

ОГРАНИЧЕНИЕ ПОСЛЕДУЮЩЕГО ЗАЛОГА СОГЛАСИЕМ СТАРШЕГО ЗАЛОГОДЕРЖАТЕЛЯ

Роман Бевзенко, к.ю.н., профессор РШЧП

1. Недавняя реформа законодательства о залоге (§ 3 гл. 23 ГК РФ) породила один очень интересный вопрос, находящийся на стыке вещного и обязательственного права: вопрос о возможности и последствиях ограничения последующего (младшего) залога в договоре между предшествующим (старшим) залогодержателем.

Если вкратце описать суть проблемы, то она заключается в следующем.

Прежнее законодательство о залоге содержало норму, в соответствии с которой последующий залог допускался, если он не был запрещен законом или договором. Практика залоговых сделок свидетельствовала о том, что последующий залог запрещался предшествующим залогодержателем фактически в 100% случаев. Единственные случаи установления последующих залогов, которые могли быть обнаружены в России, - это примеры, когда вещь закладывалась одному и тому же банку в обеспечение нескольких кредитов (в ситуациях, когда по какой-то причине стороны предпочитали не вносить изменения в уже существующий кредитный договор, а заключать новый).

Однако такой фактический запрет установления младших залогов в отношении уже заложенного имущества был связан вовсе не с «эгоизмом» банков, выступавшим в роли «собаки на сене» и не подпускавшим конкурентов к стоимости один раз уже заложенной вещи. Скорее, такое негативное отношение к множественности залогов объяснялось совершеннейшим пробелом в вопросах регулирования стечения старших и младших залогов на одну вещь. В частности, было совершенно не ясно, что происходит с младшим залогом в случае если по старшему залогодержателю будет обращено взыскание на заложенное имущество, а младший залогодержатель не пожелает этим правом воспользоваться. Исходя из общего принципа следования залога за вещь, такой залог должен был сохраниться (как сохраняется обычный залог при продаже вещи залогодателем третьему лицу), каких-либо изъятий для случаев множественности залогов в ГК установлено не было.

Понятно, что такое решение совершенно уничтожает всю ценность залогового приоритета старшего залогодержателя. Предположим, что вещь стоит 100, она обременена старшим залогом на 70 и младшим на 20 (для упрощения примера проигнорируем факт начисления процентов за пользование кредитом и неустоек за просрочку должника). Если старший залогодержатель пожелает обратиться взыскание на предмет залога, а младший – нет, а вещь будет оценена (с учетом требования скорой продажи) в ходе реализации предмета залога, например, в сумме 80, то эта стоимость будет неизбежно дисконтироваться еще и на 20 (размер младшего обременения).

В итоге покупатель вещи будет готов за нее заплатить не более 60 (имея в виду возможное обращение взыскание по требованию младшего залогодержателя, которому придется выплатить 20). Получается, что в итоге старший залогодержатель получает не полностью свой долг (который составлял, напомню, 70), а только его часть – 60. В оставшейся части он остается не удовлетворенным. И виновником этой ситуации является ... младший залогодержатель, который не пожелал обратиться взыскание на залог.

Это выглядит довольно странно: смысл залогового старшинства как раз и заключается в том, чтобы отодвинуть всех других кредиторов залогодателя от стоимости заложенной вещи и занять

первое место, образно выражаясь, в очереди у «окошка в кассу за деньгами». Но, выходит, младший залог выступает своеобразным «якорем», который «утягивает» залоговое старшинство вниз. В результате совершенно парадоксальным образом младший залогодержатель оказывается в приоритетном положении по отношению к старшему залогодержателю.

Понятно, что в такой ситуации любой нормальный залогодержатель, имеющий старшинство, ни при каких обстоятельствах не допустит ухудшения своей позиции путем установления залогодателем последующего залога. Именно поэтому договорная практика банков и придерживалась крайне жесткой линии, направленной на договорное блокирование последующих залогов, благо соответствующие нормы и ГК РФ, и Закона об ипотеке позволяли это делать.

2. Довольно долгое время вопрос о последствиях нарушения такого договорного запрета разрешался крайне жестко и прямолинейно: последующие залого, установленные с нарушением запрета (либо согласия) залогодержателя объявлялись судами ничтожными по ст. 168 ГК РФ, так как они якобы нарушают предписание закона. Логика судов была такова: раз право запретить залог установлено законом, то и нарушение этого запрета будет посягать на законодательную норму; стало быть, сделка, совершенная в нарушение такого запрета будет ничтожной именно по ст. 168 Кодекса («сделка, не соответствующая требованию закона ... ничтожна»).

Вся абсурдность такого подхода проявила себя в деле «Россельхозбанк против Общества «Кристалл-Белл»», рассмотренном Президиумом ВАС РФ (постановление № 10683/09 от 08.12.2009), в котором обсуждался вопрос о действительности договора последующего залога, заключенного в нарушение запрета, установленного в договоре с предшествующим залогодержателем. Президиум ВАС отказался поддерживать мнение о ничтожности младшего залога, заключенного в нарушение запрета. В данном деле аргументация Суда заключалась в том, что Суд хотя и признал, что младший залог, установленный в нарушение старшего залога, *нарушает закон*, но, воспользовавшись оговоркой ст. 168 ГК об «иных последствиях нарушения закона» и обнаружив в ст. 351 Кодекса те самые «иные последствия» в виде права старшего залогодержателя на досрочное обращение взыскания на предмет залога, Президиум ВАС пришел к выводу о том, что младший залог является *действительным*. Дополнительно Президиум обратил внимание на то, что к моменту рассмотрения дела о действительности младшего залога старший залогодержатель воспользовался своим правом на досрочное обращение взыскания на предмет залога, заявив об установлении своего требования в реестре кредиторов залогодателя как обеспеченного залогом¹.

3. Последняя реформа залогового права (Закон 367-ФЗ) привнесла довольно серьезные изменения в регулирование залогового старшинства. Так, в п. 2 ст. 342 Кодекса было введено правило, устанавливающее свободу собственника предмета залога в установлении последующих залогов. Соответствующая норма теперь звучит следующим образом: «Последующий залог допускается, если иное не установлено законом»². Таким образом, законодатель явно и недвусмысленно дает понять, что он более не связывает силу младшего залога с наличием или отсутствием соответствующего запрета в договоре со старшим залогодержателем.

¹ Представляется, что данный пассаж представляет собой *obiter dictum* и содержательно иррелевантен для обсуждения интересующего меня вопроса.

² Ср. с прежней редакцией этой нормы: «Последующий залог допускается, если он не запрещен предшествующими договорами о залоге».

Такое резкое изменение подходов к возможности установления множественности залогов на одну и ту же вещь связано с тем, что, с одной стороны, законодатель стремится к тому, чтобы собственники дорогостоящего имущества имели возможность в полной мере извлекать выгоду из обладания им (в том числе, путем использования стоимости этого имущества для целей обеспечения кредитных обязательств), а с другой стороны, законодатель довольно радикально переработал и улучшил правила о залоговом старшинстве, устранив те недостатки прежнего регулирования, которые дестимулировали развития множественности залогов.

В самом ГК упоминается о том, что старший залогодержатель может установить «условия, на которых может быть заключен последующий договор залога», и тогда «такой договор залога должен быть заключен с соблюдением указанных условий. При нарушении указанных условий предшествующий залогодержатель вправе требовать от залогодателя возмещения причиненных этим убытков» (абз. 2 п. 2 ст. 342 ГК РФ). Из этой нормы совершенно недвусмысленно следует, что младший залог, установленный в нарушение выговоренных старшим залогодержателем условий, *является в полной мере действительным*, а последствия нарушения условий, предусмотренных старшим залогодержателем, заключаются во взыскании убытков с залогодателя.

Однако здесь все же не всё так просто. Дело в том, что в соответствии с п. 5 ст. 342 Кодекса «если последующий договор залога заключен с нарушением условий, предусмотренных для него предшествующим договором залога, о чем залогодержатель по последующему договору знал или должен был знать, его требования к залогодателю удовлетворяются с учетом условий предшествующего договора залога». Это означает, что в отношении недобросовестного младшего залогодержателя условия младшего залога, отклоняющиеся от ограничений, установленных старшим залогодержателем, не имеют силы, то есть, они ничтожны. Впрочем, разумеется, если впоследствии старший залогодержатель не будет настаивать на ограничениях либо иным образом будет вести себя так, как будто бы он дал согласие на отклонение младшего залога от этих ограничений, младший залог будет иметь силу в полном объеме (п. 5 ст. 166 ГК РФ).

Какие это могут быть условия? Мне представляется, что замысел законодателя в данном случае заключается в том, чтобы предоставить старшему залогодержателю возможность установить такие условия для младшего залогодержателя, которые позволят ему (старшему залогодержателю) наиболее комфортно для себя проводить процедуры обращения взыскания на предмет залога. Например, старший залогодержатель может ограничить сумму младшего залогового обременения (например, указав, что младший залог не может предоставлять такому залогодержателю право на удовлетворение из стоимости вещи в сумме более чем такая-то³; установив срок существования младшего залога; ограничив возможности младшего залогодержателя выбирать способы обращения взыскания и реализации предмета залога). Правильность этого вывода подтверждается только что процитированным п. 5 ст. 342 Кодекса, из которого следует, что условия, устанавливаемые старшим залогодержателем – это условия *удовлетворения требования младшего залогодержателя*.

4. Однако довольно быстро на практике возник вопрос: означает ли положение абз. 2 п. 2 ст. 342 ГК РФ о возможности установления условий, на которых может быть установлен младший залог, что старший залогодержатель вправе, к примеру, включить в договор залога условие о

³ Разумеется, если, к примеру, старший залогодержатель установит, что младший залог может быть установлен не более чем на 1 рубль, то такое условие может быть в зависимости от контекста заключения договора залога оценено как несправедливое и признано не связывающим залогодателя (п. 9 Постановления Пленума ВАС РФ № 16 от 14.03.2014).

необходимости получения его (старшего залогодержателя) согласия на установление младшего залога?

На первый взгляд, такое условие будет противоречить замыслу законодателя, направленному на стимулирование залоговой множественности в отношении дорогостоящих имуществ и потому вряд ли является правомерным.

Однако, как мне представляется, такое решение вряд ли правильное. Дело в том, что законодатель, несмотря на отмеченную тенденцию развития норм о старших и младших залогах, все же не установил явный запрет на де-факто блокирование младших залогов (ведь условие о согласии старшего залогодержателя, скорее всего, приведет к тому, что такое согласие никогда не будет дано).

Вряд ли получится квалифицировать запрет обуславливать младший залог согласием старшего залогодержателя как *подразумеваемый* нормами залогового права. Все же возможность множественности залоговых прав на одну и ту же вещь не относится к ключевым, существенным свойствам залоговых норм, поэтому и блокирование множественности залогов не может быть оцесено как установление договорного запрета, противоречащего существу законодательного регулирования (п. 3 Постановления Пленума ВАС РФ № 16 от 14.03.2014).

Однако, с другой стороны, возможность установления условия о согласии на младший залог совершенно точно не может быть объяснена при помощи абз. 2 п. 2 ст. 342 Кодекса. Как я уже показал, положения п. 5 ст. 342 ГК РФ недвусмысленно дают понять, что речь идет об условиях, ограничивающих способы и объем удовлетворения последующего залогодержателя, но не об условиях возникновения последующего залога в целом.

5. Мне представляется, что возможность включения в договор залога условия о необходимости получения согласия старшего залогодержателя на установление младшего залога следует выводить из общего принципа свободы договора: можно все, что не запрещено (прямо или подразумевается). Выше я показал, что такое ограничение свободы установления младшего залога не запрещено законом – ни явно, ни подразумевается; следовательно, оно допустимо.

Разумеется, условие о необходимости получения залогодателем согласия на младший залог не будет противоречить ст. 9 ГК РФ, потому оно по сути представляет собой обязательство с негативным содержанием (ст. 397 ГК РФ), ограниченное по времени и достаточно определенное по содержанию и обусловленное имущественным предоставлением в виде кредита⁴: «Пока действует этот залог, обязуюсь не заключать другой договор залога без согласия старшего залогодержателя».

Следовательно, принятие залогодателем обязательства вообще не заключать другой договор залога или же не заключать его иначе чем с согласия старшего залогодержателя не противоречит закону, оно вполне допустимо.

6. Однако самые интересные вопросы возникают в случае если это обязательство будет залогодателем нарушено.

⁴ Представляется, что эти два обстоятельства являются решающими при обсуждении вопроса о том, следует или нет применять ст. 9 к различного рода добровольным ограничениям правовых возможностей.

Кажется, ситуации заключения договора последующего залога с нарушением обязательства не заключать его (заключать только с согласия старшего залогодержателя) распадаются на два довольно четко противостоящих друг друга случая: когда младший залогодержатель знал или должен был знать о старшем залоге и когда он о нем не знал и не мог знать.

В сфере залога недвижимости, а теперь и в сфере залога движимого имущества - после введения системы публичных залоговых извещений о залоге движимости – ситуация, когда младший залогодержатель не знал и не мог знать о залоге, фактически сводятся к случаю неправомерного удаления из реестров записей о залоге (погашения записей ЕГРП или уведомления о залоге имущества, не относящегося к недвижимости) на основании подложных или ошибочных документов (например, поддельных доверенностей от залогодержателя и т.п.).

Впрочем, возможны еще более экзотические ситуации: например, сначала был установлен заклад, затем предмет залога был выкраден залогодателем и заложен второй раз. Впрочем, решение и этой, и перечисленных выше ситуаций должно быть одинаковым.

Общий подход должен быть таким: добросовестный младший залогодержатель, полагавшийся на реестр, должен быть защищен путем признания за ним того старшинства, на которое он мог рассчитывать исходя из данных реестров. Исключением из этого правила, по всей видимости, будет только случай, когда записи реестров были изменены на основании подлога, совершенного залогодателем или по его указанию третьим лицом, не имеющим при этом отношения к залогодержателю.

Более сложной является ситуация, когда младший залогодержатель, знал или должен был знать о залоге. Прежде всего, следует определиться, достаточен ли сам факт того, что информация о старшем залоге была доступна младшему залогодержателю, для того, чтобы вменить тому обязанность проверить, а нет ли в старшем залоге условия, запрещающего либо обуславливающего младший залог согласием старшего залогодержателя? Как мне представляется, ответ на этот вопрос должен быть положительным. Исходя из представления о стандарте усредненного разумного и осмотрительного поведения, тяжело себе представить младшего залогодержателя, устанавливающего обременение на вещь и не интересующегося содержанием обременения, установленного ранее: ведь оно по своему размеру может быть таково, что сведет обеспечительную функцию младшего залога к нулю. Таким образом, всякий разумный младший залогодержатель неизбежно будет интересоваться содержанием старшего обременения. Следовательно, он будет знать и об ограничениях в установлении младших залогов.

Наконец, самый главный вопрос: может ли старший залогодержатель требовать признания недействительным младшего залога, установленного в пользу недобросовестного младшего залогодержателя с нарушением соответствующего запрета либо без согласия старшего залогодержателя.

Как мне представляется, по общему правилу ответ на этот вопрос должен быть отрицательным. Это связано со следующими обстоятельствами.

Во-первых, изменения, которые претерпела ст. 342 ГК РФ, теперь совершенно точно исключают саму возможность обсуждения применения ст. 168 ГК РФ к последующему залогу, установленному в нарушение соответствующего запрета или ограничения, так как, совершая такое

действие, залогодатель нарушает не закон, а обязательство, данное им своему контрагенту – старшему залогодержателю.

Во-вторых, не применимы к отношениям сторон и положения новой ст. 173.1 ГК РФ («Недействительность сделки, совершенной без согласия»), так как в ней речь идет о случаях нарушения правил о согласования сделки, когда необходимость такого согласия предусмотрена законом. В рассматриваемом случае необходимость получения согласия на последующий залог устанавливается *договором*.

В-третьих, старший залогодержатель довольно серьезно защищен другим инструментарием залогового права. У него есть право потребовать досрочного обращения взыскания на предмет залога. При этом, напомню, будет действовать новое правило ГК РФ о том, что младший залогодержатель либо должен присоединиться к старшему залогодержателю в процедуре обращения взыскания и удовлетвориться в соответствии с принадлежащим ему залоговым старшинством, либо он утратит залог. Следовательно, более не актуальной для старшего залогодержателя является упомянутая мною выше угроза «якоря» в виде последующего залога, который может существенно дисконтировать стоимость заложенного имущества.

В-четвертых, наконец, залогодержатель вполне может в договоре предшествующего залога установить санкции за нарушение правил о согласовании последующих залогов в виде штрафов, которые также подлежат взысканию с залогодателя. Равным образом взысканию подлежат и убытки, причиненные нарушением залогодателем обязательства согласовывать со старшим залогодержателем младшие залогов.

Единственное «оружие», приводящее к недействительности младшего залога, которое может быть доступно старшему залогодержателю для разрешения конфликта с залогодателем и младшим залогодержателем, на мой взгляд, это ссылка на ст. 10 ГК РФ и доказывание того факта, что залогодатель и младший залогодержатель, заключая договор последующего залога, злоупотребили правом.

Как мне представляется, для того, чтобы младший залог был признан ничтожным по ст. 1 (п. 4), 10, 169 ГК РФ необходимо, чтобы: (а) было доказано, что младший залогодержатель не просто должен был знать, но именно знал (!) о запрете и (б) установление младшего залога причиняло бы существенный вред старшему залогодержателю. В этом случае, по всей видимости, только и можно ставить вопрос о защите старшего залогодержателя путем признания младшего залога ничтожным. Эти условия, разумеется, строже, чем простое предположение «знал или мог знать», и это, на мой взгляд, верно: ведь ничтожность младшего залога должна быть санкцией за намеренное и недобросовестное вторжение в чужие отношения, причинившее существенный вред добросовестной стороне.

Отдельно следует обсудить ситуацию с государственной регистрацией младшей ипотеки в случае, когда она была запрещена старшей ипотекой или же обусловлена согласием старшего залогодержателя.

На мой взгляд, сегодня Закон о государственной регистрации прав не содержит инструментов, при помощи которых регистрирующий орган мог бы отказать в регистрации младшей ипотеки, установленной без согласия старшего залогодержателя. Такая сделка не нарушает закон, она не

является оспоримой. Поэтому требование регистрирующего органа предъявить письменное согласие старшего залогодержателя не будет соответствовать закону.

При этом вряд ли такое регулирование является удачным. Оно, вместо того, чтобы предотвращать споры, напротив, провоцирует их. Между тем, задача реестра, помимо прочего, заключается в том, чтобы создать такой правовой режим, который бы совершенно исключил даже потенциальную возможность нарушения интересов обладателей вещных прав на недвижимость.

По всей видимости, целесообразным было бы установление в готовящемся к принятию новом законе о регистрации прав на недвижимое имущество правил, позволяющих собственнику недвижимости запрещать регистрирующему органу вносить записи о правах третьих лиц без согласия на то определенного лица (залогодержателя, покупателя, супруга и т.п.).