного права и обеспечения обязательств.

УДК 347.42
ББК 67.404.200

ISBN 978-5-8354-1163-4

© Бевзенко Р. С., 2015
© Статут, 2015

Содержание

| | |
|---|----|
| Предисловие | 6 |
| Акцессорность обеспечительных обязательств[2] | 8 |
| 1. Вводные замечания | 8 |
| 2. Основные положения учения об акцессорности | 11 |
| 2.1. Акцессорность возникновения | 12 |
| 2.2. Акцессорность объема требования | 16 |
| 2.3. Акцессорность следования за главным требованием | 18 |
| 2.4. Акцессорность прекращения | 21 |
| 2.5. Акцессорность осуществления обеспечительных прав | 23 |
| 3. Достоинства и недостатки акцессорных обеспечительных конструкций. Преодоление акцессорности обеспечительных обязательств | 25 |
| 3.1. Возможность обеспечения будущих требований | 27 |
| 3.2. Оговорка об обеспечении «всех долгов» должника перед кредитором («all money's clause») | 28 |
| 3.3. Возможность «переживания» обеспечительным обязательством отсутствия действительного долга в определенный момент отношений должника и кредитора | 28 |
| 3.4. Договорный запрет на выдвижение обеспечителем возражений, которые должник может выдвинуть против кредитора | 28 |
| 3.5. Использование векселя в качестве юридической формы обеспечиваемого долга | 29 |
| 4. Реализация принципа акцессорности в положениях гл. 23 ГК РФ | 32 |
| 4.1. Залог | 33 |
| 4.2. Поручительство | 39 |
| 5. Реализация принципа акцессорности залога и поручительства в судебной практике | 44 |
| 5.1. Залог | 44 |
| Конец ознакомительного фрагмента. | 53 |

Роман Сергеевич Бевзенко

Обеспечение обязательств

(зalog, поручительство, гарантия)

Посвящается всем моим друзьям и коллегам по работе в Высшем Арбитражном Суде Российской Федерации, в общении с которыми совершенно незаметно пролетели семь лет моей жизни, которые я не забуду никогда.

© Р.С. Бевзенко, 2015

© Издательство «Статут», редподготовка, оформление, 2015

* * *

Предисловие

Обеспечение обязательств – тематика, которой я занимался практически все годы своей профессиональной жизни.

Обеспечение безумно интересно для юриста. В этой сфере гражданского права юрист может столкнуться с решением вопросов вещного (залог) и обязательственного (поручительство) права, а также с акцессорными (залог и поручительство) и неакцессорными (гарантия, независимая ипотека) обеспечительными конструкциями. Ему придется погрузиться в проблематику обеспечения, устанавливаемого при помощи передачи собственности (титульное обеспечение, например, удержание титула, обеспечительная купля-продажа, лизинг).

Юрист, который занимается обеспечением, неизбежно вынужден освоить хотя бы азы конкурсного права¹.

Разумеется, также невозможно заниматься обеспечением и не знать основы исполнительного производства.

Кроме того, разнообразие объектов, которые могут быть переданы в качестве обеспечения (вещи, обязательственные требования, исключительные и корпоративные права), заставляет юриста познавать тонкости соответствующих разделов гражданского права.

Думаю, я не ошибусь, если скажу, что право обеспечения – это ворота в мир большого гражданского права. (Впрочем, я также не ошибусь, если предположу и то, что в таком же плане выскажется любой юрист, увлеченный научным изучением, скажем, конкурсного, корпоративного или вещного права.)

Одним из результатов моих изысканий в сфере обеспечения обязательств стали несколько публикаций, которые, насколько я могу судить по отзывам коллег, имели востребованность в среде практикующих юристов. Невзирая на наличие некой претензии на научность этих текстов, я стремился излагать свои взгляды на вопросы обеспечения максимально простым языком, стараясь показать читателям – практикующим юристам, что серьезная, «высокая» цивилистическая наука – это не только удел высоколобых ученых, но инструмент, который может быть доступен каждому, достаточно обладать лишь увлеченностью своей профессией и юриспруденцией вообще.

Другой результат моего интереса к праву обеспечения – это проекты разъяснений Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации (ВАС РФ) по вопросам залога, поручительства и банковской гарантии, которые были подготовлены с моим непосредственным участием и которые впоследствии стали постановлениями Пленума ВАС РФ.

У нас в Суде было принято, чтобы разработчики тех или иных проектов постановлений Пленума или информационных писем впоследствии публиковали подробные комментарии к этим документам, в которых были бы раскрыты мотивы принятия той или иной правовой позиции, указаны причины отклонения иных возможных толкований и т. п. Нам всегда казалось, что такая полная транспарентность «кухни» аналитической деятельности ВАС РФ лучше помогает как судьям арбитражных судов, так и практикующим юристам пользоваться правовыми позициями ВАС РФ: первым – при разрешении дел, а вторым – при структурировании сделок и отстаивании своих позиций в суде. Именно поэтому я довольно долго «терзал» читающую публику бесконечными юридическими «сериалами»: сначала это был комментарий к Пленуму ВАС РФ № 10 о залоге (пять выпусков, опубликованных в «Вестнике ВАС РФ»),

¹ В свое время по этому поводу очень метко выразился лучший (на мой взгляд) специалист в сфере конкурсного права в современной России Олег Зайцев, с которым мне довелось вместе работать в ВАС РФ: «Обеспечение существует для того, чтобы получить эффект в деле о банкротстве». Сначала я был поражен безапелляционностью этого высказывания, а потом – его точностью. Разумеется, к этому выводу есть, что добавить, но в целом он верен.

а затем – комментарий к Пленуму ВАС РФ № 42 о поручительстве (восемь выпусков, опубликованных там же).

Не так давно под влиянием авторитетных советов коллег из школы права «Статут», где я уже много лет подряд читаю лекции по обеспечению обязательств, я задумался над тем, чтобы издать результаты всех своих изысканий в сфере залога, поручительства и гарантии, что называется, «под одной обложкой». Впрочем, я некоторое время колебался, стоит ли затевать это или нет.

С одной стороны, немаловажным фактором, который ранее удерживал меня от публикации настоящего сборника, является реформа ГК РФ, которая началась в 2008 г. (начало подготовки Концепции развития гражданского законодательства), получила первое практическое воплощение в 2012 г. и к настоящему моменту (2015 г.) еще не завершена. На фоне изменяющегося регулирования залога, поручительства и гарантии, в период продолжения реформы общих положений об обеспечении обязательств (ст. 329 ГК РФ), на первый взгляд, кажется довольно странным публиковать тексты, основанные на прежнем регулировании. Однако в конце концов я успокоил себя тем, что (и это общепризнанно) реформа ГК РФ проходит в целом на основе тех правовых позиций в сфере толкования норм гражданского права, которые были сформулированы ВАС РФ, поэтому ее проведение не может сделать неактуальными тексты, разъясняющие эти позиции. Например, новые положения Кодекса о поручительстве на 95 % представляют собой итог восприятия законодателем практики ВАС РФ. Примерно то же самое (пусть и с указанием на меньший процент заимствований) можно сказать и о залоге.

Другое соображение, которое удерживало меня от публикации сборника своих работ по вопросам обеспечения обязательств, – это честолюбивая надежда подготовить и опубликовать некое «крупное» произведение по вопросам вещного обеспечения. Однако действительность совершенно ясно показывает, что каждый год профессиональной жизни неумолимо отдаляет реализацию этого плана. Возможно, через некоторое время я все-таки соберусь и исполню свое желание, но до этого пока еще довольно далеко. Именно поэтому мне показалось, что будет полезным, если предыдущие результаты моих интеллектуальных усилий станут как можно более доступными для читателей.

Я собрал «под одной обложкой» несколько публикаций, которые являются достаточно разноплановыми по тематике и стилю. Это и относительно небольшие по объему научные работы, посвященные акцессорности обеспечения, защите добросовестного залогодержателя, множественности залогов, а также соотношению требований обеспеченных и необеспеченных кредиторов; и относящиеся к жанру профессиональной литературы комментарии к разъяснениям ВАС РФ в сфере залога, поручительства и гарантии, а также комментарий к отдельным положениям реформы залогового права 2014 г. Все включенные в сборник работы объединяет то, что все они посвящены проблематике обеспечения обязательств.

Я надеюсь, что предлагаемый сборник будет небесполезен как с теоретической, так и с практической точек зрения. Впрочем, я все-таки призываю читателей, которые стоят перед необходимостью разрешения конкретной практической задачи из права обеспечения, обращать внимание на дату соответствующей публикации и сверяться с действующими нормами.

Завершив работу над изданием, я с нетерпением жду отзывов и откликов на публикации сборника по адресу: rbevzenko@gmail.com

Роман Бевзенко

Акцессорность обеспечительных обязательств²

1. Вводные замечания

Финансовый кризис 2008–2009 гг. стал для российского права, регулирующего обеспечительные сделки (залог, поручительство и банковскую гарантию), и практики его применения своеобразным тестом на прочность³. Именно на этот период времени, который характеризовался массовыми дефолтами по обязательствам, приходится и существенный рост споров, связанных с предъявлением кредиторами требования по обеспечительным сделкам (обращение взыскания на предмет залога, взыскание с поручителей, предъявление требований по банковским гарантиям).

Как мне представляется, российское право этот тест не прошло. Такой вывод неизбежно следует из ряда фактов: суды, опираясь на формальное применение положений ГК РФ о залоге, поручительстве и гарантии, в массовом порядке признавали обеспечительные сделки недействительными, незаключенными, прекратившимися и освобождали лиц, выдавших обеспечение, от исполнения обязательств перед кредитором⁴, а установленная законом процедура реализации «выживших» в горниле судебных баталий залогов оказалась совершенно неэффективной⁵.

Все это выявило как содержательную и процедурную слабость обеспечительных конструкций, имеющих место в российской деловой практике, так и серьезнейшие проблемы в понимании и применении участниками оборота и судами соответствующих положений ГК РФ. Это обстоятельство, соединенное еще и с традиционным недоверием к непоименованным способам обеспечения исполнения обязательств, которое довольно длительное время демонстрировали суды⁶, оставило кредиторов, применявших российское право, один на один с должником: традиционные способы обеспечения обязательств легко разрушались в судах либо оказывались неэффективными, а непоименованные – чрезвычайно рискованными с точки зрения судебного признания обеспечительных прав. В итоге у кредиторов зачастую оставалось лишь то, что им предопределено этимологией самого термина «кредитор» (лат. *credere* – «верить»), – надежда, что должник не станет неплатежеспособным и исполнит обязательство.

² М.: Статут, 2013. ¹ Прошлые экономические кризисы (начала 90-х гг., 1998–1999 гг.) вряд ли всерьез следует рассматривать как испытание для российского гражданского права, потому что к периоду первого из упомянутых экономических потрясений его как такового еще просто не существовало, а второй кризис (1998–1999 гг.) застал российское обязательственное право на самом начальном этапе формирования – практически сразу же после принятия нового ГК РФ.² Можно, к примеру, обратиться к статистике рассмотрения дел, связанных с обеспечительными сделками, в Президиуме ВАС РФ, которую я приведу чуть позже.³ Это подтверждается тем, что законодатель дважды – в самый разгар кризиса (конец 2008 г.) и после окончания кризиса (2012 г.) – принимал масштабные поправки в залоговое законодательство, направленные на совершенствование обращения взыскания и реализации предмета залога.

³ Прошлые экономические кризисы (начала 90-х гг., 1998–1999 гг.) вряд ли всерьез следует рассматривать как испытание для российского гражданского права, потому что к периоду первого из упомянутых экономических потрясений его как такового еще просто не существовало, а второй кризис (1998–1999 гг.) застал российское обязательственное право на самом начальном этапе формирования – практически сразу же после принятия нового ГК РФ.

⁴ Можно, к примеру, обратиться к статистике рассмотрения дел, связанных с обеспечительными сделками, в Президиуме ВАС РФ, которую я приведу чуть позже.

⁵ Это подтверждается тем, что законодатель дважды – в самый разгар кризиса (конец 2008 г.) и после окончания кризиса (2012 г.) – принимал масштабные поправки в залоговое законодательство, направленные на совершенствование обращения взыскания и реализации предмета залога.

⁶ Достаточно вспомнить хотя бы существовавшие десятилетиями проблемы с судебным признанием возможности заключения таких обеспечительных сделок, как обеспечительная передача собственности, неденежная неустойка и обеспечительный депозит.

Картина довольно печальная для правопорядка, претендующего хотя бы и на региональное, но доминирование...

Задачей данной монографии является разбор лишь одной, хотя, наверное, самой главной проблемы российского права, регулирующего обеспечительные сделки, – *проблемы акцессорности обязательств, порождаемых обеспечительными сделками*, т. е. их связи с обеспеченным обязательством. Именно это свойство современного российского залога и поручительства – двух, пожалуй, наиболее распространенных в российской деловой практике обеспечительных конструкций – активно использовалось залогодателями и поручителями для «изобретения» различных способов освобождения от обязательств, возникающих из соответствующих договоров.

Однако изучение практики Президиума ВАС РФ по разрешению споров между кредиторами и лицами, выдавшими обеспечение, свидетельствует о том, что такое положение дел не устраивает высшую судебную инстанцию. Из более чем 20 споров, связанных с залогом и поручительством, которые Президиум ВАС РФ рассмотрел в 2008–2011 гг., во всех без исключения случаях встречается один и тот же сюжет: кредитор попытался прибегнуть к реализации обеспечительных прав; лицо, предоставившее обеспечение, предъявило иск или возражение о наличии юридических пороков в обеспечительной сделке; нижестоящие суды, соглашаясь с ним, признали, что у кредитора обеспечительные права отсутствуют. И во всех случаях Президиум ВАС РФ признавал позиции нижестоящих судов ошибочными, а обеспечительные права кредитора – существующими. При этом результат анализа правовых позиций Президиума ВАС РФ в сфере залога и поручительства должен неизбежно подтолкнуть юристов к выводу о том, что высшая судебная инстанция вовсе не считает акцессорность обязательств залогодателя или поручителя чем-то вроде «священной коровы»: «приспосабливая» довольно негибкие и консервативные нормы ГК РФ под нужды гражданского оборота, Президиум ВАС РФ, на мой взгляд, сформировал несколько генеральных линий ослабления взаимной связи обеспеченного и обеспечительного обязательства, что позволяет в значительном числе сложных случаев сохранить обеспечительные обязательства и тем самым защитить положение кредиторов.

Другой важный фактор, который подтолкнул меня к написанию этой монографии, – это грядущая реформа гражданского законодательства, в ходе которой планируется значительно изменить залоговое право, в том числе путем введения совершенно новой для российского правопорядка обеспечительной конструкции, именуемой в проекте новой редакции ГК РФ «независимой ипотекой», а также модернизацией положений Кодекса о независимых гарантиях в части устранения законодательного ограничения круга лиц, которые могут выдавать такие гарантии (сейчас – это банки и страховые компании). Точечное изменение некоторых положений § 5 гл. 23 ГК РФ о поручительстве также приведет к ослаблению взаимной связи между обеспеченным обязательством и обязательством поручителя.

И наконец, последнее соображение: Россия пусть и является частью романо-германского правового мира, тем не менее, фактически не участвует в общеевропейской правовой жизни, хотя проблемы, которые обсуждаются в ее рамках, содержательно очень близки с теми вопросами, которые встают перед разработчиками проекта новой редакции ГК РФ, судебными инстанциями, практикующими юристами. В сфере обеспечительных сделок в европейском частном праве сегодня, например, на повестке дня стоят такие вопросы, как создание конструкции так называемой евроипотеки (*Euro-mortgage*) (т. е. унифицированных и пригодных к использованию в любой стране – члене ЕС правил о вещном обеспечении (*real security*)) и переосмысление конструкции личного обеспечения (*personal security*), выданного физическим лицом финансовой организации. Оба этих вопроса теснейшим образом связаны с принципом акцессорности. Если в отношении евро-ипотеки сегодня, скорее, побеждает модель неакцессорного вещного обеспечения по типу германского поземельного долга (*Grundschild*)

или швейцарской долговой расписки (*Schuldbrief*)⁷⁸, то в отношении личного обеспечения (*suretyship, guaranty*), выдаваемого физическим лицом в обеспечение любой формы потребительского кредита, предлагается усилить значение принципа акцессорности⁹.

В настоящей работе я хотел бы сначала остановиться на теоретических аспектах принципа акцессорности, разобрав достоинства и недостатки его применения к обязательствам, возникающим из обеспечительных сделок. Затем я перейду к материалу российского права и рассмотрю реализацию (как в законе, так и в судебной практике) принципа акцессорности в отношениях, связанных с залогом и поручительством. В завершение я бы хотел рассмотреть особенности неакцессорных обеспечительных конструкций, имеющих в проекте модернизации гражданского законодательства (независимая ипотека и независимая гарантия).

⁷ См.: The Development of a European Capital Market. Report of a Group of experts appointed by EEC Commission (Segré Report). Brussels, 1966. P. 23, 152–153; The Integration of the EU Mortgage Credit Markets: Report by Forum Group on Mortgage Credit. Internal Market Directorate General, 2004. P. 55; см. также: Nasarre-Aznar S. Looking for a model for a Eurohypothec // The Conveyancer and Property Lawyer. 2005. No. 69.

⁸ Хотя широко обсуждаемый в европейской юридической литературе конфуз (предъявление американскими хедж-фондами германским заемщикам – физическим лицам, частично погасившим свои долги по кредитам, требований о платежах, которые превышали имевшиеся у них задолженности перед банками), случившийся в период финансового кризиса 2008 г., с использованием этой конструкции и последовавшие за этим быстрые изменения некоторых положений *BGB* о поземельном долге сильно ослабили данную позицию (см. подробнее: *Erp S. van*. Security Interests: A Secure Start for the Development of European Property Law (<http://ssrn.com/abstract=1297282>); *Vliet L. van*. The German Grundschild // The Edinburgh Law Review. 2012. Vol. 16. P. 148–149, 167).

⁹ *Erp S. van*. Surety Agreements and the Principle of Accessory – Personal Security in the Light of a European Property Law Principle // European Review of Private Law. 2005. No. 3. P. 328–331.

2. Основные положения учения об акцессорности

Идея юридической связанности долга и обеспечивающего его обязательства предопределена самим существом обеспечительной сделки. Обеспечение выдается только потому, что существует основной долг; цель предоставления обеспечения – упрочить веру кредитора в получение причитающегося ему по обязательству¹⁰; при отпадении этой цели должно быть восстановлено первоначальное положение, и обеспечительные права кредитора должны прекратиться¹¹. Поэтому юридическая связь обеспеченного долга и обеспечительного правоотношения является абсолютно естественной¹².

В самой общей форме акцессорность одного (обеспечительного) обязательства по отношению к другому (обеспеченному) выражается краткой, но емкой формулой: нет долга – нет обеспечения¹³. Это действительно одно из наиболее заметных проявлений принципа акцессорности. Однако это далеко не полная его характеристика. В литературе общепризнанным является мнение о том, что акцессорность проявляет себя на всех этапах существования обязательства от возникновения до прекращения. В связи с этим выделяют: (а) акцессорность возникновения; (b) акцессорность объема требования; (с) акцессорность следования за главным требованием; (d) акцессорность прекращения; (е) акцессорность в части возможности принудительного осуществления.

Обсуждая проблему строгого проведения принципа акцессорности, проф. *van Erp* подчеркивает, что акцессорность является весьма разноплановым явлением и, различая акцессорность возникновения обязательства (*Entstehungsakzessorietät*), акцессорность, определяющую объем дополнительного обязательства, и акцессорность, имеющую значение для этапа принудительной реализации обеспечительных прав, предлагает определять необходимость отхода от акцессорности применительно к каждому из обозначенных ее аспектов.

Шотландский ученый *A. Steven* также формулирует пять правил акцессорности обеспечительных прав, которые были извлечены им из решений авторитетных шотландских судей и при этом оказались, по его собственному признанию, весьма схожими с изложенной выше классификацией: (а) должен иметь место долг; (b) этот долг должен быть определенным; (с) при переходе долга к другому лицу оно приобретает права на обеспечение; (d) при прекращении долга акцессорное право также прекращается; (е) для принудительной реализации обеспечительных прав нужен актуальный долг.

Таким образом, даже беглый анализ свидетельствует о том, что акцессорность проявляет себя на всех этапах существования обязательства (возникновение, переход, добровольное исполнение, прекращение, принудительное исполнение), поэтому правильным является изучение этих аспектов отдельно друг от друга. Вряд ли правильно утверждать, что тот или иной обеспечительный институт является акцессорным или неакцессорным, опираясь, например, только на акцессорность возникновения или акцессорность прекращения. Например, немецкая обеспечительная ипотека (*Sicherungshypothek*) является акцессорной с точки зрения возникновения, объема, передачи и принудительной реализации, но она не прекращается при

¹⁰ *Mata M.A. de la*. Typical Personal Security Rights in the EU. Comparative Law and Economics in Italy, Spain and other EU Countries in the Light of the EU Law, Basel II and the Financial Crisis. Tübingen, 2010. P. 36.

¹¹ The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe. A Comparative Study / C. von Bar, U. Drobnig (eds.). München, 2004. P. 341.

¹² *A. Steven* называет ее «интуитивной» (*Steven A. Accessoriness and Security over Land* // http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1371139).

¹³ Хотя *R. Zimmermann* и предупреждает, что обнаружить в высказываниях римских юристов ясную концепцию акцессорности невозможно (см.: *Zimmermann R. Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Oxford University Press, 1996. P. 122), ср., тем не менее, довольно недвусмысленное высказывание Ульпиана в D. 46, 3, 43:

погашении долга, превращаясь в поземельный долг собственника¹⁴. Однако в российской литературе этот вид ипотеки иногда ошибочно именуют «акцессорной ипотекой»¹⁵; в западно-европейских исследованиях *Sicherungshypothek* квалифицируют как преимущественно акцессорную или частично акцессорную¹⁶. Причина проста: из пяти пунктов теста на акцессорность *Sicherungshypothek* проходит только три. Поэтому о полной или строгой акцессорности этого вида обеспечения говорить не приходится.

В связи с этим изучение акцессорности того или иного способа обеспечения целесообразно осуществлять посредством проведения следующего теста: имеются ли у соответствующего способа обеспечения все проявления акцессорности, только их часть или же эти признаки вовсе отсутствуют? В российской литературе, насколько мне известно, впервые такая методика изучения акцессорности (на примере ипотеки) была предложена И.В. Дедковским¹⁷. Однако прежде необходимо точно установить содержание каждого из проявлений акцессорности.

2.1. Акцессорность возникновения

Для возникновения акцессорного права необходимо наличие долга: без него у кредитора не возникают акцессорные обеспечительные права, вытекающие из соглашения об обеспечении, – неважно, будь то соглашение о личном обеспечении или о вещном обеспечении.

Кредитором по обеспечиваемому долгу должно быть лицо, в пользу которого установлено обеспечение. Однако должником может быть как лицо, установившее обеспечение (например, давшее залог), так и третье лицо (таковым всегда является поручитель; залог может быть предоставлен третьим лицом).

В подавляющем большинстве случаев, когда фигуры должника и обеспечителя не совпадают, обеспечение предоставляется третьим лицом по долгу должника в связи с тем, что между ними имеются какие-либо отношения, объясняющие такое участие третьего лица в делах должника. Эти отношения обычно именуют *отношениями покрытия*¹⁸. Как правило, покрытием поручительства или залога третьего лица являются обязательственные либо корпоративные отношения, связывающие должника по обязательству и лицо, выдавшее обеспечение. Так, дать согласие на выдачу поручительства может тот, кто уже имеет обязательство перед должником, срок исполнения которого незначительно меньше, равен или превышает срок исполнения обеспечиваемого обязательства. В этом случае, исполнив кредитору должника и получив в порядке суброгации требование к должнику, поручитель может провести зачет¹⁹. Другой пример обязательственной связи, объясняющей выдачу поручительства, – это наличие у обеспечителя обязательства перед должником, содержанием которого как раз и является обязанность выдать обеспечение (заключить с кредитором договор поручительства, обременить залогом собственное имущество, выдать гарантию и т. п.). Как правило, договоры о выдаче обеспечения заключаются в случае, если эта деятельность является профессиональной деятельностью обеспечителя и он взимает с лиц, прибегающих к его услугам, вознаграждение²⁰. Еще один пример отношений покрытия, объясняющих выдачу поручительства по долгу другого лица, –

¹⁴ Вебер Х. Обеспечение обязательств. М., 2009. С. 283.

¹⁵ Ср., например: Марочкина Ю.Н. Современные проблемы ипотечного кредитования // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁶ Ср., например: Czeglüh I., Ahrens C. Fallsammlung zum Sachenrecht. Springer, 2006. S. 257; Huebner R. A History of Germanic Private Law. Boston, 1918. P. 393; Schuster E. Principles of German Civil Law. Oxford, 1907. P. 440; Vliet L. van. Op. cit. P. 149, 152–153.

¹⁷ Дедковский И.В. Акцессорность ипотеки: Дис. ... магистра юриспруденции. М., 2011. С. 36–78.

¹⁸ Белов В.А. Сингулярное правопреемство в обязательстве. М., 2000. С. 62 и далее.

¹⁹ Здесь, правда, необходимо иметь в виду риск банкротства должника, при котором такой зачет будет невозможен.

²⁰ Например, таковы соглашения о выдаче банками банковских гарантий; случаи выдачи поручительства за деньги встречаются значительно реже. Случаи же обременения за вознаграждение залогом собственного имущества по долгам другого лица мне практически не встречались.

это корпоративная связь, когда поручительство или залог представляется дочерней компанией за материнскую, учредителем – за свое юридическое лицо и т. п. В данном случае договор о выдаче обеспечения не нужен, так как должник и обеспечитель фактически являются одним экономическим субъектом; разумеется, никакого вознаграждения за выдачу обеспечения обеспечитель не получает, а уплаченные им кредитору денежные средства рассматриваются как имущественные потери всего бизнеса в целом²¹.

Изучение отношений покрытия имеет значение для ответа на такой вопрос: прекращает ли их отпадение обеспечительные обязательства? Например, договор о выдаче поручительства был признан недействительным; юридическое лицо, давшее залог по долгу должника, более не входит с ним в одну предпринимательскую группу и т. п. Ответ на этот вопрос должен быть отрицательным, так как права по обеспечительной сделке устанавливаются в пользу кредитора, не являющегося участником отношений покрытия. Поэтому на него не могут быть возложены риски, связанные с этими отношениями. Однако отпадение отношений покрытия может быть включено в обеспечительную сделку как отменительное условие.

В случае же если должником и лицом, предоставившим обеспечение, являются физические лица, то зачастую участие третьего лица в делах должника объясняется родственными связями, дружескими и иными личными отношениями, не имеющими экономического содержания. Такие отношения не регулируются правом, и потому их изменение также не должно оказывать влияние на отношения между кредитором и обеспечителем.

Даже самое строгое понимание акцессорности не требует, чтобы требование, которое обеспечивается акцессорным обязательством, было по своей природе способным к принудительному осуществлению, т. е. чтобы у кредитора уже имелось бы право на взыскание с должника долга. Более того, это в некотором смысле вошло бы в противоречие с природой обеспечительных отношений, для которых обеспечение требований, уже просроченных к моменту заключения обеспечительной сделки, все же является нехарактерным. Обеспечение, как правило, устанавливается *на случай* неисполнения, т. е. в тот момент, когда просрочки еще нет. Поэтому следует считать допустимым возникновение акцессорного обязательства и тогда, когда основное обязательство возникло, но права кредитора по нему не являются «созревшими» (таковы обязательства, подлежащие исполнению в будущем либо до востребования) либо находятся в состоянии «подвешенности» (обязательства, возникающие из сделок, совершенных под отлагательным условием; обязательства, которые требуют наступления так называемого «условия права» – *conditio iuris*²²).

Более сложным является примирение принципа акцессорности с ситуацией, когда обеспечиваемые права кредитора таковы по своей природе, что для их возникновения требуется не только заключение договора, но и совершение самим кредитором каких-либо действий. Этот случай хорошо иллюстрируется примером обычного кредитного договора. Для того чтобы у банка возникло право (пусть даже и «несозревшее») требовать возврата кредита, он должен быть выдан заемщику. Спрашивается: в какой момент заключение обеспечительной сделки будет допустимым с точки зрения акцессорности? С момента фактического получения заемщиком кредита? Но ни один кредитор не пойдет на это, ведь имеется вероятность того, что обеспечительная сделка не будет заключена и требование кредитора останется необеспеченным. В момент заключения кредитного договора? Но ведь непосредственно после заключения кредитного договора у кредитора отсутствуют какие-либо требования к должнику, а это пре-

²¹ Хотя, разумеется, возможны и финансовые транзакции внутри группы, связанные с возмещением лицу, предоставившему обеспечение и удовлетворившему кредитора, уплаченных им денежных средств.

²² Наиболее типичный пример такого обязательства – обязательство поручителя заплатить кредитору при просрочке должника. Такое обязательство, вопреки позиции некоторых российских судов, может быть, в свою очередь, обеспечено залогом или поручительством. Принцип акцессорности в данном случае не является препятствием для этого.

пятствует созданию акцессорного права. По сути, требование непременно наличия обязательства для установления обеспечения загоняет кредитора в тупик...

Как подчеркивают *O.M. Stöcker* и *R. Sturmer*, экономическая целесообразность и изучение практических казусов требуют значительного ослабления акцессорности возникновения обеспечительных обязательств, если не полного отказа от этого принципа²³. В связи с тем что столь строгое проведение акцессорности²⁴ в отношении возникновения обеспечительного права лишено практического смысла, все правовые порядки, придерживающиеся принципа акцессорности в отношении обеспечительных обязательств, допускают обеспечение *будущих требований*. При этом возможны различные вариации: например, указание при заключении обеспечительной сделки на то, что обеспечение устанавливается в отношении «всех будущих долгов» (*all monies*)²⁵, «текущего счета» (*current account contract*)²⁶, «будущей ответственности, ограниченной суммой» (*Höchstbetragshypothek*)²⁷, «открытого кредита» (*open credit*)²⁸, «любого долга, могущего возникнуть в будущем»²⁹ и т. п.

Необходимо внести ясность в конструкцию обеспечения будущих требований. Мыслимы два подхода. Первый заключается в том, что обеспечительное право, установленное в обеспечение будущих требований, возникает с момента заключения обеспечительной сделки (либо выполнения необходимых формальностей: внесение в реестр и т. п.), но кредитор не может его принудительно реализовывать, так как требование по-прежнему является будущим (об этом см. ниже). Второй подход состоит в том, что несмотря на заключение обеспечительной сделки обеспечительные права возникнут у кредитора только тогда, когда обеспеченное обязательство из разряда «будущих» переместится в разряд «настоящих». Самого по себе этого факта (при наличии соглашения об обеспечении) будет достаточно для того, чтобы такое требование с момента его возникновения считалось обеспеченным.

На мой взгляд, концепции акцессорности возникновения в большей степени соответствует второй подход. Первый же подход в значительной степени игнорирует акцессорность и стремится освободить обеспечительное обязательство от какой-либо зависимости от основного долга.

Тем не менее сама по себе возможность обеспечения будущих долгов существенно размывает идею акцессорности возникновения, и поэтому представляется вполне справедливым утверждение *O.M. Stöcker* и *R. Sturmer* о том, что целесообразнее говорить о том, что акцессорное обеспечение не может существовать без юридически действительного основного правоотношения, из которого будут возникать обеспеченные требования, и не упоминать при этом классическую фразу о необходимости *существования* долга³⁰. *A. Steven*, обсуждая проблему обеспечения будущих требований, также приходит к выводу о том, что акцессорность возник-

²³ *Stöcker O.M., Sturmer R.* Op. cit. P. 45.

²⁴ Пример такой строгой акцессорности приводит *A. Steven*: шотландский *Bankruptcy Act* 1696 г. (!) не допускал обеспечение недвижимостью (*heritable security*) требований, которые возникали после внесения записи об обременении в реестр (в Шотландии система регистрации прав на недвижимость существует с 1617 г.).

²⁵ *Real Property Law and Procedure in the European Union. England and Wales.* P. 72 (все доклады исследования *Real Property Law and Procedure in the European Union* доступны в Интернете по адресу: <http://www.eui.eu/DepartmentsAndCentres/Law/ResearchAndTeaching/ResearchThemes/ProjectRealPropertyLaw.aspx#RPRC>).

²⁶ *Real Property Law and Procedure in the European Union. Spain.* P. 5.

²⁷ *Real Property Law and Procedure in the European Union. Austria.* P. 6.

²⁸ *The suretyship in the law of the Member States of the European Communities.* Study prepared by the «Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht» / U. Drobnig (ed.). Hamburg, 1971. P. 30–31.

²⁹ *Heyman H.W.* Mortgage under Dutch Law (EULIS Conference Report, 25/26 September 2003) // http://eulis.org/pdf/Mortgage_under_Dutch_Law.pdf.

³⁰ *Stöcker O.M., Sturmer R.* Op. cit. P. 45.

новения следует понимать как «*accessoriness in posse rather than in esse*», т. е. скорее как связанность с возможным, а не существующим долгом³¹.

Еще одна проблема, которая зачастую обсуждается в контексте акцессорности возникновения обеспечительного обязательства, заключается в том, что в некоторых случаях возникновение у кредитора прав, вытекающих из обеспечительной сделки, связано не только с наличием основного долга, но и с внесением в особые реестры записи о соответствующей сделке (либо обременениях, порожденных этой сделкой). Речь идет, разумеется, прежде всего о залоге. Все без исключения европейские правовые порядки связывают с внесением в реестр либо само возникновение права залога, либо возможность его противопоставления третьим лицам (новым приобретателям или иным кредиторам)³². Поэтому неизбежна следующая коллизия: с одной стороны, в реестре может быть запись об ипотеке, но пока обеспеченное обязательство не возникло, эта запись не может предоставлять лицу, в пользу которого обременена недвижимость, каких-либо обеспечительных прав. С другой стороны, эта запись в реестре может ввести в заблуждение третьих лиц, которые, доверившись ей, например, вступят в отношения с кредитором.

Ответ на этот вопрос следует искать в праве, регулирующем значение и ведение реестра прав на недвижимое имущество. Если регистрационная система является негативной (т. е. запись сама по себе не создает право – для возникновения права всегда нужно еще и должное правовое основание), то никаких проблем не возникает. При отсутствии обеспеченного обязательства (например, кредит, в обеспечение которого была зарегистрирована ипотека, еще не выдан), несмотря на внесенную в реестр запись об ипотеке, в силу акцессорности возникновения залоговое право у кредитора не возникает.

Иначе дела обстоят в позитивной регистрационной системе (когда запись сама по себе создает право – надлежащее правовое основание для этого не имеет значение). В этом случае акцессорность возникновения ипотеки вступает в резкое противоречие с материально-правовым значением записи. На это обращал внимание один из разработчиков проекта *BGB Reinhold Johow*, который заметил, что последовательное проведение принципа публичной достоверности поземельной книги «немного оставляет от акцессорности», так как в этом случае теряется связь между обеспеченным обязательством и ипотекой³³. В таком случае необходима конструкция, которая смогла бы примирить запись в реестре и акцессорность ипотеки как обременения недвижимости, устанавливаемого с обеспечительной целью. В германском праве этой цели служит следующий юридический прием: до возникновения обеспечиваемого долга *Sicherungshypothek* рассматривается как поземельный долг (*Grundschild*), установленный в пользу собственника; с момента возникновения обеспеченного долга эта фикция перестает действовать³⁴. При помощи данной конструкции принцип акцессорности оказывается вполне совместимым с регистрационным режимом и в позитивной регистрационной системе.

Есть еще одно обстоятельство, которое, как мне представляется, необходимо подчеркнуть: даже оставаясь на позиции жесткого проведения принципа акцессорности, заключение договора об обеспечении до момента возникновения основного обязательства нельзя рассматривать как основание для недействительности этого соглашения или признания его неза-

³¹ Stiven A. Op. cit. P. 21.

³² Real Property Law and Procedure in the European Union. General Report. P. 87. О принципе противопоставимости см.: Церковников М.А. Регистрация сделок с недвижимостью во Франции: принцип противопоставимости // Вестник ВАС РФ. 2012. № 3. С. 61–83.

³³ Johow R. Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Sachenrecht. Begründung // Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Sachenrecht. Bd. 2. / W. Schubert (Hg.). Walter de Gruyter, 1982. S. 1487 (цит. по: Vliet L. van. Op. cit. P. 156).

³⁴ Подробнее см.: Vliet L. van. Op. cit. P. 158; Бебер Х. Указ. соч. С. 289.

ключенным³⁵. Оно вполне действительно, но до возникновения основного долга просто не порождает у кредитора тех обеспечительных прав, на которые он рассчитывал, заключая это соглашение.

2.2. Акцессорность объема требования

Акцессорность объема требования означает, что объем акцессорного требования определяется по объему основного требования. Это свойство дополнительных обязательств подчеркивают абсолютно все исследователи³⁶.

Акцессорность объема обеспечительного обязательства выражается в том, что поручитель обязан уплатить кредитору не больше, чем ему должен должник; залогодержатель может извлечь из стоимости предмета залога не более, чем ему причитается с должника.

Такое понимание акцессорности объема предопределяет и ответ на вопрос о том, нужно ли в договоре об установлении обеспечения подробным образом описывать существо обеспеченного обязательства (его первоначальную сумму, размер процентов, сроки исполнения и т. п.) либо достаточно указания информации, которая позволяет индивидуализировать долг. Если обеспечителем является должник (например, он дал кредитору залог), то в этом нет совершенно никакого смысла, так как стороны и так знают о состоянии задолженности должника перед кредитором. Если же обеспечителем является третье лицо (поручитель, залогодатель, не являющийся должником), то для защиты его интересов (от, например, сговора должника и кредитора и фальсификации договора, обязательства по которому обеспечены, с указанием не соответствующей действительности суммы долга) достаточно передать в его распоряжение заверенную копию договора между кредитором и должником.

Профессор А. Steven отмечает, что требование точной определенности долга (certain sum) на момент установления обеспечения выдвигалось многими авторитетными шотландскими юристами, поддерживалось Палатой лордов (с формулировкой о том, что земля не должна обременяться неопределенными долгами, так как это вредит кредиторам³⁷) и потому часто цитировалось в судебных решениях³⁸. Согласно довольно высокопарному высказыванию судьи, лорда Кларка, сделанному в конце XIX в., «нет в нашем праве более укоренившейся идеи, чем та, что реальное обеспечение не может быть установлено по неопределенному долгу»³⁹.

Однако невозможность не только точного указания суммы обеспеченного долга, но и даже точного описания всех обеспеченных обязательств неизбежно вытекает и из другого простого соображения: объем ответственности обеспечителя простирается не только на собственно договорные требования кредитора к должнику (основной долг, проценты), но и на требования, связанные с ответственностью должника перед кредитором за просрочку (неустойка, убытки, издержки по получению исполнения)⁴⁰. А эти денежные суммы невозможно не только более-менее точно указать заранее, но и даже предвидеть, будут ли вообще соответствующие требования иметь место. Таким образом, включение в механизм определения суммы обеспечительного обязательства мер ответственности должника перед кредитором сильно ослабляет такое выражение акцессорности объема этого обязательства, как указание в соглашении об

³⁵ Как, к сожалению, делают российские суды (см., например, постановление ФАС Уральского округа от 23 ноября 2006 г. № Ф09-10438/06-СЗ по делу № А60-10995/06).

³⁶ См., например: *Mata M.A. de la*. Op. cit. P. 61; *Stöcker O.M., Stürner R.* Op. cit. P. 45; *Erp S. van*. Surety Agreements and the Principle of Accessory – Personal Security in the Light of a European Property Law Principle. P. 314; *Бевер Х.* Указ. соч. С. 103; *Дедковский И.В.* Указ. соч. С. 69.

³⁷ *Newnham, Everett & Co. v. Stuart* (1794) 3 Pat 345 at 347 per Lord President Campbell.

³⁸ См.: *Steven A.* Op. cit. P. 17–20.

³⁹ *Smith Sligo v. Dunlop & Co.* (1885) 2 R 907 at 915.

⁴⁰ *Mata M.A. de la*. Op. cit. P. 62; *Бевер Х.* Указ. соч. С. 103.

установлении обеспечения конкретных сумм, за которые отвечает обеспечитель⁴¹. В связи с этим в договоре об установлении обеспечения достаточно либо простой отсылки к обеспечиваемому договору, либо описания обеспеченного обязательства самым общим образом⁴².

Что происходит с обеспечительным обязательством в случае, если сумма долга должника перед кредитором изменяется, но не в результате неправомерных действий должника (просрочки), а в результате соглашения между ним и кредитором (например, вследствие соглашения об увеличении лимита кредитной линии и т. п.) либо односторонних действий кредитора, допускаемых в соответствии с законом или договором?

Мыслимы три варианта ответа. Первый из них заключается в том, что в силу принципа акцессорности *обеспечитель должен отвечать в увеличенном объеме*. Однако такой подход представляется грубой ошибкой, ведь соглашение между кредитором и должником об увеличении суммы долга, процентов и т. п., будучи строго относительным, не может затрагивать лиц, которые в нем не участвовали. Кроме того, такой подход определенно несправедлив по отношению к лицу, выдавшему обеспечение, ведь его воля была направлена на то, чтобы создать для себя такое обеспечительное обязательство, которое бы не превышало долг, о котором знал обеспечитель, т. е. долг на первоначальных условиях. Поэтому этот подход должен быть отвергнут как несостоятельный. Мне не известны правовые порядки, в которых он поддерживался бы на уровне закона или доктрины.

Второй подход заключается в том, что в случае изменения обеспеченного обязательства *обеспечение должно прекратиться, так как нельзя ухудшать положение обеспечителя*. Однако эта идея так же несостоятельна, как и первая. Действительно, ухудшать положение лица, выдавшего обеспечение, нельзя. Но вряд ли можно таким образом улучшать его положение, вовсе освобождая его от обязанности и резко ухудшая тем самым положение кредитора. Не следует забывать о том, что обеспечителя и кредитора связывает самостоятельное обязательство, отличное от обязательства должника перед кредитором, и поэтому изменение последнего просто не может автоматически повлиять на первое и ухудшить положение обеспечителя. Поэтому такое диковинное решение – вовсе прекращать обеспечение в случае изменения обеспеченного долга – также должно быть решительно отвергнуто, как противоречащее не только юридической логике, но и здравому смыслу.

Наконец, третий возможный подход заключается в том, что изменение должником и кредитором основного обязательства не должно сказываться на обеспечительном обязательстве, и поэтому *обеспечитель должен отвечать на первоначальных условиях обеспеченного обязательства*. Этот подход представляется взвешенным и учитывающим интересы всех сторон: кредитора, должника и лица, выдавшего обеспечение. Именно такой подход широко представлен как в европейской науке, так и в законодательстве⁴³.

⁴¹ По мнению И.В. Дедковского, включение в объем ответственности залогодателя неустоек и убытков залогодержателя несправедливо, так как их неопределенный характер не позволяет залогодателю эффективно использовать всю стоимость принадлежащего ему имущества для целей последующего обеспечения иных своих обязательств (Дедковский И.В. Указ. соч. С. 70). В самом деле, представим себе, что предмет залога стоит 100, обеспеченный долг – 70, по нему могут быть начислены проценты, ориентировочно – 10. Остается еще 20 единиц стоимости имущества. Залогодатель мог бы их использовать для того, чтобы обеспечить еще один кредит. Но угроза взыскания из залога неустойки и убытков кредитора настолько уменьшает шансы младшего залогодержателя удовлетвориться из стоимости предмета залога, что он, по всей видимости, не будет представлять с этой точки зрения какого-либо интереса. Примером такого сбалансированного подхода может служить проект Вотчинного устава Российской империи (не ставший, к сожалению, законом), который устанавливал, что залог обеспечивает лишь возврат долга, проценты за два (!) года (и это при том, что исковая давность по обязательствам составляла 10 лет!) и издержки кредитора по получению долга; убытки и неустойка ипотекой не обеспечивались (см.: Проект Вотчинного устава с пояснительною к нему запискою. Том первый. СПб., 1893. С. 382–384).

⁴² Ср.: Mata M.A. de la. Op. cit. P. 60.

⁴³ Mata M.A. de la. Op. cit. P. 63; Erp S. van. Surety Agreements and the Principle of Accessority – Personal Security in the Light of a European Property Law Principle. P. 316; Вебер Х. Указ. соч. С. 94.

Понятно, что главный риск, который возникает у обеспечителя в связи с третьим подходом, – это увеличение вероятности того, что должник допустит просрочку (например, резко увеличилась сумма кредита, которую взял должник, или резко увеличился размер процентов по кредиту), и возможность того, что кредитор обратится с требованием, основанным на обеспечении, существенно возрастает. Обеспечителю, связанному с должником отношениями покрытия, основанными на уже имеющемся долге, совершенно безразличны изменения основного обязательства (в том числе и степень такого изменения), так как он исполнит кредитору и зачтет свой долг перешедшим к нему требованием. Для обеспечителя, связанного с должником корпоративными отношениями, также не должно представлять особого значения, насколько сильно изменяется обеспеченное обязательство, так как он и должник экономически представляют собой одного субъекта. Повышение вероятности того, что кредитор будет реализовывать свои обеспечительные права, затрагивает лишь такого обеспечителя, который выдал обеспечение либо потому, что таков его бизнес (например, выдача поручительств за вознаграждение), либо в связи с тем, что он связан с должником родственными или дружескими узами. И если выдача залогов или поручительств за деньги встречается крайне редко, то второй случай (особенно в отношении поручительств) весьма распространен. Подходы к решению этой проблемы я предлагаю обсудить ниже, в § 6 данной работы.

2.3. Акцессорность следования за главным требованием

Обязательное следование⁴⁴ обеспечительного права за обеспеченным правом при изменении управомоченного лица является, по словам *O.M. Stöcker* и *R. Sturmer*, «самой сердцевинной» (*essential core*) учения об акцессорных обязательствах⁴⁵. *A. Steven* также указывает, что максима *accessorium sequitur principale* («акцессорное требование следует за главным») может быть использована для описания учения об обеспечении в целом⁴⁶. Обязательное совпадение кредитора по обеспеченному требованию и лица, имеющего требовать реализации обеспечения, служит той же задаче, что и в случае с акцессорностью возникновения обеспечения, – требованию совпадения держателя обеспечения и кредитора по обеспеченному долгу. Так как цель установления обеспечения заключается в защите кредитора, обеспечительные права не могут оказаться в иных руках, отделившись от личности кредитора по обеспеченному обязательству и от самого обязательства. Кроме того, целью установления правил об акцессорности следования является, по общему признанию, стремление предотвратить возможность двойного платежа: сначала – в пользу кредитора, а потом – в пользу держателя обеспечения⁴⁷.

Разумеется, следование акцессорного обязательства за основным может быть отменено соглашением между цедентом и цессионарием⁴⁸; в этом случае требование перейдет к цессионарию необеспеченным, а обязательства лица, установившего обеспечение, прекратятся⁴⁹.

Важная проблема, которая возникает в связи с реализацией акцессорности следования, связана с существованием регистрации прав на недвижимое имущество. Ее суть вкратце такова: если права подлежат регистрации в реестре, то и переход этих прав также подвергается государственной регистрации. Причем момент перехода права определяется по моменту

⁴⁴ Хотя есть и намного более радикальное мнение проф. *Buckland* о том, что уступка основного долга, по идее, должна прекращать строго акцессорное обязательство (*Buckland W. Principal and Fideiussor. Consumptio litis // Juridical Review. 1941. December. P. 2* (цит. по: *Levy E. Principal and Surety in Classical Roman Law: Did action brought against the one consume the obligation of the other? // Seminar. Annual Extraordinary Number of «The Jurist». 1944. Vol. II. P. 7).*

⁴⁵ *Stöcker O.M., Sturmer R. Op. cit. P. 49.*

⁴⁶ *Steven A. Op. cit. P. 21.*

⁴⁷ *Steven A. Op. cit. P. 30.*

⁴⁸ Так как это не ухудшает положение обязанного по обеспечительному договору лица.

⁴⁹ *Mata M.A. de la. Op. cit. P. 90.*

изменения реестра. Однако переход прав залогодержателя в том числе подчинен и указанному выше правилу: залоговые права должны переходить одновременно с обеспеченным долгом. Поэтому возникает вопрос о том, с какого момента происходит переход права залогодержателя при уступке обязательства (например, по возврату кредита), обеспеченному ипотекой.

Возможны два варианта ответа. Первый, основанный на последовательном проведении принципов регистрационной системы, таков: у цессионария права залогодержателя возникнут с момента государственной регистрации уступки. Однако это решение не соответствует акцессорности следования обеспечительных прав, ведь *залогодержателем может быть только кредитор по обеспеченному залогом обязательству*. Легко заметить, что при предлагаемом варианте решения проблемы после подписания соглашения об уступке права по договору кредита и по ипотеке и до регистрации перехода ипотеки кредитором по обязательству будет цессионарий, а залогодержателем (в соответствии с данными реестра) – цедент. Этот вариант также порождает значительное количество трудных вопросов: как быть в случае, если регистрация уступки ипотеки не состоится? Если до регистрации уступки ипотеки появится необходимость обратиться взыскание на предмет залога?

Другой вариант ответа таков. Нельзя ли увидеть в принципе *accessorium sequitur principale* как специальном основании перехода гражданских прав *исключение из общего порядка перехода прав на недвижимость*? Получается, что с момента уступки требования, обеспеченного ипотекой, к цессионарию перейдет и залоговое право. Кроме того, возможен и такой довод: известно, что в отношении ипотеки нет строгого требования поддержания актуальности записи об обременении. Так, в реестре не отражается погашение долга, т. е. уменьшение объема требования залогодержателя к залогодателю. Получается, что в данной ситуации реестр также не будет достоверным, но это никогда никого не смущало⁵⁰.

Однако у такого решения есть существенные негативные последствия. Реестр, содержащий в себе запись об ипотеке в пользу цедента, более не будет достоверным, он будет вводить третьих лиц в заблуждение относительно действительных прав на недвижимое имущество. Кроме того, цессионарий будет совершенно не заинтересован в том, чтобы привести реестр в актуальное состояние, *ведь у него и так уже есть права залогодержателя, без внесения записей в реестр*. Названные негативные последствия, по всей видимости, должны устраняться невозможностью для незарегистрированного залогодержателя противопоставлять свое право третьим лицам.

Зарубежным правовым порядкам известны оба решения описываемой проблемы. Так, в Австрии, Бельгии, ЮАР⁵¹, Шотландии⁵² применяется первый подход; во Франции⁵³, Германии⁵⁴ и Нидерландах⁵⁵ – второй. В первом случае третьи лица защищены достоверностью реестра и могут полагаться на его записи в определении того, кто же является актуальным залогодержателем (и кредитором). Во втором случае третьи лица также защищены, но не реестром, а принципом непротивопоставимости невнесенных прав. Кроме того, лицо, добросовестно пожившееся на неактуальную запись о праве залога, которое принадлежало цеденту, будет защищено положениями о добросовестном приобретении имущества от неуправомоченного отчуждателя⁵⁶.

Акцессорность следования позволяет довольно легко разрешить проблему так называемой «изолированной уступки», т. е. уступки обеспечительного права отдельно от обеспечен-

⁵⁰ См. аргументацию R. Anderson в: Steven A. Op. cit. P. 30.

⁵¹ Steven A. Op. cit. P. 28.

⁵² Real Property Law and Procedure in the European Union. Scotland. P. 54.

⁵³ Real Property Law and Procedure in the European Union. France. P. 65.

⁵⁴ Бебер Х. Указ. соч. С. 303–304.

⁵⁵ Real Property Law and Procedure in the European Union. The Netherlands. P. 41.

⁵⁶ Real Property Law and Procedure in the European Union. Germany. P. 47.

ного долга. Сама идея такой уступки резко противоречит акцессорности следования, поэтому она не должна допускаться. Однако и здесь могут быть обнаружены некоторые случаи, когда ригоризм этого принципа может быть подвергнут сомнению. Например, представим себе должника, у которого есть два кредитора с идентичными требованиями, но требования одного из них обеспечены залогом, установленным самим должником, а требования другого – нет. Допустимо ли заключение между кредиторами соглашения, по которому залоговое право будет уступлено одним кредитором другому лицу? Такая уступка никак не ущемит интересов должника, цель акцессорности следования будет достигнута: должник не будет принужден к двойному платежу.

На мой взгляд, нет совершенно никаких препятствий для такого рода сделок по передаче залога. Конечно, мной была описана идеальная ситуация – когда требования двух кредиторов идентичны. Однако и более сложные казусы (например, требование первоначального кредитора было больше по объему) также могут быть разрешены без ущемления интересов лица, предоставившего обеспечение, – путем заявления должником возражения против требований из залога, основанных на вновь обеспеченном обязательстве. Возможно и другое решение: изолированная передача залогового права возможна, но не более чем в сумме, соответствующей долгу, который будет считаться обеспеченным залогом.

Однако описанные казусы не отражают того богатства экономических возможностей, которые были бы открыты залогодержателю в случае свободной изолированной уступки обеспечительного права. Речь идет прежде всего об использовании обеспечительных прав в механизме рефинансирования. Именно поэтому строгая акцессорность следования (фактически так и не ослабевшая за несколько веков современной европейской правовой истории) обычно называется в качестве главного препятствия для использования обеспечительных прав при рефинансировании банковских кредитов⁵⁷. И, добавлю, видимо, поэтому же в качестве образца для создания модели евроипотеки выбран германский поземельный долг (*Grundschild*), который начисто лишен акцессорности следования.

Вопрос о сделках обеспеченного и необеспеченного кредиторов одного должника по передаче обеспечения является, разумеется, прелюдией к самому интересному вопросу, связанному с акцессорностью следования, – вопросу сделок со старшинством.

Общепризнанно, что старшинство залогового права само по себе является ценностью, так как позволяет в первоочередном порядке удовлетворяться из стоимости предмета залога. Раз старшинство является ценностью, то вокруг него неизбежно должны сложиться правила, регулирующие оборот этой ценности. Такими правилами как раз и являются положения о сделках с залоговым старшинством. К числу такого рода сделок можно отнести, во-первых, резервирование старшинства при установлении ипотеки таким образом, что установленная впоследствии ипотека будет старшей по отношению к установленной ранее, и, во-вторых, обмен старшинством между двумя и более залогодержателями.

Первая из упомянутых сделок не связана с акцессорностью следования, поэтому мы не будем разбирать этот случай. Но вторая ситуация имеет на первый взгляд к обсуждаемому вопросу прямое отношение, ведь обмен старшинством очень похож на две встречные изолированные уступки. Судя по всему, такого мнения придерживается И.В. Дедковский⁵⁸. Однако мне все же представляется, что при обмене старшинством вряд ли происходит обмен собственно залоговыми правами: стороны такой сделки заключают соглашение лишь об изменении порядка удовлетворения своих требований к залогодателю. Во всем остальном их обеспе-

⁵⁷ Nasarre-Aznar S. Op. cit.; The Development of a European Capital Market. Report of a Group of experts appointed by EEC Commission (Segré Report). Brussels, 1966. P. 152–153; в особенности см.: Wolfsteiner H., Stöcker O. Non-accessory Security Right over Real Property for Central Europe // Notarius International. 2003. No. 1–2. P. 120.

⁵⁸ Дедковский И.В. Указ. соч. С. 50–53.

чительные права не затрагиваются: они остаются держателями тех же обеспечительных прав, которые им принадлежали ранее, с одним лишь изменением – в приоритете их удовлетворения.

В связи с этим можно прийти к такому выводу: сама по себе возможность выговаривать старшинство либо изменять старшинство обеспечительных прав не колеблет принцип акцессорности следования, так как такие сделки не влияют на связь основного и обеспеченного обязательств.

Акцессорность следования также применяется и к акцессорным обеспечительным правам, возникающим из договоров об установлении личного обеспечения: при уступке обеспеченного долга к новому кредитору переходят и права в отношении поручителя⁵⁹; изолированная уступка последнего не допускается⁶⁰. Разумеется, имеются и определенные особенности реализации принципа акцессорности при уступке. Так, английское право предполагает, что акцессорные права, вытекающие из личного обеспечения, могут перейти к цессионарию, только если имеется явно выраженное указание на это в договоре уступки⁶¹. Французские суды, вопреки общим положениям *Code civil* об уступке обязательства, также сформулировали позицию о том, что при уступке обеспеченного требования акцессорные права, возникшие из личного обеспечения, не переходят к новому кредитору, так как в этих отношениях имеет значение личность кредитора; этот подход был преодолен пленарным решением *Cour de Cassation* лишь в 2004 г.⁶²

2.4. Акцессорность прекращения

Акцессорность прекращения означает, что прекращение основного обязательства влечет за собой прекращение акцессорного обязательства. Как правило, акцессорность прекращения обсуждается только в связи с одним (и, возможно, самым главным!) основанием прекращения обязательств – надлежащим исполнением⁶³: в случае надлежащего исполнения обеспеченного обязательства отпадает цель обеспечения, и поэтому обеспечительные права кредитора также должны прекратиться.

Однако более интересным является действие этого принципа в случае, если основное обязательство прекращается по основанию, иному чем надлежащее исполнение. Например, важным вопросом является проблема сохранения акцессорных обязательств в случае расторжения договора, породившего основное обязательство. Мне представляется, что правильный ответ на этот вопрос напрямую зависит от конструкции и последствий расторжения договора, которые приняты в соответствующем правопорядке или доктрине.

Так, если придерживаться подхода, в соответствии с которым при расторжении договора долговые обязательства, возникшие до момента расторжения договора (например, обязательства по оплате уже поставленных товаров, выполненных услуг), сохраняют договорный характер (но не квалифицируются как неосновательное обогащение), то необходимо предположить и то, что акцессорные обязательства, которые их обеспечивают, сохраняют силу, если стороны, расторгая договор, не договорились об ином⁶⁴. Иной подход, основанный на квалификации требования кредитора к должнику об уплате причитающегося как требования о выплате неосновательного обогащения, должен приводить к мысли о том, что такие требования не

⁵⁹ Drobniġ U. Principles of European Law. Study Group on a European Civil Code. Vol. 4. Personal Security. Munich, 2007. P. 208 (далее – PEL/Drobniġ, Pers. Sec.).

⁶⁰ The Suretyship in the Law of the Member States of the European Communities. P. 48.

⁶¹ PEL/Drobniġ, Pers. Sec. P. 208.

⁶² Ibidem.

⁶³ The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe. A Comparative Study. P. 341; Steven A. Op. cit. P. 31–33; Mata M.A. de la. Op. cit. P. 133.

⁶⁴ См. подробнее об этом: Егоров А.В. Ликвидационная стадия обязательства // Вестник ВАС РФ. 2011. № 9, 10.

должны считаться обеспеченными, что, разумеется, является антикредиторским и потому вряд ли допустимым решением.

Еще один случай акцессорности прекращения (хотя он вполне мог бы быть разобранный при обсуждении акцессорности возникновения обеспечительных обязательств) – это отпадение обеспечения при недействительности основного обязательства. Традиционный взгляд на решение этого казуса таков: недействительность обеспеченного договора освобождает обеспечителя от его обязательств перед кредитором⁶⁵. Однако из этого правила есть исключения. Например, обеспечение остается в силе, если при его установлении кредитор и обеспечитель договорились о сохранении обеспечения при недействительности основной сделки либо если будет доказано, что обеспечитель знал о недействительности обеспеченного договора⁶⁶. Другой пример – недействительность основного договора по причине недееспособности или ограниченной дееспособности должника либо выхода юридического лица-должника при совершении сделки за пределы своих полномочий⁶⁷.

И наконец, весьма важный вопрос: что происходит с обеспечительными сделками при ликвидации должника (которая, разумеется, прекращает основное обязательство)? Классический ответ: обеспечение прекращается, так как в отсутствие должника прекращается обеспеченное обязательство. Однако и здесь есть нюансы. Например, французские суды пришли к выводу о том, что принцип акцессорности прекращения не применяется в случае, если должник был ликвидирован вне правильной процедуры ликвидации и имущество компании перешло к ее единственному участнику⁶⁸. Германские же суды пошли еще дальше, признав, что акцессорность прекращения вообще не имеет эффекта в случае ликвидации должника, и постановив, что ответственность лица, предоставившего обеспечение, сохраняется⁶⁹.

В некоторых правовых системах акцессорность прекращения не имеет эффекта при обеспечении обязательств, существо которых таково, что требования кредитора к должнику постоянно возникают и прекращаются в течение определенного периода времени. В качестве примера можно привести обеспечение поручительством или залогом обязательств по овердрафту⁷⁰.

Принцип акцессорности прекращения дополнительного обязательства должен быть согласован с принципом публичной достоверности записей о правах на недвижимое имущество. Разумеется, речь идет в первую очередь об ипотеке. Вопрос в данном случае должен стоять таким образом: если обеспеченный долг прекратился (например, обязательство было исполнено должником), но запись об ипотеке в реестре не была погашена, сохраняется ли право залога? По всей видимости, ответ на этот вопрос опять же должен лежать в плоскости особенностей организации регистрационной системы. Если запись сама по себе не создает право, но требует для этого должного правового основания, то ипотека должна прекращаться с момента исполнения обеспеченного обязательства (правда, отдельного обсуждения в этом случае требует вопрос о защите лиц, доверившихся реестру, оказавшемуся впоследствии недостоверным). Если же запись сама по себе создает право, то возникает проблема с тем, как разрешить коллизию интересов залогодателя и того, кто добросовестно приобрел ипотеку от залогодержателя, уже получившего исполнение по обязательству. Германское право, последовательно придерживаясь принципа публичной достоверности поземельной книги, выработало

⁶⁵ PEL/Drobnig, Pers. Sec. P. 218–219.

⁶⁶ Mata M.A. de la. Op. cit. P. 84.

⁶⁷ PEL/Drobnig, Pers. Sec. P. 219–220.

⁶⁸ Ibid. P. 220.

⁶⁹ Ibid. P. 209.

⁷⁰ Steven A. Op. cit. P. 34.

для решения этого казуса фикцию приобретения таким лицом также и требования к должнику, но, правда, «для цели принудительной реализации ипотеки»⁷¹.

2.5. Акцессорность осуществления обеспечительных прав

Этот принцип означает, что обеспечительные права могут быть осуществлены принудительно только в том случае, если есть возможность принудительного осуществления обеспеченного требования.

O.M. Stöcker и *R. Sturmer* называют возможность лица, выдавшего обеспечение, своими возражениями исключить принудительное осуществление кредитором обеспечительного права главным элементом концепции акцессорности⁷². При этом они обращают внимание на то, что как акцессорные, так и неакцессорные обеспечительные конструкции в принципе не рассчитаны на то, чтобы кредитор получил двойное исполнение: и по обязательству, и через реализацию обеспечительного механизма⁷³. Однако исключение случаев двойного исполнения кредитору в этих двух видах обеспечительных конструкций осуществляется разными способами. Ключевой идеей, лежащей в основе акцессорности принципа принудительного осуществления обеспечительного права, является *предоставление обеспечителю возможности ссылаться на те же возражения против требования кредитора, которые имеются против него у должника*⁷⁴. Для неакцессорного обеспечения это принадлежащее обеспечителю возражение о том, что удовлетворение им требования кредитора приведет к неосновательному обогащению последнего. Кроме того, довольно интересным является тот факт, что даже в случае установления неакцессорного обеспечения защита обеспечителя от требования кредитора, уже получившего исполнение от должника, может быть включена (и на практике зачастую включается) в договор об установлении неакцессорного обеспечения⁷⁵.

Вернемся, однако, к возражениям обеспечителя. Невозможно не заметить, что все они строятся на иных аспектах акцессорности, которые я разбирал выше. Можно сказать, что акцессорность осуществления как бы связывает все иные проявления этого принципа в один тугой узел. Так, обеспечитель может отказать кредитору со ссылкой на то, что обязательство не возникло (например, сделка была ничтожна); должник частично или полностью уплатил долг; требование было уступлено кредитору без одновременной передачи обеспечительных прав; обеспеченное обязательство прекратилось по каким-либо основаниям и т. п.

Права на выдвижение этих возражений обеспечитель может лишиться, в случае, если будет установлено, что он знал об их наличии при выдаче обеспечения. Особенно «выпукло» этот принцип реализован в случае выдачи обеспечения по долгам недееспособного физического лица либо несуществующего юридического лица, если будет установлено, что в момент выдачи обеспечения обеспечитель знал об этих обстоятельствах⁷⁶. Такое решение объясняется тем, что обеспечение может преодолевать экономические последствия «персональных дефектов» должника, правда, лишь при условии, что обеспечитель знал об этих дефектах⁷⁷.

Обзор точек зрения по поводу отдельных проявлений принципа акцессорности целесообразно завершить выявлением соотношения этого принципа с другой важной правовой идеей – принципом абстрактности. Необходимость разобраться в этом вопросе связана со следующей

⁷¹ Бебер Х. Указ. соч. С. 309.

⁷² Stöcker O.M., Sturmer R. Op. cit. 50.

⁷³ Stöcker O.M., Sturmer R. Op. cit. 50.

⁷⁴ Кратко, но емко это выразил профессор P. Sparkes: «Справедливость требует акцессорности» (Sparkes P. European Land Law. Hart Publishing, 2007. P. 399).

⁷⁵ Stöcker O.M., Sturmer R. Op. cit. P. 46.

⁷⁶ PEL/Drobnig, Pers. Sec. P. 212, 214–215.

⁷⁷ Ibid. P. 215.

проблемой: чуть выше я обсуждал последствия отпадения отношений покрытия (отношений между должником и обеспечителем) и приводил аргументы в пользу сохранения обеспечения в такой ситуации. Представим себе, что обеспечение (например, поручительство) было выдано потому, что должник и обеспечитель заключили договор об этом. Если считать, что отпадение договора о выдаче поручительства не прекращает поручительство, то последнее следует квалифицировать как *абстрактное* по отношению к договору о выдаче поручительства. Однако оно акцессорно по отношению к обеспеченному долгу.

Профессор *van Erp* объясняет это различие следующим образом: абстрактность демонстрирует наличие или отсутствие юридической связи (в первую очередь предопределяющую юридические последствия второй сделки при отсутствии первой) между двумя договорами; акцессорность же определяет само существование и объем дополнительного отношения⁷⁸. *H. Wieling* также призывает различать принципы каузальности (абстрактности) и акцессорности (неакцессорности)⁷⁹.

Однако при этом профессор *van Erp* приводит интересный пример того, как при ослаблении принципа акцессорности обеспечение приобретает абстрактный (по отношению к основному долгу) характер: в случае если в договоре поручительства содержится указание на то, что поручительством обеспечиваются «все будущие долги», такое поручительство нельзя рассматривать как прикрепленное к какому-либо конкретному долгу⁸⁰.

⁷⁸ *Erp S. van*. Surety Agreements and the Principle of Accessority – Personal Security in the Light of a European Property Law Principle. P. 313.

⁷⁹ *Wieling H.J.* Sachenrecht: Ein Handbuch. Bd. 1: Sachen, Besitz und Rechte an Beweglichen Sachen. 3. Aufl. Berlin: Springer, 2007. S. 27.

⁸⁰ *Erp S. van*. Surety Agreements and the Principle of Accessority – Personal Security in the Light of a European Property Law Principle. P. 314.

3. Достоинства и недостатки акцессорных обеспечительных конструкций. Преодоление акцессорности обеспечительных обязательств

Обсуждая отдельные проявления принципа акцессорности обеспечительных обязательств, я несколько раз обращал внимание на то, что его последовательное проведение иногда может привести к странным, если не сказать – абсурдным, результатам, например, к невозможности обеспечения будущего долга, к сложностям, связанным с изменением обеспеченного обязательства, к проблемам при кредитовании в форме кредитной линии и т. п.

Все эти практические затруднения неизбежно приводят к следующей мысли: а возможно ли ослабление принципа акцессорности (во всех или хотя бы в отдельных его проявлениях) ради придания обеспечительным отношениям сторон большей гибкости?

Для ответа на этот вопрос требуется, на мой взгляд, сначала определить, является ли принцип акцессорности обеспечительных обязательств фундаментальным, базовым (и потому неизменным) принципом частного права или же его следует квалифицировать просто как общее правило, которое может (а в некоторых случаях – должно!) иметь исключения.

Некоторые авторитетные академические исследователи принципа акцессорности (*M. Habersack, Th. Wachter*), мнения которых приводит проф. *van Erp*, скорее склоняются к тому, чтобы признать этот принцип фундаментальным для любых способов обеспечения обязательств, массовые отступления от которого вряд ли могут быть допущены⁸¹. Однако есть и иные точки зрения. Так, в исследованиях по интеграции финансовых рынков стран ЕС отмечается, что акцессорность связывает экономическую свободу заемщика и финансового института, порождает негибкость обеспечительных конструкций. В итоге раздаются многочисленные голоса в пользу значительного ослабления этого принципа, если не полного отказа от него⁸². Этот подход (правда, не в столь радикальной форме и с известными оговорками) также поддерживается и в научных исследованиях по частному праву. Так, отмечается, что сегодня принцип акцессорности не может проводиться с такой же строгостью, как это было ранее; что акцессорность обеспечительных сделок обросла таким количеством исключений (как законодательных, так и принятых в договорной практике), что всерьез говорить о фундаментальном значении этого принципа не приходится⁸³. Весьма сочувственно относится к ослаблению акцессорности в обеспечительных конструкциях и проф. *van Erp*, который, впрочем, видит в нем скорее способ защиты слабой стороны обеспечительной сделки – потребителя, но не фундамент для построения любой обеспечительной конструкции⁸⁴.

Каковы основные достоинства и недостатки всякой акцессорной обеспечительной конструкции?

Одним из важнейших достоинств акцессорности обеспечительных обязательств является существенное упрощение юридической техники норм, регулирующих залог и поручительство. Так, вместо того чтобы подробно описывать, что происходит с объемом и содержанием обеспеченного обязательства, законодателю значительно проще сконструировать акцессорную (в смысле определения объема дополнительного обязательства) обеспечительную конструкцию,

⁸¹ Cp.: *Erp S. van. Surety Agreements and the Principle of Accessority – Personal Security in the Light of a European Property Law Principle*. P. 317.

⁸² *The Integration of the EU Mortgage Credit Markets: Report by Forum Group on Mortgage Credit*. P. 29.

⁸³ *The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe. A Comparative Study* / C. von Bar, U. Drobnig (eds.). P. 341–342.

⁸⁴ *Erp S. van. Surety Agreements and the Principle of Accessority – Personal Security in the Light of a European Property Law Principle*. P. 316–317.

указав, что обеспечитель отвечает так же, как и должник по обеспеченному долгу. Равным образом акцессорность следования позволяет легко отразить в законе идею о том, что права кредитора и лица, в пользу которого установлено обеспечение, не могут разъединяться и т. д.⁸⁵

Кроме того, строгое проведение акцессорности позволяет организовать эффективную защиту лица, предоставившего обеспечение, от злоупотреблений со стороны кредитора. Так, именно в силу акцессорности объема и принудительного исполнения кредитор, который получил исполнение от должника, не сможет получить исполнение второй раз – от обеспечителя. Такая защита необходима в первую очередь гражданам-непредпринимателям, предоставляющим обеспечение по обязательствам других лиц (разумеется, чаще всего речь идет об обеспечении возврата займов поручительством или залогом)⁸⁶. Наверное, наиболее важное проявление акцессорности в обсуждаемом аспекте – возможность обеспечителя ссылаться на все те возражения, которые имеются у должника против кредитора. Хотя эта возможность, разумеется, может быть отменена договором между кредитором и обеспечителем (об этом см. ниже), но в отношениях между профессиональным кредитором и непрофессиональным обеспечителем она приобретает императивный характер⁸⁷. Цель введения такой императивной защиты понятна: не допустить реализации кредитором прав, которые были установлены с целью обеспечения возврата долга, для целей, не связанных с получением этого долга.

Однако у акцессорности обеспечительных обязательств имеются и недостатки. Самый главный из них заключается в том, что последовательное проведение строгой акцессорности практически полностью исключает возможность использования выработанных современной банковской системой технологий кредитования. К примеру, строгое проведение акцессорности возникновения исключает возможность обеспечения будущих долгов. Требование спецификации долга влечет за собой невозможность использования «плавающих» процентных ставок. Строгая акцессорность практически исключает возможность обеспечения обязательств по овердрафту с неопределенным сроком действия. Да и само по себе заключение договора поручительства или договора залога до момента фактической выдачи кредита может быть поставлено под сомнение, ведь акцессорное обязательство не должно существовать без основного долга, а он отсутствует до тех пор, пока кредит не выдан. В некоторых случаях (особенно в коммерческих сделках) обеспечитель готов принимать на себя риски, которые кредитор несет в отношениях с должником (это не только риск дефолта, но и риск банкротства должника), однако акцессорность обеспечительных сделок препятствует этому.

Кроме того, акцессорность обеспечительного обязательства предполагает известные сложности в случае необходимости изменения содержания основного обязательства: строгое проведение принципа акцессорности должно приводить к тому, что обеспечительное обязательство при существенном изменении основного обязательства вообще прекратится⁸⁸.

Акцессорность обеспечения создает некоторые затруднения для реализации идеи стабильности залоговых рангов при одновременном предоставлении права распоряжаться погашенным рангом собственнику заложенного имущества. Так, погашение старшей ипотеки приведет к тому, что младшие ипотеки автоматически «передвинутся» на ранг выше; это лишит собственника возможности использовать высвободившееся старшинство для обеспечения новых долгов, что не только неэффективно с экономической точки зрения (риски нового кредитора будут выше, поэтому будет выше и процент), но и просто несправедливо по отношению к собственнику, так как, уплачивая долг, он в некотором смысле оплачивает высвобож-

⁸⁵ Ibid. P. 314 (автор ссылается на мнения *M. Habersack* и *Th. Wachter*).

⁸⁶ Ср., например: *Regulating Unfair Banking Practices in Europe. The Case of Personal Suretyships* / A.C. Ciacchi, S. Weatherill (eds.). Oxford, 2010. P. 202, 217, и в особенности 269.

⁸⁷ Ср.: *PEL/Drobnig*, Pers. Sec. P. 216, 393–398.

⁸⁸ *Erp S. van. Surety Agreements and the Principle of Accessory – Personal Security in the Light of a European Property Law Principle*. P. 316.

дающееся старшинство, поэтому целесообразно считать, что «выкупленное» таким образом старшинство принадлежит именно ему. Однако в условиях акцессорности залога реализовать эту концепцию весьма сложно⁸⁹.

И наконец, есть еще одно соображение: акцессорность обеспечения существенно затрудняет использование обеспеченного долга в качестве финансового инструмента, так как, во-первых, препятствует стандартизированному отношению к обеспеченным требованиям (что крайне важно для секьюритизации) и, во-вторых, затрудняет их оборот⁹⁰. Поэтому развитие современных финансовых технологий просто несовместимо с представлениями об акцессорности обеспечительных обязательств⁹¹.

По всей видимости, под давлением этих аргументов в современной европейской литературе практически единодушно признается, что относиться к акцессорности как к неподвижной догме нельзя – акцессорность обеспечительных сделок следует понимать как гибкий и практичный правовой принцип⁹².

Действительно, даже поверхностное изучение развития правовых взглядов на обеспечение в Европе за последние чуть более чем 100 лет неизбежно приводит к выводу о том, что декларируемая в континентальной правовой доктрине акцессорность обеспечительных обязательств за это время обросла стольким количеством ослаблений, уточнений и исключений, что говорить о неизменности этого принципа представляется совершенно невозможным. Шанс обнаружить в каком-нибудь из европейских правовых порядков строго акцессорную обеспечительную конструкцию примерно равен шансу встретить мамонта или саблезубого тигра где-нибудь в лесу под Веной или Парижем.

Не последнюю роль в ослаблении общего взгляда на акцессорность обеспечительных обязательств сыграла описанная мною выше возможность выделения различных проявлений акцессорности (акцессорность возникновения, акцессорность объема и т. п.). Это обстоятельство, видимо, и подсказало пути постепенного ослабления общего влияния доктрины акцессорности за счет ослабления ее в одном проявлении, затем – в другом и т. д. Наверное, поэтому правильно говорить не о стремлении европейских правовых порядков полностью отказаться от акцессорности обеспечения, а скорее о тенденции постепенного исключения отдельных проявлений акцессорности в конкретных обеспечительных сделках с учетом их содержания, субъектного состава и т. п.

Подтверждением этого являются отдельные примеры того, как под воздействием отдельных положений законов или договорной практики акцессорность обеспечительных сделок постепенно отступает, уступая одну за другой ранее занятые ею позиции.

3.1. Возможность обеспечения будущих требований

Признанная многими европейскими правовыми порядками⁹³ *возможность обеспечения будущих требований* была самым первым ударом по акцессорности обеспечительных обязательств. Практическая потребность в подобном ослаблении акцессорности связана, по всей видимости, с распространением таких финансовых инструментов, как кредитование счета и кредит с верх-

⁸⁹ Steven A. Op. cit. P. 42.

⁹⁰ Wolfsteiner H., Stöcker O. Op. cit. P. 119.

⁹¹ На это обращалось внимание еще в 60-х гг. прошлого века (см.: The Development of a European Capital Market. Report of a Group of Experts Appointed by EEC Commission (Segré Report). P. 169).

⁹² Такова позиция, к примеру, M. Habersack (Erp S. van. Surety Agreements and the Principle of Accessory – Personal Security in the Light of a European Property Law Principle. P. 315).

⁹³ См. ссылки на законодательство европейских стран и судебную практику в: The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe. A Comparative Study / C. von Bar, U. Drobnig (eds.). P. 354–355; см. также: Sagaert V. Harmonization of Security Rights on Immoveables: An Ongoing Story // Towards European Civil Code / A.S. Hartkamp, M.W. Hesselink, E.H. Hondius, Ch. Mak, C.E. du Perron (eds.). 4th ed. Kluwer Law International, 2011. P. 1051.

ним пределом кредитного лимита. Разумеется, разъединение момента совершения обеспечительной сделки и момента возникновения у кредитора обеспечительного права в значительной степени примиряет идею акцессорности с возможностью обеспечения будущих долгов. Однако этот юридический прием лишь подчеркивает признанное законодателями стремление практики создать такую обеспечительную сделку, заключение которой было бы возможно и в отсутствие обеспеченного долга.

3.2. Оговорка об обеспечении «всех долгов» должника перед кредитором («all money's clause»)

Все сказанное выше относится и к допускаемой в Англии и Шотландии оговорке об обеспечении «всех долгов» должника перед кредитором («all money's clause»)⁹⁴.

3.3. Возможность «переживания» обеспечительным обязательством отсутствия действительного долга в определенный момент отношений должника и кредитора

Входит в противоречие с акцессорностью прекращения и возможность «переживания» обеспечительным обязательством отсутствия действительного долга в определенный момент отношений должника и кредитора. Как и в случае с акцессорностью возникновения, применение принципа акцессорности прекращения обеспечительного обязательства на практике не проводится строго. Например, в случае обеспечения обязательств должника по овердрафту полное погашение долга не прекращает обеспечительных прав кредитора, если овердрафт продолжает действовать: вновь возникшие долги считаются обеспеченными⁹⁵. Другой пример – обеспечение ипотекой обязательств заемщика по возобновляемым кредитам: ипотека устанавливается таким образом, что даже отсутствие в какой-то момент у должника актуального долга перед кредитором не влияет на сохранение обеспечения и на возможность его использования при дефолте по последующим траншам.

Очень интересным является германское решение проблемы сохранения позиции старшего залогодержателя в случае исполнения должником обеспеченного обязательства: в этом случае залоговые ранги младших залогодержателей не изменяются (т. е. младшая ипотека не превращается в старшую), но соответствующее старшинство переходит в распоряжение собственника, превращаясь в его поземельный долг (*Eigentümergrundschuld*), который может быть использован для обеспечения новых долгов собственника. Схожие решения (хотя и не столь элегантные) можно обнаружить в праве Швеции и Финляндии⁹⁶.

3.4. Договорный запрет на выдвижение обеспечителем возражений, которые должник может выдвинуть против кредитора

Совершенно уничтожает акцессорность принудительного осуществления обеспечительного права возможность кредитора и обеспечителя установить *договорный запрет на выдвижение обеспечителем возражений, которые должник может выдвинуть против кредитора*.

⁹⁴ Real Property Law and Procedure in the European Union. General Report. P. 92.

⁹⁵ Steven A. Op. cit. P. 34.

⁹⁶ The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe. A Comparative Study / C. von Bar, U. Drobnig (eds.). P. 358.

По сути, это означает, что возражения обеспечителя о том, что у должника было право на приостановление исполнения, возражение о ненадлежащем качестве того, что было исполнено самим кредитором, и т. п. против требования кредитора не допускаются. Такого узкого толкования содержания возражений должника. Однако возможно и иное, более широкое понимание возражений должника, выдвижение которых запрещается обеспечителю: это и возражение о недействительности основного обязательства, о невыдаче кредита, о том, что обязательство должника прекратилось вследствие надлежащего исполнения, зачета и пр.⁹⁷ Понятно, что такое широкое понимание возражений вообще несовместимо с самой идеей зависимого обеспечительного права и поэтому прав проф. *van Erp*, утверждая, что такие оговорки приводят к возникновению совершенно новых – неакцессорных – обеспечительных конструкций⁹⁸.

Должен ли правопорядок бороться с такими проявлениями принципа свободы договора (не менее, а скорее даже более фундаментальным, чем принцип акцессорности обеспечительных сделок)? Положительный ответ на этот вопрос может быть дан лишь для случаев, когда лицо, устанавливающее обеспечение, в силу отсутствия соответствующих знаний и навыков (потребитель), либо в силу крайней слабости переговорной позиции (контрагенты монополистов), либо в силу каких-либо иных заслуживающих уважения обстоятельств не может считаться давшим осознанное и сформированное свободной волей согласие на подобное ограничение собственных правовых возможностей. Именно на подобные случаи рассчитана доктрина защиты от несправедливых договорных условий (*unfair contract terms*), при помощи которой возможно нивелировать негативные последствия договорной свободы, в том числе и в сфере обеспечения исполнения обязательств⁹⁹.

3.5. Использование векселя в качестве юридической формы обеспечиваемого долга

Наконец, безусловный «король» среди договорных приемов, устраняющих акцессорность, – это *использование векселя в качестве юридической формы обеспечиваемого долга*¹⁰⁰. В этом случае безусловность, независимость и абстрактность обеспеченного обязательства напроочь устраняют всякие возможные проявления акцессорности любой – даже самой строгой – обеспечительной конструкции.

Распространение подобных договорных приемов, при помощи которых практика научилась избегать нежелательных для нее последствий акцессорности, имело прямые законодательные последствия в виде конструирования особых неакцессорных обеспечительных конструкций.

Прекрасным примером того, как под настойчивым давлением практических потребностей и академической критики законодатель был вынужден дать обороту ограниченно-акцессорную обеспечительную конструкцию, является французская *hypothèque rechargeable* (возобновляемая ипотека с предельной суммой долга), введенная в *Code civil* в 2006 г.¹⁰¹ Смысл этой конструкции заключается в установлении обременения, которое может быть использовано для

⁹⁷ Например, именно такое широкое понимание возражений должника (*debtor's defense*) последовательно проводится в проекте *Common Frame of Reference* (см.: PEL/Drobnig, Pers. Sec. P. 212–217).

⁹⁸ *Erp S. van*. Surety Agreements and the Principle of Accessory – Personal Security in the Light of a European Property Law Principle. P. 318–319.

⁹⁹ Ср., например: *Kull I*. Unfair Contracts of Suretyship – a Question about the Horizontal Effect of Fundamental Rights or about the Application of Contract Law Principles? // *Juridica International*. 2007. Vol. XII. P. 36–45; *Kähler L*. Decision-making about Suretyships under Empirical Uncertainty: How Consequences of Decisions about Suretyships Might Influence the Law // *European Review of Private Law*. 2005. No. 3. P. 348–349.

¹⁰⁰ *Stöcker O.M., Stürner R*. Op. cit. P. 47. Описывая эту конструкцию, авторы ссылаются на английскую, американскую, турецкую, швейцарскую, аргентинскую, шведскую и российскую деловую практику.

¹⁰¹ См. art. 2422 *Code civil*; см. также: *Sagaert V*. Op. cit. P. 1053.

обеспечения не только существующих, но и будущих неопределенных долгов в пределах установленной суммы. Кроме того, собственник вправе использовать такую ипотеку в пределах сумм, уже уплаченных кредитору, для обеспечения иных своих долгов (как бы «перезарядить» ипотеку), в том числе и перед новым кредитором, причем последний может даже пользоваться приоритетом перед первым¹⁰² (что необходимо для того, чтобы облегчить должнику получение нового кредита).

Другим примером законодательного развития идеи неакцессорного обеспечения является независимая гарантия. Разработчики *Common Frame of Reference* хотя и констатируют, что «независимое личное обеспечение – не самая часто встречающаяся в законодательствах стран – членов ЕС обеспечительная конструкция», но тем не менее признают ее «очень популярной в торговых делах в целом и в международной торговой и инвестиционной практике», причем датируют возникновение этой популярности второй половиной XX в.¹⁰³ Смысл конструкции заключается в практически полном освобождении обязательства обеспечителя перед кредитором от какой-либо связи с обеспеченным требованием и в лишении обеспечителя всякой возможности ссылаться на обстоятельства, имеющие место в отношениях должника и кредитора; возражения обеспечителя против требований кредитора могут основываться лишь на формальном несоответствии их условиям, на которых было выдано обеспечение. Это сближает такое обеспечение с вексельным обязательством – разница лишь, пожалуй, в целях, с которыми устанавливается первое и последнее, хотя, разумеется, они не имеют какого-либо юридического значения.

Но самым показательным примером радикального отхода от принципа акцессорности обеспечения является германская конструкция поземельного долга – *Grundschild*. Идея *Grundschild* теснейшим образом связана с принципом публичной достоверности поземельной книги, возводимым немецкой юриспруденцией в ранг наивысшей ценности. Поземельный долг – это обременение земельного участка, которое существует вне какой-либо юридической связи с обеспеченным обязательством. Реализация прав держателя поземельного долга осуществляется *per se* – держатель не должен, а собственник не может ссылаться на обстоятельства, связанные с обеспеченным требованием. Установление поземельного долга предусматривает (помимо собственно обязательства, которое предполагается обеспечить, хотя последнее юридически безразлично для этой цели) два обязательства, которые принимает на себя собственник земельного участка: во-первых, абстрактное¹⁰⁴ обещание уплатить денежную сумму (*abstraktes Schuldversprechen*)¹⁰⁵ и, во-вторых, собственно вещное обременение – обязательство выдать при предъявлении соответствующего требования денежную сумму из стоимости вещи¹⁰⁶. В поземельную книгу вносится денежная сумма, которая должна быть уплачена за счет стоимости земельного участка, и процентная ставка¹⁰⁷. Возможность передачи поземельного долга никак не связана с передачей прав по соглашению об установлении поземельного долга, хотя, как правило, в нем предусматривается обязанность лица, в пользу которого устанавливается обременение, передавать поземельный долг только вместе с этими правами. По наступлении срока уплаты поземельного долга собственник должен его выплатить тому, в чью пользу

¹⁰² Ibid.

¹⁰³ PEL/Drobnig, Pers. Sec. P. 319.

¹⁰⁴ Абстрактность этого обещания позволяет, во-первых, «отсоединить» его от договора (например, займа), который предполагается обеспечить поземельным долгом (что выражается, например, в том, что платежи, совершаемые по договору, не уменьшают сумму обременения), и, во-вторых, переложить на должника бремя доказывания отсутствия у лица, в пользу которого дано обещание, соответствующих прав.

¹⁰⁵ Это обещание образует содержание односторонне обязывающей обязательственной сделки собственника обременяемого имущества – соглашения об обеспечении (*Sicherungsabrede*), являющейся основанием вещной сделки по установлению поземельного долга.

¹⁰⁶ Vliet L. van. Op. cit. P. 164–165.

¹⁰⁷ Вебер Х. Указ. соч. С. 367.

установлено обременение. Если долг не уплачен собственником, то лицо, в пользу которого он установлен, может обратиться взыскание на земельный участок.

Еще одна особенность поземельного долга заключается в том, что при его уступке к новому держателю переходят только права по соглашению об обеспечении, т. е. право требовать уплаты денежной суммы (и то, если прежний держатель долга и новый держатель долга договорились об этом), но не по обеспеченному договору. Это означает, что собственник (как правило, должник по обязательству) не может выдвигать против нового держателя поземельного долга возражений, основанных на договорных отношениях с прежним держателем. Кроме того, до недавнего времени даже возможность собственника выдвигать против нового держателя поземельного долга возражения, которые возникли из соглашения об обеспечении, была ограничена теми возражениями, которые существовали *к моменту* уступки поземельного долга и о которых *знал* новый держатель долга¹⁰⁸. Впрочем, недавняя (2008 г.) реформа положений о поземельном долге, вызванная финансовым кризисом и желанием защитить заемщиков от злоупотреблений неакцессорной природой поземельного долга, привела к некоторому смягчению этих положений. В частности, собственнику было предоставлено право выдвигать против нового держателя поземельного долга *любые возражения*, вытекающие из соглашения об обеспечении¹⁰⁹.

¹⁰⁸ *Vliet L. van*. Op. cit. P. 166.

¹⁰⁹ *Ibid*. P. 167.

4. Реализация принципа акцессорности в положениях гл. 23 ГК РФ

Теперь перейдем к рассмотрению проявлений принципа акцессорности обеспечительных обязательств по российскому гражданскому праву.

Несмотря на то что тема акцессорности обеспечения не оставлена без внимания в современной российской юридической литературе¹¹⁰, вряд ли было бы правильным утверждать, что хорошо разработанная континентально-правовая доктрина акцессорности в полной мере не то чтобы воспринята, но хотя бы в какой-то мере известна современным российским юристам. Отдельные аспекты учения об акцессорности обеспечительных обязательств, безусловно, обсуждаются и в учебной, и в практической, и в научной литературе. Так, например, общепринятой является точка зрения, что при недействительности основного обязательства таковым же является и обеспечительное обязательство, но недействительность последнего не затрагивает силу основного обязательства¹¹¹. Кроме того, широко известным является такой аспект акцессорности: по акцессорному обязательству кредитор не может взыскать больше, чем должен основной должник. Однако идея акцессорности обеспечительных обязательств не воспринимается современным российским правом как гибкая многоэлементная конструкция. Напротив, весьма распространенным является мнение о том, что обеспечительные конструкции могут быть либо строго акцессорными, либо неакцессорными, причем отношение к последним со стороны как представителей академической науки, так и практикующих юристов скорее можно обозначить как настороженно-подозрительное.

Этот факт является тем более удивительным, что материал современного российского права содержит не только неакцессорный способ обеспечения обязательств (банковскую гарантию), но и довольно значительное количество примеров гибкого подхода законодателя к акцессорности двух основных обеспечительных сделок: залога и поручительства. Именно законодатель позволяет, на мой взгляд, утверждать, что и российское законодательство (при правильном его прочтении), во-первых, может дать почву для формулирования многоэлементной и гибкой конструкции акцессорности и, во-вторых, послужить фундаментом для дальнейших манипуляций с отдельными проявлениями принципа акцессорности и даже для дальнейшего общего ослабления акцессорности обеспечительных сделок.

Рассмотрим современные российские конструкции залога и поручительства в том виде, в котором они существуют в позитивном праве, сквозь призму пяти описанных выше проявлений акцессорности.

¹¹⁰ См.: *Туктаров Ю.* Акцессорность залога // *Legal insight*. 2011. № 3(4); *Демущкина Е.С.* Проблемы применимости акцессорности и вещной защиты ипотеки в российском гражданском праве. М., 2011; *Роньжис А.А.* Акцессорность российской ипотеки и потребности практики // *Юрист*. 2004. № 7; *Мигранов С.Д.* Акцессорные права как предмет договора уступки требования // *Арбитражный и гражданский процесс*. 2004. № 11; *Торкин Д.А.* Недостатки свойства акцессорности обеспечения обязательств // *Юрист*. 2005. № 7; *Кулаков В.В.* Акцессорность как признак способов обеспечения исполнения обязательств // *Российский судья*. 2006. № 6; *Егорова М.А.* Акцессорность как существенный признак соглашений об изменении и расторжении договора // *Туризм: право и экономика*. 2007. № 5; *Буркова А.Ю.* Акцессорность в гражданском праве // *Нотариус*. 2009. № 3; *Крашенинников М.П.* К вопросу об акцессорности // *Семейное и жилищное право*. 2012. № 2; *Буркова А.Ю.* Акцессорные обязательства // *Вестник арбитражной практики*. 2012. № 2.

¹¹¹ В учебной литературе обращается внимание именно на это проявление акцессорности; гораздо реже встречается упоминание того, что акцессорность предполагает следование одного обязательства за другим (см.: *Гражданское право*. В 4 т. / отв. ред. Е.А. Суханов. М., 2003. Т. 2. Полутом 1. С. 52.; *Российское гражданское право*. / отв. ред. Е.А. Суханов. М., 2010. В 2 т. С. 84–85; *Гражданское право*. В 3 т. / под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. Т. 1. М., 2009. С. 683; *Гражданское право*. В 3 т. / под ред. А.П. Сергеева. Т. 1. С. 900–901. М., 2008; *Брагинский М.И., Витрянский В.В.* Договорное право. Общие положения. М., 1997. С. 384–385.

4.1. Залог

Акцессорность возникновения. Из определений залога, которые содержатся в ст. 334 ГК РФ и в ст. 1 Федерального закона от 16 июля 1998 г. № 102-ФЗ «Об ипотеке (залоге недвижимости)»¹¹² (далее – Федеральный закон об ипотеке), можно сделать вывод о том, что залог рассматривается отечественным законодателем *prima facie* как акцессорный способ обеспечения обязательств. На эту мысль наводит выражение закона о том, что залог служит для кредитора-залогодержателя средством получить причитающееся ему по обеспеченному обязательству из стоимости заложенного имущества преимущественно перед другими кредиторами.

Из ст. 339 ГК РФ и ст. 9 Федерального закона об ипотеке следует, что условие об обеспеченном залогом обязательстве (причем с указанием его существа, суммы и срока) является существенным для договора залога. Буквальное применение этих норм может привести к мысли о том, что при невозможности выполнения этого требования закона (например, когда требование еще не возникло и поэтому указать его характеристики невозможно) договор залога не может считаться заключенным, а права залогодержателя – возникшими.

В ст. 341 ГК РФ возникновение права залога связывается с моментом заключения договора о залоге и только для случаев заклада – с моментом передачи имущества залогодержателю; иное может быть установлено договором залога. Из этой нормы теоретически можно сделать вывод о том, что обеспеченное требование должно непременно наличествовать в момент заключения договора, ведь без него залог в принципе не может существовать. Однако ст. 337 ГК РФ, которая посвящена регулированию того, в какой части основное требование считается обеспеченным залогом, является диспозитивной: в ней прямо допускается установление иных правил, чем предусмотрено в ней самой. Фактически это означает, что залог может обеспечивать, например, только требование о возврате аванса при расторжении договора, обеспеченного залогом, т. е. и будущее требование¹¹³. Совершенно очевидно, что в момент заключения договора залога такого требования еще нет – оно лишь может возникнуть в будущем, однако сочетание положений ст. 337 и 341 ГК РФ будет неизбежно свидетельствовать о том, что право залога возникло, хотя основного обязательства еще нет. При этом, несмотря на то что залоговое право следует считать возникшим с момента заключения договора залога, до наступления *conditio iuris* – просрочки должника – его, по всей видимости, необходимо рассматривать как находящееся в «подвешенном» состоянии.

Такое толкование положений Кодекса свидетельствует о том, что отечественный законодатель в ГК РФ в качестве модели обеспечения залогом будущих требований¹¹⁴ выбрал первый из подходов, разобранных мною выше (см. § 2.1 настоящей монографии), т. е. конструкцию, при которой обеспечительная сделка считается заключенной с момента достижения сторонами в требуемой форме согласия по ее существенным условиям; при этом непрямого наличия основного долга, для того чтобы залог считался состоявшимся, не требуется. В этой конструкции нет ничего, что ущемляло бы интересы должника, залогодателя или третьих лиц, ведь до наступления просрочки должника залогодержатель не может реализовывать свои обеспечительные права. Однако в силу того, что договор залога уже считается заключенным, а

¹¹² СЗ РФ. 1998. № 29. Ст. 3400.

¹¹³ Кстати, любопытно, что в Законе РФ от 29 мая 1992 г. № 2872-1 «О залоге» (РГ. 1992. 6 июня), фактически утратившем свое действие с момента вступления в силу части первой ГК РФ, было прямо предусмотрено, что «залог может устанавливаться в отношении требований, которые возникнут в будущем, при условии, если стороны договорятся о размере обеспечения залогом таких требований» (ч. 3 ст. 4 данного Закона).

¹¹⁴ Обоснование возможности такой обеспечительной конструкции см. также: *Суворов Е.* Обеспечение залогом будущих требований // ЭЖ-Юрист. 2006. № 34 (см. ссылки на негативную судебную практику, отрицающую возможность обеспечения залогом будущих требований); см. подборку судебной практики по этому вопросу в работе И.В. Дедковского: *Дедковский И.В.* Указ соч. С. 41.

право залога на вещь – возникшим, и все связанные с существованием обременения обязанности залогодателя (например, обязанность согласовать распоряжение предметом залога; обязанность допускать залогодержателя к осмотру заложенного имущества; обязанность застраховать предмет залога и т. п.) следует считать возникшими именно с этого момента.

Однако этот подход к залогу будущих требований реализован отечественным законодателем непоследовательно. Так, в соответствии с положениями п. 3 ст. 11 Федерального закона об ипотеке, если обязательство, обеспечиваемое ипотекой, возникло после внесения в ЕГРП записи об ипотеке, права залогодержателя возникают с момента возникновения этого обязательства. В чем отличия этой нормы от положений ст. 341 ГК РФ?

Во-первых, ею (в отличие от ГК РФ) прямо допускается обеспечение ипотекой будущих требований (что, впрочем, довольно резко расходится с требованием п. 4 ст. 9 Федерального закона об ипотеке, устанавливающим стандарт описания обеспеченного обязательства в договоре ипотеки). Во-вторых, законодатель явно разделяет момент заключения договора ипотеки (т. е. момент внесения в ЕГРП записи о сделке) и собственно момент возникновения прав залогодержателя¹¹⁵.

Таким образом, в Федеральном залоге об ипотеке реализован второй из обозначенных мною выше (§ 2.1 настоящей монографии) подходов к обеспечению будущих требований залогом: с момента заключения договора залога само залоговое право не возникает, но заключенный сторонами договор залога является фундаментом для того, чтобы в момент возникновения того требования, которое стороны намеревались считать обеспеченным, оно уже рассматривалось как обеспеченное залогом. Разумеется, дополнительные обязанности залогодателя (страхование, обязанность претерпевать инспекцию залогодержателя и т. п.) возникают с момента заключения договора залога.

Особых различий в последствиях двух обозначенных концепций нет: обе они позволяют положительно ответить на вопрос о возможности использования действующего российского права для обеспечения залогом будущих обязательств. Однако подобная несогласованность законодательных решений для одной и той же ситуации не может не вызывать недоумения. Понятно, что решение отечественного законодателя относительно момента возникновения ипотеки по будущему требованию связано с необходимостью примирить, с одной стороны, принцип публичной достоверности реестра и, с другой стороны, принцип акцессорности. Однако в итоге получилось, что нерегистрируемый в реестре залог движимости имеет более ослабленную акцессорность (по ГК РФ такой залог возникает с момента заключения договора залога, даже если требования еще нет), чем регистрируемый залог (по Федеральному закону об ипотеке залог возникает в момент возникновения обеспеченного требования), что довольно странно... И тем не менее любое из этих решений наносит серьезный удар по идее строгой акцессорности возникновения залоговых прав.

Действующий закон совершенно игнорирует отношения покрытия, объясняющие залоговую конструкцию с участием третьего лица. Иными словами, сам факт наличия юридических или экономических отношений, объясняющих, почему одно лицо предоставляет залог за другое лицо по долгам последнего, является (с точки зрения законодателя) юридически ирре-

¹¹⁵ Очень неудачной является формулировка последнего абзаца п. 3 ст. 11 Федерального закона об ипотеке, в соответствии с которым «права залогодержателя (право залога) на заложенное имущество не подлежат государственной регистрации». По всей видимости, здесь законодатель имел в виду, что в связи с тем, что государственной регистрации подлежит ипотека *как обременение имущества*, права залогодержателя еще раз регистрировать не требуется. Это довольно очевидно, потому как права залогодержателя как раз и составляют существо обременения недвижимости. Ср., впрочем, ошибочное толкование этой нормы, данное В.А. Микрюковым, который полагает, что государственная регистрация прав залогодержателя не требуется в связи с тем, что государственной регистрации подлежит *договор ипотеки* (Микрюков В.А. Ограничения и обременения гражданских прав. М., 2007. С. 156). Это не так, потому что, во-первых, данное объяснение не охватывает случай законной ипотеки и, во-вторых, не учитывает заложенное в ст. 11 Федерального закона об ипотеке разделение основания возникновения ипотеки и самой ипотеки как обременения.

левантным. Следовательно, отпадение этих отношений также не должно хоть как-то сказываться на силе залога. С этой точки зрения залог вообще является абстрактным по отношению к договору должника и залогодателя об обременении залогом имущества залогодателя по долгу должника и не зависит от наличия и действительности этих отношений.

Таким образом, общий вывод, к которому следует прийти в результате обсуждения положений ГК РФ, регулирующих вопрос акцессорности возникновения залога, заключается в следующем. Отечественный законодатель, во-первых, устанавливает довольно жесткий стандарт описания существа обеспеченного обязательства в договоре залога. Однако при этом, во-вторых, он допускает обеспечение залогом обязательств, которые возникнут в будущем, причем путем установления двух обеспечительных конструкций (возникновение залога в момент заключения договора залога, но до возникновения обеспеченного требования; разделение договора залога и момента возникновения залогового права, которое обусловлено возникновением обеспеченного требования). Все эти соображения свидетельствуют о том, что идея строгой акцессорности возникновения залога российским правом не поддерживается.

Акцессорность объема требования. В ст. 337 ГК РФ принцип акцессорности объема требования в отношении залога выражен следующим образом: залог обеспечивает требование, в том числе проценты, неустойку и т. п., в том объеме, какой оно имеет к моменту удовлетворения. Любопытно, что эта норма сформулирована законодателем как диспозитивная, однако не вполне ясно, как работает эта диспозитивность: могут ли стороны установить, что залог будет обеспечивать долг в определенной сумме вне зависимости от того, сколько должен должник? Или же слова «если иное не предусмотрено договором» следует рассматривать только как возможность сторон договора залога исключить из числа обеспеченных требований, к примеру, неустойку или убытки, которые понес кредитор?

Понятно, что первый вариант толкования этой оговорки полностью устраняет акцессорность объема требования, исключая возможность залогодателя ссылаться на то, что требование, предъявленное залогодержателем, по своему объему превышает сумму актуального долга должника перед кредитором. Но мне представляется, что действующий закон все же не дает возможности понимать диспозитивность ст. 337 ГК РФ таким широким образом. В частности, в п. 4 ст. 350 ГК РФ установлено, что если сумма, вырученная при реализации заложенного имущества, превышает размер обеспеченного залогом требования залогодержателя, то разница возвращается залогодателю. Причем эта норма (в отличие от ст. 337 ГК РФ) оговорку о возможности установить договором залога иное уже не содержит. Это правило – возвращение положительной разницы между суммой долга и суммой, вырученной при продаже предмета залога, – рассматривается как принципиальное и потому императивное положение залогового права, направленное на защиту интересов залогодателя. Таким образом, в данном случае принцип акцессорности объема требования соблюдается законодателем довольно строго. Однако это вовсе не означает, что закон требует от сторон договора залога неперменного указания точной суммы долга, которая обеспечена залогом. Напротив, сама формулировка ст. 337 ГК РФ в части указания на то, что залогом обеспечиваются также и требования по уплате неустойки и возмещению убытков¹¹⁶, означает, что российский законодатель довольно гибок в ответе на вопрос о необходимости указания точных сумм, уплата которых обеспечена залогом: этого закон не требует. Дополнительным доказательством служат, на мой взгляд, положения уже цитировавшегося мною п. 4 ст. 9 Федерального закона об ипотеке о том, что «если сумма обес-

¹¹⁶ С правильностью и справедливостью такого подхода можно и нужно спорить. Лично мне он представляется ошибочным: я не думаю, что залог должен обеспечивать какие-то иные требования кредитора, чем уплата основной суммы долга, процентов и издержек кредитора по получению исполнения. Иное решение может серьезно ущемить интересы других кредиторов залогодателя в ходе исполнительного производства, не позволяя им удовлетворить свои требования по основной сумме долга; залогодержатель же получает из залога все, включая неустойки. Мне такое решение видится несправедливым с точки зрения принципа равной защиты всех кредиторов должника.

печиваемого ипотекой обязательства подлежит определению в будущем, в договоре об ипотеке должны быть указаны порядок и другие необходимые условия ее определения».

Следует согласиться с И.В. Дедковским в том, что допущение российским Федеральным законом об ипотеке так называемой ипотеки с предельной твердой суммой (ср. п. 3 ст. 4 Федерального закона об ипотеке¹¹⁷), при которой залогодержатель не может претендовать на удовлетворение своих требований к должнику в сумме, превышающей установленную в договоре ипотеки, также является ослаблением принципа акцессорности объема¹¹⁸.

И наконец, очень интересное правило, связанное с акцессорностью объема, установлено в абз. 2 п. 1 ст. 50 Федерального закона об ипотеке. Оно посвящено ситуации, когда описание обеспеченного обязательства в договоре ипотеки и в обеспеченном договоре расходятся (например, не совпадают суммы долга или размер процентов и т. п.). В этом случае законодатель устанавливает, что объем обеспеченного требования определяется в соответствии с условиями договора ипотеки, игнорируя тем самым принцип акцессорности объема залогового права. Целесообразность установления такого регулирования может дискутироваться¹¹⁹, но нельзя отрицать то, что эта норма наносит еще один довольно чувствительный удар по идее строгой акцессорности современного российского залога...

Таким образом, принцип акцессорности объема залогового права российским законодательством проводится, но законодатель это делает довольно мягко, допуская как обеспечение требований, денежное выражение которых в момент установления ипотеки неизвестно, так и позволяя сторонам устанавливать ипотеку с предельной суммой, разрывая тем самым строгую связь между основным долгом и обеспечительным правом. Однако на этапе реализации предмета залога принцип акцессорности объема требования срабатывает как императивное требование закона, не позволяющее кредитору получить больше, чем ему причитается по обеспеченному обязательству.

Акцессорность следования за главным требованием. Это проявление акцессорности соблюдается российским законодателем строже всего. Из ст. 355 ГК РФ следует, что, во-первых, при уступке долга обеспечивающий его залог по умолчанию переходит к цессионарию и, во-вторых, переход права залогодержателя без одновременной передачи обеспеченного права не допускается. Таким образом, российский законодатель не допускает изолированную уступку залогового права.

И.В. Дедковский видит возможность изолированной уступки в положениях абз. 2 п. 2 ст. 47 Федерального закона об ипотеке, в соответствии с которым «если не доказано иное, уступка прав по договору об ипотеке означает и уступку прав по обеспеченному ипотекой обязательству (основному обязательству)». По его мнению, при доказанности иного считается, что залог перешел к лицу, которое не является кредитором по основному обязательству¹²⁰.

Однако мне такой вывод (при всей его содержательной привлекательности) представляется ошибочным. Дело в том, что аналогичная норма имеется и в ст. 355 ГК РФ (абз. 3), однако ее необходимо понимать в совокупности с нормой абз. 2 этой же статьи, которая в весьма энергичных выражениях связывает действительность уступки права залога с одновременной передачей новому залогодержателю прав кредитора по обеспеченному долгу. Таким

¹¹⁷ Эта норма гласит: «Если в договоре об ипотеке указана общая твердая сумма требований залогодержателя, обеспеченных ипотекой, обязательства должника перед залогодержателем в части, превышающей эту сумму, не считаются обеспеченными ипотекой, за исключением требований, основанных на подпунктах 3 и 4 пункта 1 настоящей статьи или на статье 4 настоящего Федерального закона».

¹¹⁸ Дедковский И.В. Указ. соч. С. 70–71.

¹¹⁹ Как мне представляется, законодатель установил такое правило, руководствуясь прежде всего соображением о публичной достоверности данных ЕГРП о сумме долга и размере процентов и их влиянии на принятие третьими лицами решений о вступлении в те или иные отношения с залогодателем по поводу имущества, обремененного ипотекой.

¹²⁰ Дедковский И.В. Указ. соч. С. 50. Этого же подхода придерживается и М.А. Егорова (см.: Егорова М.А. Некоторые вопросы прекращения залоговых обязательств // Законы России: опыт, анализ, практика. 2012. № 5).

образом, доказательство того, что новому залогодержателю не были переданы права кредитора по обеспеченному обязательству, влечет (вопреки мнению И.В. Дедковского) не изолированную уступку залогового права, а недействительность передачи залога.

К сожалению, интересный и сложный вопрос о соотношении принципа акцессорности следования залога недвижимости и регистрационной системы в действующем законе не решен вообще. А ведь именно через регистрационную систему в залоговое право традиционно проникают элементы, ослабляющие акцессорность залога...

Кроме того, в действующем законе совершенно не представлен¹²¹ еще один элемент, который ослабляет акцессорность следования, – я имею в виду возможность совершения сделок со старшинством (см. подробнее § 2.3 настоящей монографии).

Таким образом, выходит, что акцессорность следования является принципиальным свойством современного российского залога и она (в отличие от других, уже рассмотренных проявлений акцессорности) существует в своем самом строгом, неослабленном виде.

Акцессорность прекращения. Принцип акцессорности прекращения залога ярче всего проявляет себя в положениях п. 3 ст. 329 ГК РФ, в соответствии с которым недействительность основного обязательства влечет за собой недействительность обеспечивающего обязательства¹²².

Обращает на себя внимание оговорка, которая есть в п. 3 ст. 329 ГК РФ: «если иное не предусмотрено законом». Это означает, что, во-первых, законодатель оставил за собой право вводить обеспечительные конструкции, которые будут «выживать» при недействительности обеспеченного договора; во-вторых, законодатель не оставляет самим сторонам обеспечительной сделки возможности разорвать связь между основным и обеспечительным договорами, сделав последний действительным и при недействительности первого.

Кроме того, п. 3 ст. 329 ГК РФ не охватывает случай, когда основной договор является не недействительным, а незаключенным. В такой ситуации, с одной стороны, эту норму можно было бы применить по аналогии и признать, что обеспечение также не может считаться существующим¹²³. Однако, с другой стороны, следует все же различать два случая, когда договор (по действующему закону) может быть признан незаключенным: во-первых, это случай, когда неясно, о чем же хотели договориться стороны, т. е. в договоре отсутствуют существенные условия, без согласования которых договор не может считаться заключенным; во-вторых, это ситуация, когда договор подлежал государственной регистрации, но не был зарегистрирован.

В отношении первой из описанных ситуаций у меня нет сомнений в том, что несуществование основного долга означает и несуществование обеспечения. Однако картина довольно резко меняется, если стороны впоследствии исполнили такой договор и тем самым «излечили» отсутствие в тексте договора соглашения о его условиях (например, был отгружен товар со ссылкой на договор, покупатель его принял без возражений). В таком случае договор должен считаться заключенным, а если он был обеспечен залогом, то и залог сохраняет силу.

Намного более интересным является второй случай (незаключенность по причине отсутствия регистрации). В этой ситуации изначально понятно, какие долги согласились принять на себя стороны договора; единственным его пороком является то, что он не прошел государственную регистрацию. На мой взгляд, в таком случае договор все равно должен считаться состоявшимся между сторонами, а обязательства по нему – возникшими. Негативным же последствием для сторон незарегистрированного договора должна стать непротивопоставимость прав, порожденных им, добросовестным третьим лицам, т. е. тем, кто не знал и не

¹²¹ Подробнее см.: Новиков К.А. Динамика залоговых рангов // Вестник ВАС РФ. 2011. № 2. С. 17–18.

¹²² Я уже обращал внимание ранее на неточность этой формулировки: недействительным может быть юридический факт – сделка, но не само обязательство (см.: Бевзенко Р.С. Комментарий судебной практики разрешения споров по договору ипотеки. М., 2008. С. 14).

¹²³ Собственно, именно так этот казус разрешают суды (см. подробнее: Дедковский И.В. Указ. соч. С. 37).

мог знать о факте заключения такого договора. Понятно, что залогодатель – третье лицо к их числу не относится. Поэтому и такой договор должен считаться заключенным (в отношениях между его сторонами), а обеспечивающий его договор залога не может считаться невозникшим на основании п. 3 ст. 329 ГК РФ; напротив, он должен рассматриваться как действительная сделка, породившая правовые последствия для залогодателя.

Однако отечественный законодатель не пошел еще дальше по пути ослабления акцессорности прекращения залога. Так, в действующем законе отсутствует правило о том, что при погашении обеспеченного долга залоговое старшинство переходит к собственнику заложенной вещи¹²⁴, равно как и отсутствуют вообще какие-либо специальные правила о соотношении оснований для прекращения залога и юридической силы записи в реестре.

Таким образом, закон не вполне жестко связывает действительность основного договора и действительность обеспечительной сделки, ограничивая эту связь лишь случаем недействительности основной сделки. О случае незаключенности основного договора закон молчит, что позволяет в подавляющем большинстве случаев признать залог существующим и обеспечивающим требования сторон такого договора.

Акцессорность в части возможности принудительного осуществления. Это проявление акцессорности залога заметнее всего выражено в п. 1 ст. 348 ГК РФ, в соответствии с которым взыскание на заложенное имущество может быть обращено судом, в случае если должник допустил просрочку по обязательству. Причем эта норма сформулирована императивно и потому не может быть изменена договором залога.

Несмотря на то что законодатель не установил в § 3 гл. 23 ГК РФ правил, аналогичных тем, что содержатся в ст. 364 ГК РФ (посвященной возражениям поручителя), акцессорность принудительного осуществления предполагает, что залогодатель может противопоставлять требованию залогодержателя любые возражения, которые свидетельствуют о том, что основной долг не может быть осуществлен принудительно. Причем любопытно и то, что отсутствие в залоговом праве нормы, аналогичной ст. 364 ГК РФ, делает невозможным и договорное ограничение возражений залогодателя против требования залогодержателя, т. е. установления договорного неакцессорного залога.

Другим примером проявления акцессорности принудительного исполнения является положение ст. 207 ГК РФ о том, что с истечением срока исковой давности по главному требованию истекает срок исковой давности и по дополнительным требованиям, в том числе и по залому. И.В. Дедковский высказывает любопытные соображения, которые, по его мнению, должны привести к выводу о том, что возможны ситуации, когда исковая давность по залому начнет течь позднее исковой давности по основному требованию (например, когда право на обращение взыскания на предмет залога возникло не в день просрочки основного долга, а позднее, например, в связи с тем, что взыскание не могло быть обращено по причине малозначительности требования). По мысли автора, эти примеры должны свидетельствовать в пользу того, что допустим период времени, в котором основное требование является задавненным, а требование залогодержателя – нет. Однако несмотря на изящность этих построений я не могу с ними согласиться: все-таки текст ст. 207 ГК РФ, который имеет в своей основе жесткую акцессорность принудительной реализации обеспечительного права, не знает исключений: задавнение основного долга должно неизбежно влечь и задавнение требования по акцессорному отношению.

И наконец, последний вопрос. Российское ипотечное право предусматривает возможность инкорпорации залогового права и требования, им обеспеченного, в особую ценную бумагу, именуемую закладной. Спрашивается, изменяется ли акцессорная природа ипотеки

¹²⁴ Российское право предполагает, по всей видимости, в этом случае принцип «скольжения» старшинства (см. подробнее: Новиков К.А. Указ. соч. С. 18–19).

оттого, что соответствующие права существуют в виде оборотоспособного и публично достоверного инструмента?

Как мне представляется, Федеральный закон об ипотеке не дает оснований считать, что акцессорность залога (в любом из его проявлений) хоть как-то изменяется оттого, что залоговое право выражено не в договоре ипотеки, а в ценной бумаге. Единственным намеком на ослабление акцессорности ипотеки, выраженной в закладной, является, на первый взгляд, положение последнего абзаца п. 6 ст. 17 Федерального закона об ипотеке, в соответствии с которым обязанное по закладной лицо не вправе приводить против требований законного владельца закладной об осуществлении прав по ней никаких возражений, не основанных на закладной. Однако при внимательном прочтении оказывается, что здесь речь идет не столько о залоге, сколько о самом обеспеченном требовании, которому через инкорпорацию в ценную бумагу придается качество публичной достоверности, и ограничении именно по нему (а не по залоговому праву!) личных возражений должника. По большому счету только этим (а также удобством циркуляции прав, удостоверенных закладными¹²⁵) и исчерпывается полезный эффект закладной. В деле ослабления акцессорности ипотеки она оказывается бесполезной, так как отечественный законодатель сконструировал закладную не по подобию известных европейским правовым порядкам ипотечных оборотоспособных документов, удостоверяющих неакцессорное залоговое право, а через соединение в ней и обеспеченного обязательства, и прав по обеспечительной сделке, тем самым не разъединив, а, напротив, еще крепче спаяв их.

Таким образом, краткий обзор проявлений принципа акцессорности на уровне догмы российского залогового права свидетельствует, на мой взгляд, о следующем.

Принципиально неверно считать, что российское право основывается на принципе строгой акцессорности залога. Напротив, в отдельных проявлениях акцессорности (возникновения, прекращения, объема) оно довольно гибкое и потому позволяет сторонам договора залога «настраивать» залог под их конкретные задачи, обеспечивая будущие требования, требования с неопределенной суммой и т. п. Тем не менее в части акцессорности следования за главным требованием и акцессорности возможности принудительной реализации действующее залоговое право, напротив, довольно принципиально стоит на началах строгой акцессорности, во-первых, не позволяя разъединять залоговое право и обеспеченный долг и, во-вторых, не допуская возможность получения залогодержателем из сумм, вырученных от продажи предмета залога, большего, чем ему причитается по обеспеченному обязательству.

Конечно, в законе есть резервы для дальнейшего ослабления акцессорности залога (подробнее об этом пойдет речь далее), с тем чтобы приспособить его не только для нужд кредитных сделок, но и для целей рефинансирования выдаваемых банками кредитов. Кроме того, ряд очень острых вопросов акцессорности залога (что происходит с залогом при изменении обязательства, расторжении договора, ликвидации должника и залогодателя – третьем лице и т. п.) не решены сегодня в действующем законе. Суды, действуя в условиях таких серьезных пробелов, заняли крайне консервативные позиции по обозначенным вопросам, и исправление этих ошибок осуществлялось путем формирования правовых позиций ВАС РФ (см. об этом разд. 5 данной монографии).

4.2. Поручительство

Перейдем к анализу догматической конструкции поручительства по российскому праву сквозь призму пяти классических проявлений принципа акцессорности.

Акцессорность возникновения. Нормы ГК РФ о поручительстве отличаются значительно меньшим формализмом, чем положения о залоге. В первую очередь это проявляется в том, что

¹²⁵ См.: Туктаров Ю. Указ. соч. С. 37.

в законе вообще не устанавливается какой-либо стандарт описания обеспеченного обязательства. Иными словами, Кодекс не содержит требование о том, чтобы в договоре поручительства с той или иной степенью подробности было описано обязательство, обеспеченное поручительством. Это означает, что идея о том, что обеспеченное поручительством обязательство непременно должно быть *определенным*, законодателем *de facto* не поддерживается. Напротив, § 5 гл. 23 ГК РФ даже не устанавливает (в отличие от параграфа о залоге), какие условия обеспеченного обязательства должны найти отражение в тексте договора поручительства. Несмотря на это, суды длительное время выдвигали достаточно жесткие требования к стандарту описания обеспеченного поручительством обязательства, признавая договоры поручительства в случае несоблюдения этого стандарта незаключенными (об этой проблеме и ее решении см. ниже).

В абз. 2 ст. 361 ГК РФ предусмотрено, что поручительство может быть дано и по обязательству, которое возникнет в будущем. Соединение этой нормы с предыдущим тезисом – о том, что закон не устанавливает стандарта описания обеспеченного требования, – может привести к еще более радикальной мысли о том, что поручительством могут быть обеспечены, к примеру, *все требования, которые в будущем возникнут между данными должником и кредитором*. При помощи такого договорного приема акцессорность возникновения поручительства ослабляется еще сильнее.

ГК РФ не дает ответа на вопрос о том, какова конструкция поручительства по будущим требованиям: возникает ли обязанность поручителя, обусловленная *conditio iuris*, до возникновения обеспеченного требования или же договор поручительства представляет собой основание для того, чтобы при возникновении обеспеченного требования оно в этот самый момент рассматривалось как обеспеченное? Первое решение тяготело бы к ограничению акцессорности, а второе, напротив, укладывалось бы в отстаиваемое мною понимание акцессорности возникновения обеспечительного права.

И наконец, необходимо разобраться со значением отношений покрытия для цели существования поручительства. В отличие от, скажем, залоговых норм законодатель упоминает договор о выдаче поручительства в п. 3 ст. 365 ГК РФ (в терминологии закона – «договор поручителя с должником»). Однако в ГК РФ нет ни одной нормы, которая бы обуславливала юридическую силу поручительства наличием и действительностью отношений покрытия.

Поэтому с точки зрения акцессорности возникновения современное российское поручительство (в том виде, в каком оно описано в ГК РФ) не может быть квалифицировано как строго акцессорное. Как видим, законодатель допускает обеспечение будущих требований, не устанавливает требования определенности в отношении описания обеспеченного обязательства, не вводит требование наличия юридической связи между обеспечением и отношениями, объясняющими выдачу обеспечения.

Акцессорность объема требования. В соответствии с п. 2 ст. 363 ГК РФ поручитель отвечает перед кредитором в том же объеме, как и должник, включая уплату процентов, возмещение судебных издержек по взысканию долга и других убытков кредитора, вызванных неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательства должником, если иное не предусмотрено договором поручительства.

Следовательно, по общему правилу поручитель обязан уплатить столько же, сколько должен уплатить должник, т. е. его обязательство является строго акцессорным с точки зрения объема долга. Однако здесь возникает тот же вопрос, что и с залогом: что означает оговорка о том, что договором поручительства может быть предусмотрено иное? Как мне представляется, эта оговорка означает, что договор поручительства может содержать лишь ограничение размера ответственности поручителя. Иное толкование – допущение взыскания с поручителя суммы, превышающей долга должника – представляется излишне смелым.

Акцессорность следования за главным требованием. В § 5 гл. 23 ГК РФ, посвященном поручительству, какие-либо нормы о судьбе поручительства на случай уступки основного тре-

бования отсутствуют. Следовательно, подлежат применению общие правила ст. 384 ГК РФ о том, что право первоначального кредитора переходит к новому кредитору в том объеме и на тех условиях, которые существовали к моменту перехода права. Эта норма диспозитивна, однако указанную оговорку нельзя рассматривать как устанавливающую изъятие из принципа акцессорности следования и допускающую как изолированную уступку требования к поручителю, так и сохранение требования к поручителю за первоначальным кредитором¹²⁶. Это связано с тем, что положения ГК РФ о поручительстве не предполагают предъявления требования к поручителю иным лицом, чем кредитор по обеспеченному обязательству.

Таким образом, в части акцессорности следования поручительство является строго акцессорным.

Акцессорность прекращения. Положения ст. 367 ГК РФ содержат недвусмысленную норму о том, что прекращение основного обязательства влечет за собой прекращение поручительства. Характерно, что в п. 1 ст. 367 ГК РФ отсутствует оговорка о том, что иное может быть предусмотрено договором поручительства.

Случай недействительности обеспеченного договора и его последствия для поручительства охватываются п. 3 ст. 329 ГК РФ.

Следовательно, в части прекращения поручительство является строго акцессорным обязательством (хотя, как и в случае с залогом, можно было бы заметить, что закон молчит о ситуации, когда основной договор является не недействительным, а незаключенным).

Акцессорность в части возможности принудительного осуществления. По общему правилу, которое содержится в ст. 364 ГК РФ, поручитель вправе выдвигать против требования кредитора все возражения, которые мог бы представить должник, причем это право поручителя не прекращается и тогда, когда сам должник отказался от возражений или признал долг.

С точки зрения этой формулировки акцессорность поручительства в части возможного принудительного осуществления не вызывает никаких сомнений. Однако обращает на себя внимание то, что право поручителя на выдвигание личных возражений должника сопровождается оговоркой – «если иное не вытекает из договора поручительства». Это может означать лишь то, что в договоре поручительства кредитор и поручитель могут установить, что поручитель, к которому будет предъявлено требование, не вправе противопоставлять ему те возражения, которые имеются у должника против кредитора. В этом случае, например, поручитель не сможет отказать кредитору в платеже, сославшись на то, что поставленные кредитором товары были некачественными, услуги оказаны с просрочкой, давность по требованию истекла, сумма начисленной кредитором неустойки несоразмерна последствиям нарушения обязательства и т. п.

Однако самым серьезным последствием договорного ограничения права поручителя заявлять возражения может стать недопущение возможности поручителя ссылаться на то, что основной договор является недействительным или незаключенным, а также на то, что долг должника перед кредитором не возник (например, кредит не был выдан, товар не был поставлен и т. п.) либо прекратился (например, должник надлежащим образом исполнил обязательство).

Если согласиться с тем, что формулировка ст. 364 ГК РФ охватывает все эти случаи ограничения возражений поручителя, то тогда поручительство превращается в *полностью неакцес-*

¹²⁶ См. обратное мнение: Крашенинников Е.А. К вопросу об изолированной уступке требования, обеспеченного поручительством // Очерки по торговому праву. Вып. 7. Ярославль, 2000. С. 60–62. Автор обосновывает свою точку зрения доводом о том, что при изолированной уступке обязательство поручителя не перестает быть акцессорным, так как, по его мнению, акцессорность проявляется лишь в том, что обеспечительное право не может возникнуть ранее обеспеченного права. Однако акцессорность возникновения представляет собой лишь одно из возможных проявлений этого принципа, и его действие никак не связано с проблемой изолированной уступки. Ср. также критику подхода Е.А. Крашенинникова у Л.А. Новоселовой: Новоселова Л.А. Сделки уступки права (требования) в коммерческой практике. Факторинг. М., 2003. С. 119–120, 124.

сорный способ обеспечения. Разумеется, сразу же возникает следующий вопрос: а где проходит граница между полностью неакцессорной банковской гарантией и поручительством, превращенным благодаря запрету в договоре поручительства поручителю ссылаться на возражения должника в такую же полностью неакцессорную личную обеспечительную конструкцию? Если согласиться с тем, что эта граница стирается (а, по всей видимости, при этом подходе так и есть), то это неизбежно означает, что разграничение гарантии (имеющей специального субъекта, который только и вправе выдавать независимое личное обеспечение!) и договорного неакцессорного поручительства утрачивает всякий смысл. Вряд ли это соответствует намерению законодателя; в противном случае он бы просто не выделял банковскую гарантию как самостоятельный способ обеспечения, а сконструировал бы ее как неакцессорную разновидность поручительства.

По всей видимости, диспозитивностью ст. 364 ГК РФ все же не охватывается возможность сторон договора поручительства *полностью* разорвать юридическую связь между поручительством и основным обязательством, т. е. ограничить ссылки поручителя на то, что обеспеченное обязательство прекратилось в связи с надлежащим исполнением или вообще не возникло (например, кредит никогда не выдавался). Я думаю, что это можно объяснить тем, что в данном случае речь идет даже не столько о возражениях должника, сколько о возражениях самого поручителя, основанных на ином аспекте акцессорности – акцессорности прекращения. А последнее качество поручительства, как показано выше, в законе сконструировано скорее как императивное.

Более сложным является вопрос об ограничении возможности поручителя ссылаться на то, что обеспеченный договор является недействительным. Л.А. Новоселова, допуская такое ограничение возражений поручителя, исходит из того, что поручитель, чье право ссылаться на недействительность основного договора ограничено, обеспечивает интерес кредитора по недействительному договору (обеспеченному таким поручительством), заключающийся в возврате того, что было им передано другой стороне¹²⁷.

Несмотря на то что это рассуждение имеет очень серьезные основания для существования и безусловно является верным, оно все-таки требует уточнения: как быть, если в недействительном договоре содержатся какие-либо иные обязательства, помимо собственно обязанности сделать предоставление кредитору, т. е. возратить кредит, уплатить цену товара и т. п.? Например, может ли кредитор в этом случае потребовать с поручителя суммы неустойки? Ведь очевидно, что при недействительности основного договора соглашение о неустойке между должником и кредитором также недействительно. Однако в силу ограничения возражений поручитель не может сослаться на это. Логика, предложенная Л.А. Новоселовой, в этом случае просто не сработает, ведь поручитель будет вынужден уплатить сумму, которую должник в рамках механизмов реституции уплачивать кредитору не обязан (ведь неустойка – обязательство ничтожно!). Следовательно, либо довод Л.А. Новоселовой должен быть уточнен, либо поиск защиты кредитора, сделавшего исполнение по недействительной сделке и требующего возвращения уплаченного, должен осуществляться в каких-то других направлениях.

Таким образом, акцессорность принудительной реализации требования поручителя по действующему российскому праву может быть существенно ослаблена договором поручительства; буквальное толкование закона (ст. 364 ГК РФ) вообще позволяет разорвать юридическую связь между обеспеченным долгом и обязательством поручителя.

Общий же вывод относительно проявлений акцессорности обязательства поручителя должен быть таков. Несмотря на то что по общему правилу поручительство все же является акцессорным обязательством, нормы ГК РФ, позволяющие обеспечивать будущие обязатель-

¹²⁷ Новоселова Л.А. К вопросу о возражениях в отношениях по поручительству // Меры обеспечения и меры ответственности в гражданском праве: Сб. ст. / рук. авт. кол. и отв. ред. М.А. Рожкова. М., 2010. С. 143–145.

ства, не предъявляя при этом жесткого стандарта описания условий обеспеченного долга, и допускающие ограничение возражений поручителя против требования кредитора, свидетельствуют о том, что и поручительство по действующему ГК РФ нельзя рассматривать как строго акцессорную конструкцию. Напротив, закон проявляет значительную гибкость в самых принципиальных проявлениях акцессорности – возникновении обеспечительного обязательства и возможности его принудительной реализации.

5. Реализация принципа акцессорности залога и поручительства в судебной практике

Как я уже писал во вводных замечаниях к данной работе, отечественные суды длительное время проявляли крайности консервативного толкования вполне себе либеральных, как мы теперь выяснили, норм ГК РФ о залоге и поручительстве, придавая повышенное значение тому обстоятельству, что эти две наиболее популярные обеспечительные конструкции являются акцессорными. Причем строгое толкование акцессорности залога или поручительства в значительном числе случаев приводило к тому, что обеспечение признавалось утратившим силу, т. е., строгая акцессорность обеспечения срабатывала против кредитора.

Против такого подхода довольно резко выступила высшая судебная инстанция, которая в нескольких делах, рассмотренных Президиумом ВАС РФ в порядке надзора, а затем и в постановлениях Пленума признала неверными подавляющее большинство подходов к акцессорности залога и поручительства, распространенных в практике судов. Далее я хотел бы осветить наиболее принципиальные позиции высшей судебной инстанции, имеющие значение для разбираемой тематики.

5.1. Залог

Акцессорность возникновения. Первое, на что я хотел бы обратить внимание в практике ВАС РФ по залоговому праву, – это тенденция к существенному ослаблению стандарта описания обеспеченного обязательства в договоре залога.

Недопущение разночтений в описании обязательства, обеспеченного залогом, в договоре залога и в договоре, породившем обеспеченное обязательство, некоторое время было задачей исключительно договорной техники, стремившейся к полному перенесению условий обеспеченного обязательства в договор залога. Однако такой практический прием, конечно, хотя и позволял снять сомнения в тождестве описаний долга в двух договорах (основном и обеспечительном), но порождал новую проблему: если в обеспеченном обязательстве изменяются условия, необходимо вносить и изменения в договор залога. Понятно, что все трудности, связанные с этим, имеют не доктринальный, а исключительно практический и организационный характер.

На мой взгляд, предъявление требования полной идентичности описаний обеспеченного обязательства в обеспеченном и обеспечительном договорах, причем под страхом признания договора залога незаключенной сделкой, – не более чем дань формальному толкованию норм ГК РФ и Федерального закона об ипотеке, причем неоправданный и необоснованный. Такой подход не учитывает, например, положения абз. 2 п. 1 ст. 50 Федерального закона об ипотеке, в соответствии с которыми при расхождении условий договора об ипотеке и условий обеспеченного ипотекой обязательства в отношении требований, которые могут быть удовлетворены путем обращения взыскания на заложенное имущество, предпочтение отдается условиям договора об ипотеке. Таким образом, законодатель установил специальное последствие расхождения условий обеспечиваемого обязательства в том виде, в каком они изложены в договоре ипотеки, и их описания в договоре, который породил эти обязательства: обязательства будут считаться обеспеченными только в том объеме, который следует из договора об ипотеке.

Важный аспект изучаемого вопроса: можно ли считать согласованными существенные условия договора залога, в случае если обеспеченное обязательство описано в нем не полностью? Приведем такой пример из практики Президиума ВАС РФ.

Между ОАО «Акционерный коммерческий Сберегательный банк Российской Федерации» (далее – банк) (кредитором) и ООО «Восток Граунд» (далее – общество «Восток Граунд») (заемщиком) заключен договор об открытии невозобновляемой кредитной линии.

В обеспечение исполнения обязательств по кредитному договору между банком (залогодержателем) и обществом «Владкасторг» (залогодателем) заключен договор ипотеки.

Общество «Владкасторг», ссылаясь на то, что в договоре ипотеки не согласованы все существенные условия обязательства, в обеспечение которого заключен договор, а именно: не определены сроки (периодичность) платежей по основному обязательству и их размер, порядок уплаты процентов, сроки (периодичность) и размер платы за пользование лимитом кредитной линии, условия платежей за обслуживание кредита, – обратилось в суд с требованием о признании договора ипотеки незаключенным.

Решением суда первой инстанции требование удовлетворено.

Постановлениями апелляционного и кассационного судов решение суда первой инстанции оставлено без изменения.

Суды удовлетворили исковое требование, руководствуясь положениями ст. 339 ГК РФ, ст. 9 Федерального закона об ипотеке, а также рекомендациями, изложенными в п. 43 Постановления Пленума ВС РФ № 6, Пленума ВАС РФ № 8 от 1 июля 1996 г. «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации»¹²⁸ (далее – Постановление № 6/8), указали на то, что согласно законодательству, регулиющему взаимоотношения по ипотеке, договор ипотеки должен содержать все условия обеспечиваемого обязательства (содержание, объем, срок исполнения).

Как установлено судами, оспариваемый договор ипотеки заключен в обеспечение исполнения обязательств по кредитному договору, в том числе обязательств по погашению основного долга, по уплате процентов за пользование кредитом и внесению других платежей по кредитному договору, по уплате неустойки. При этом договор ипотеки не содержит всех условий в отношении некоторых из вышеназванных обязательств, а именно: в нем не отражены порядок уплаты процентов за пользование кредитом, сроки (периодичность), порядок начисления процентов, порядок определения и условия оплаты за пользование лимитом кредитной линии, порядок определения и условия платы за обслуживание кредита.

Суды сочли, что, поскольку данные условия содержатся в кредитном договоре, в обеспечение исполнения обязательств по которому заключен договор ипотеки, эти условия являются существенными условиями договора ипотеки и должны были быть согласованы его сторонами.

Так как залогодателем по договору ипотеки и заемщиком-должником по основному обязательству являлись различные лица, суды отклонили довод банка о том, что договор ипотеки содержит условие об ознакомлении залогодателя со всеми условиями кредитного договора и его согласии отвечать за исполнение всех обязательств заемщика, и, сделав вывод о том, что сторонами по договору ипотеки не согласованы все существенные условия этого договора, признали его незаключенным.

Пересматривая дело в порядке надзора, Президиум ВАС РФ счел, что судебные акты подлежат отмене и отказал в иске по следующим основаниям.

По мнению высшей судебной инстанции, разрешая спор, суды не учли следующего.

В спорном договоре ипотеки содержатся условия о предмете ипотеки (нежилое помещение), общей залоговой стоимости предмета залога.

Договором ипотеки установлено, что предметом залога обеспечивается исполнение обществом «Восток Граунд» (заемщиком) обязательств, возникших на основании кредитного договора. Договором ипотеки определена сумма кредита (лимит кредитной линии), установлен срок возврата кредита, а также согласован график снижения размера ссудной задолженности с указанием сроков действия и размера задолженности, т. е. установлены сроки возврата кредита.

¹²⁸ РГ. 1996. 10, 13 авг.

Договор ипотеки, дополнительные соглашения к нему и ипотека зарегистрированы в органе по регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним.

Таким образом, Президиум ВАС РФ счел, что в договоре ипотеки определен предмет залога, дана его оценка, определены существо, размер и срок исполнения кредитного обязательства в части суммы основного долга.

Что же касается обязательства по уплате кредитору причитающихся ему процентов за пользование кредитом и иных обязательств, то договором ипотеки установлено, что порядок уплаты процентов, расчет платы за пользование лимитом кредитной линии и порядок платы за обслуживание кредита определены кредитным договором. Следовательно, по мнению надзорной инстанции, в договоре ипотеки не согласованы соответствующие условия, относящиеся к этим обязательствам. При этом отсылка в договоре ипотеки к условиям кредитного договора не может свидетельствовать о том, что стороны договора ипотеки согласовали эти условия, поскольку залогодателем по данному договору является третье лицо, не являющееся должником по кредитному договору, а сам кредитный договор, в отличие от договора ипотеки, не проходил государственной регистрации.

Однако, делая вывод о незаключенности договора ипотеки в целом на том основании, что стороны договора не согласовали условия о порядке уплаты процентов за пользование кредитом, а также о порядке внесения платы за открытие кредитной линии и платы за обслуживание кредита, суды, по мнению Президиума ВАС РФ, не учли, что сторонами были согласованы все существенные условия (размер, срок и существо обязательства), относящиеся к обеспеченному ипотекой обязательству по уплате должником суммы основного долга по кредитному договору, поэтому договор ипотеки не может считаться незаключенным. При этом то обстоятельство, что сторонами не были согласованы названные условия, означает только ограничение обеспечиваемых залогом требований уплатой суммы основного долга по кредитному договору в размере, согласованном сторонами, но не влечет за собой незаключенность договора ипотеки в целом¹²⁹.

В приведенном деле очень хорошо заметно, что, во-первых, довод залогодателя о незаключенности договора ипотеки является явной попыткой защититься от требования залогодержателя об обращении взыскания на предмет ипотеки; во-вторых, суды первых трех инстанций, поддерживавшие позицию залогодателя, проявили крайний юридический формализм и только поэтому допустили прекращение залога; в-третьих, надзорная инстанция, напротив же, продемонстрировала возможность весьма гибкого толкования положений ГК РФ и Федерального закона об ипотеке об обеспеченном залогом обязательстве.

Впоследствии правовая позиция, которую занял Президиум ВАС РФ в этом деле, была в абстрактном виде воспроизведена в абз. 3 п. 13 Постановления Пленума ВАС РФ от 17 февраля 2011 г. № 10 «О некоторых вопросах применения законодательства о залоге»¹³⁰ (далее – Постановление № 10). В нем же содержится и нормативное обоснование ответа на вопрос, почему отсутствие в договоре залога или какой-либо дефект в описании отдельных условий обеспеченного обязательства не влечет за собой отпадение акцессорного права залога: это положения ст. 337 ГК РФ, в соответствии с которой, если иное не предусмотрено договором, залог обеспечивает требование, в частности проценты, неустойку, возмещение убытков, причиненных просрочкой исполнения, а также возмещение необходимых расходов залогодержателя на содержание заложенной вещи и расходов по взысканию в том объеме, какой оно имеет к моменту удовлетворения.

Очевидно, что и в ситуации, когда в договоре залога просто не указаны проценты по кредиту, и в ситуации, когда они не могут считаться указанными (как в деле № 6737/10), сле-

¹²⁹ Постановление Президиума ВАС РФ от 15 февраля 2011 г. № 6737/10 // СПС «КонсультантПлюс».

¹³⁰ Вестник ВАС РФ. 2011. № 4.

дует полагать, что стороны договорились обеспечить залогом только основную сумму долга без процентов. Признать же договор залога незаключенным в данном случае было бы неверным именно с точки зрения той правовой идеи, которая реализована в ст. 337 ГК РФ.

Такой подход ВАС РФ, разумеется, не направлен напрямую против акцессорности залога. Он скорее имеет своей целью устранить неоправданные злоупотребления самой идеей тесной юридической связи основного долга и обеспечения.

Акцессорность объема требования. Намного более интересными являются правовые позиции Президиума ВАС РФ, связанные с оценкой различных последствий проявления идеи акцессорности объема требования залогодержателя.

В п. 13 Постановления № 10 содержится ответ на самый злободневный вопрос практики по залоговым делам: как влияет изменение обеспеченного обязательства на судьбу залога? Имеет ли при этом значение, кто является залогодателем – сам должник по обязательству или третье лицо?

Прежняя практика судов исходила из того, что при изменении обязательства (увеличении суммы долга, увеличении размера процентов по обязательству, изменении срока исполнения обязательства), в случае если залогодателем является не должник по обязательству, а третье лицо, залог прекращается.

Приведем такой пример из судебной практики. Суд, рассматривавший спор об обращении взыскания на заложенное имущество, установил, что из договора ипотеки следует, что залогом недвижимости было обеспечено обязательство по возврату кредита со сроком возврата до 14 марта 2002 г.

Однако дополнительным соглашением к соглашению об открытии кредитной линии банк и заемщик продлили срок погашения кредита до 13 сентября 2002 г.

Суд, рассматривая спор об обращении взыскания на предмет залога по такому долгу, рассуждал следующим образом. Согласно п. 1 ст. 453 ГК РФ при изменении договора обязательства сторон сохраняются в измененном виде. Однако в деле отсутствовали доказательства того, что банк и заемщик внесли в договор залога (ипотеки) соответствующие изменения, касающиеся установления нового срока исполнения обязательств по кредитному соглашению.

В итоге суд признал, что банком заявлено требование об обращении взыскания на заложенное имущество по обязательствам общества, не обеспеченным залогом¹³¹. Судя по всему, к такому же мнению склонялись и другие суды¹³².

Схожий подход к последствиям изменения основного обязательства по сохранению ипотеки был продемонстрирован окружным судом в следующем деле.

Разбирая спор между банком и заемщиком, суд установил, что стороны неоднократно изменяли срок исполнения кредитного обязательства заемщиком. Однако эти изменения не были отражены в договоре ипотеки.

Суд указал, что п. 4 ст. 9 Федерального закона об ипотеке установлено, что обязательство, обеспечиваемое ипотекой, должно быть названо в договоре об ипотеке с указанием его суммы, основания возникновения и срока исполнения. В тех случаях, когда это обязательство основано на каком-либо договоре, должны быть указаны стороны этого договора, дата и место его заключения.

Таким образом, указания в договоре залога о содержании, объеме и сроке исполнения обеспечиваемого обязательства, определенных основным договором, должны полностью соответствовать этому договору.

¹³¹ Постановление ФАС Северо-Западного округа от 12 мая 2003 г. № А56-25885/02 // СПС «КонсультантПлюс».

¹³² Постановления ФАС Восточно-Сибирского округа от 28 июля 2006 г. № А10-13838/05-Ф02-3815/06-С2, от 6 марта 2007 г. № А10-13838/05-Ф02-1006/07-С2; постановление ФАС Уральского округа от 21 декабря 2006 г. № Ф09-11291/06 // СПС «КонсультантПлюс».

Кредитным договором, заключенным между сторонами спора, установлено предоставление ответчику кредита в виде открытия кредитной линии в сумме 3 млн 200 тыс. руб. на срок до 1 ноября 2004 г. с начислением процентов за пользование кредитом в размере 21 % годовых. Аналогичное указание содержится в договоре об ипотеке со ссылкой на названный кредитный договор.

Дополнительным соглашением от 1 сентября 2005 г. к кредитному договору срок возврата кредита был продлен до 1 ноября 2006 г.

Между тем в деле не имеется и сторонами не представлено доказательств того, что банк и предприниматель-заемщик в установленном законом порядке (ст. 452, 339 ГК РФ) внесли в договор об ипотеке (залоге) соответствующие изменения, касающиеся установления нового срока исполнения обязательств по кредитному договору и указания на вышеуказанное дополнительное соглашение. В таких условиях требования банка по возврату кредита не могут считаться обеспеченными залогом недвижимого имущества.

Обращает на себя внимание то, что в приведенных делах суды подчеркивают, что залог прекращается, так как залогодателем является третье лицо, но не должник по обязательству. По всей видимости, эта позиция основана на уже обсуждавшейся выше идее: залоговое бремя, лежащее на вещи, не должно изменяться без ведома залогодателя.

Но в ситуации, когда залог предоставлен самим должником, суды, видимо, не обнаруживали повода для применения этой позиции и, как правило, отказывали в признании договора залога прекратившимся или незаключенным. Это вполне логично, ведь залогодатель, являясь одновременно должником по обязательству, обеспеченному залогом, всегда знает об изменении обязательства: он сам в этом изменении участвует, подписывая дополнительные соглашения к договору, например, кредита. Именно такой подход продемонстрировал, к примеру, Восьмой апелляционный суд в деле об обращении взыскания на предмет залога в связи с невозвратом выданного залогодателю кредита. Отметив, что изменение кредитного договора в части увеличения суммы основного долга по кредиту не подтверждается материалами дела, а увеличение процентной ставки по кредиту согласовано должником (залогодателем) в дополнительных соглашениях к кредитному договору, суд констатировал, что «статья 352 ГК РФ не предусматривает прекращение залога, в случае изменения обязательства, обеспеченного залогом...»¹³³.

Вместе с тем вряд ли рассуждения судов о том, что изменение обязательства прекращает залог, можно обосновать формальной логикой. Так, большая посылка силлогизма (залогодатель не согласен отвечать своей вещью по долгам должника свыше согласованной с ним суммы долга) и меньшая посылка силлогизма (кредитор и должник увеличили размер долга без согласия залогодателя) не находятся в отношении логического следования с выводом (следовательно, залог прекратился). Более правильным (с точки зрения формальной логики) представляется другой вывод: следовательно, сумма залогового обременения вещи, переданной в залог, не изменилась.

Не соответствуют позиции судов и юридической логике, в том числе основанной на идее акцессорности. Если рассматривать залог не просто как сделку, но как право залогодержателя (кредитора) на часть стоимости вещи, то совершенно непонятно, по какой причине право на часть стоимости вещи, обещанной залогодержателю, прекращается из-за изменения размера долга или каких-то иных условий обеспеченного обязательства. Это право может прекратиться в связи с истечением срока, на который было установлено обеспечение, прекращением обеспеченного залогом обязательства и некоторыми иными обстоятельствами, указанными в ст. 352 ГК РФ. Указания на то, что изменение обеспеченного залогом обязательства приводит к прекращению залога, в данной норме ГК РФ нет. Следовательно, залог сохраняется, но размер

¹³³ Постановление ФАС Уральского округа от 14 августа 2006 г. № Ф09-6885/06-С5 // СПС «КонсультантПлюс».

залогового обременения должен остаться неизменным. Именно в этом и заключается защита интересов залогодателя: залогодержатель не должен «извлечь» из стоимости заложенной вещи больше, чем ему было обещано.

Точно такими же должны быть рассуждения и относительно последствий увеличения размера процентов по обеспеченному требованию: будет считаться обеспеченным залогом требование с тем размером процентов, который указан в договоре залога.

К такому выводу Президиум ВАС РФ недавно пришел при рассмотрении конкретного дела в порядке надзора (Постановление Президиума ВАС РФ от 17 марта 2011 г. № 13819/10)¹³⁴. Так, Президиум ВАС РФ счел решения апелляционного и кассационного судов, отказавших банку в обращении взыскания на предмет залога со ссылкой на прекращение залога, неверными. Президиум указал, что увеличение процентов по кредитному обязательству не прекратило первоначальное обязательство, не изменило предмет или способ его исполнения, поэтому их нельзя признать новацией, т. е. заменой первоначального обязательства новым. В связи с этим основания для вывода о прекращении дополнительного обязательства в связи с новацией основного отсутствуют. Названные изменения не указаны в перечне оснований прекращения залога, содержащемся в ст. 352 ГК РФ. Кроме того, Президиум ВАС РФ подчеркнул, что сам по себе Федеральный закон об ипотеке допускает расхождения в условиях обеспеченного обязательства: в силу п. 1 ст. 50 Федерального закона об ипотеке при расхождении условий договора об ипотеке и условий обеспеченного ипотекой обязательства в отношении требований, которые могут быть удовлетворены путем обращения взыскания на заложенное имущество, предпочтение отдается условиям договора об ипотеке.

Таким образом, по мнению Президиума ВАС РФ, изменение размера обеспеченных залогом требований (в том числе вследствие изменения процентной ставки по кредиту) по сравнению с тем, как условие о размере обеспечиваемого обязательства указано в договоре залога, не является основанием для отказа в иске об обращении взыскания на заложенное имущество в связи с прекращением залога. При увеличении размера требований по основному обязательству залог обеспечивает обязательство должника в том размере, в котором оно существовало бы без такого изменения¹³⁵.

Намного более сложным является вопрос о том, что происходит с залогом при изменении срока исполнения обеспеченного обязательства (увеличение или уменьшение срока исполнения). В Постановлении № 10 разбирается случай увеличения срока исполнения обязательства, причем высшая судебная инстанция пришла к выводу о том, что и в этом случае залог сохраняет силу.

Логика рассуждений, которая привела суд к этому выводу, отражена в формулировке п. 13 Постановления № 10 и может быть проиллюстрирована на следующем примере.

Допустим, стороны заключили договор кредита со сроком исполнения 1 января 2011 г. Обязательство по возврату кредита было обеспечено залогом недвижимого имущества третьего лица. Впоследствии (в преддверии наступления срока возврата кредита) должник и кредитор заключили дополнительное соглашение о продлении срока возврата кредита до 1 июля 2011 г. Однако в договор ипотеки соответствующие изменения внесены не были (например, по причине уклонения залогодателя от подписания соответствующего дополнительного соглашения к договору ипотеки). В итоге к 1 июля 2011 г. обязательство по возврату кредита исполнено не было, и кредитор обратился в суд с иском об обращении взыскания на предмет залога. Следует ли удовлетворять такой иск?

Для ответа на этот вопрос необходимо разобраться в содержании залогового обременения с точки зрения подсчета срока, на который оно установлено. В договоре залога указыва-

¹³⁴ СПС «Консультант Плюс».

¹³⁵ Постановление Президиума ВАС РФ от 17 марта 2011 г. № 13819/10 // СПС «КонсультантПлюс».

ется срок исполнения обязательства, обеспеченного залогом. Однако само по себе наступление этого срока не прекращает залог (если иное, конечно, не установлено договором залога) – залогодержатель может предъявить иск об обращении взыскания на предмет залога в пределах срока исковой давности, исчисленного исходя из срока исполнения обязательства, который совпадает со сроком исковой давности по иску об обращении взыскания на предмет залога. Однако в случае увеличения срока исполнения обеспеченного обязательства эти два срока уже не совпадают: срок исковой давности по иску об обращении взыскания будет короче. Исходя из принципа стабильности положения залогодателя, следует считать, что увеличение срока исполнения обязательства само по себе не прекращает залогового обременения, однако если иск об обращении взыскания на предмет залога будет предъявлен за пределами срока исковой давности, определяемого в соответствии с положениями договора залога о сроке исполнения обеспеченного обязательства, то залогодатель вправе возражать против удовлетворения такого иска со ссылкой на пропуск истцом срока исковой давности.

Именно к этому выводу пришел Пленум ВАС РФ в предл. 2 абз. 2 п. 13 Постановления № 10.

Однако в этом Постановлении речь идет только об увеличении срока исполнения¹³⁶ (и именно поэтому основной аргумент высшей судебной инстанции – ссылка на предъявление иска об обращении взыскания на предмет залога в пределах срока исковой давности, подсчитанного исходя из содержания договора залога), но не о сокращении этого срока. Проблема сохранения залога при сокращении срока исполнения обязательства была разрешена Президиумом ВАС РФ в уже цитировавшемся деле № 13819/10. Президиум указал, что сокращение срока исполнения обеспеченного обязательства не влияет на размер ответственности залогодателя и потому не прекращает залог. В данном деле первоначально установленный срок исполнения обязательства по возврату кредита – 28 января 2010 г., новый срок исполнения – 1 ноября 2009 г., а иск об обращении взыскания был предъявлен 31 июля 2009 г., т. е. даже до истечения нового срока исполнения обязательства. На это обстоятельство в данном деле также обратила внимание высшая судебная инстанция.

На мой взгляд, довод о том, что и при сокращении срока залог сохраняется, обосновать довольно легко. Установление в договоре залога срока исполнения обязательства вовсе не гарантирует залогодателя – третье лицо от того, что залогодержатель не предъявит требование об обращении взыскания на предмет залога досрочно. Нашему законодательству известны как минимум три случая, в которых банк-кредитор имеет право досрочно потребовать исполнения обязательства по возврату кредита: это просрочка уплаты процентов (ст. 811 ГК РФ; кстати, именно это обстоятельство и имело место в последнем из процитированных дел); ухудшение обеспечения (ст. 813 ГК РФ); нарушение правил о целевом характере займа (ст. 814 ГК РФ). Иные основания для досрочного возврата кредита могут быть также установлены кредитным договором. Как мне представляется, риск того, что у залогодержателя появится право потребовать досрочного возврата кредита всегда лежит на залогодателе. А коль скоро это так, то его довод о том, что срок обязательства был сокращен, не имеет никакого значения при разрешении спора об обращении взыскания на предмет залога.

Таким образом, путем разрешения двух дел в порядке надзора и формулирования абстрактной правовой позиции в п. 13 Постановления № 10 высшая судебная инстанция по сути полностью поменяла практику судов по разрешению споров об обращении взыскания на предмет залога при изменении условий обеспеченного обязательства.

Такое изменение практики должно привести к устранению самой идеи о том, что акцессорность объема залога означает настолько жесткую связь залога и обеспеченного долга, что

¹³⁶ См. также Постановление Президиума ВАС РФ от 1 марта 2011 г. № 13910/10 (СПС «КонсультантПлюс»).

любая попытка его изменения без согласия лица, предоставившего обеспечение, прекращает залог.

Конечно, против подхода, предложенного в Постановлении № 10, можно возражать, в частности, таким образом: изменяя условия обязательства (увеличивая размер долга или процентов, сокращая срок исполнения), его стороны могут (в том числе и намеренно) увеличить риск неисполнения обязательства. Например, залогодатель, соглашаясь дать обеспечение по кредиту третьему лицу, исходил из того, что сумма кредита вполне может быть возвращена должником в течение трех лет, как это и было предусмотрено в договоре кредита. Но сокращение этого срока, к примеру, до шести месяцев вполне может привести к тому, что должник окажется неисправен, и вероятность того, что кредитор прибегнет к обращению взыскания на обеспечение, резко возрастает. То есть вроде бы залогодатель страдает, и его положение ухудшается.

Но против этого довода есть как минимум два соображения.

Первое: залогодатель, как я уже упоминал, всегда несет риск того, что к нему досрочно предъявят иск об обращении взыскания на предмет залога. Он несет риск того, что должник ликвидируется, окажется банкротом, у должника отзовут лицензию и пр. Но и общий риск коммерческой неисправности должника – это также риск именно залогодателя. Освобождение его от обязанности выдать кредитору за счет обеспечения денежную сумму просто уничтожит саму идею залога за третье лицо. Кроме того, не следует забывать и о том, что в наиболее одиозных случаях в целях защиты интересов залогодателя может появиться повод и для применения ст. 10 ГК РФ. Например, соглашением должника и кредитора без согласия залогодателя – третьего лица срок возврата кредита был сокращен с трех лет до одной недели. Понятно, что вряд ли в такой ситуации суд встанет на сторону залогодержателя и обратит взыскание на предмет залога. Скорее всего, в таком иске будет отказано именно со ссылкой на то, что залогодержатель и должник, изменив срок исполнения обязательства, обеспеченного залогом, допустили злоупотребление правом.

Второй довод в пользу позиции, занятой ВАС РФ, может быть таким. Российская коммерческая практика совершенно не знает случаев предоставления в залог своего имущества по долгам третьего лица на основе договора, заключаемого между залогодателем и должником. Подавляющее большинство случаев, когда залогодатель отдает свое имущество в залог по долгам другого лица, – это залог за аффилированное лицо (прежде всего с точки зрения структуры учредителей должника и залогодателя). В такой ситуации вообще не остается места для рассуждений об ухудшении положения залогодателя, ведь они, будучи по сути членами одной предпринимательской группы, должны считаться знающими обо всех изменениях в содержании обеспеченных залогом обязательств¹³⁷.

Другая правовая позиция, тесно связанная с проблемой акцессорности объема требования залогодержателя, содержится в предл. 2 п. 13 Постановления № 10, в котором высшая судебная инстанция высказалась в пользу допущения залога, который можно было бы условно назвать «обременение с «плавающим» размером». Так, стороны договора залога (в том числе заключенного и в обеспечение долгов третьего лица) вправе установить в договоре залога, что при увеличении или ином изменении обязательства залог обеспечивает его в той сумме, которая будет иметь место к моменту обращения взыскания на предмет залога (в нем могут измениться сумма долга, размер процентов по нему). Однако тот факт, что залогодатель заранее согласился с тем, что его вещь будет «отвечать» по долгу в том размере, который сложится в отношениях между залогодателем и залогодержателем, на мой взгляд, снимает проблему защиты интересов залогодателя третьего лица от изменения размера залогового обременения.

¹³⁷ Любопытно, что в цитированном мною деле № 13910/10 залогодателем выступало ЗАО «Предприятие «Стройинструмент»», а заемщиком – ООО «Предприятие «Стройинструмент»».

Для каких-то исключительных, вопиющих случаев, по всей видимости, будет действовать ст. 10 ГК РФ: суд просто откажет залогодержателю в иске об обращении взыскания на предмет залога со ссылкой на то, что кредитор и должник, изменив размер обязательства, допустили злоупотребление правом.

Конец ознакомительного фрагмента.

Текст предоставлен ООО «ЛитРес».

Прочитайте эту книгу целиком, [купив полную легальную версию](#) на ЛитРес.

Безопасно оплатить книгу можно банковской картой Visa, MasterCard, Maestro, со счета мобильного телефона, с платежного терминала, в салоне МТС или Связной, через PayPal, WebMoney, Яндекс.Деньги, QIWI Кошелек, бонусными картами или другим удобным Вам способом.