

Гришанов В.А. Ипотека для надлежащего исполнения требований из банковской гарантии и иных способов обеспечения обязательств. - Система ГАРАНТ, 2011.

Автор

Василий Гришанов - партнер PTi Lawyers

Ипотека для надлежащего исполнения требований из банковской гарантии и иных способов обеспечения обязательств*(1)

Ипотека как способ обеспечения обязательств широко используется в качестве правового инструмента, повышающего надежность возврата инвестиций. Применение данного обеспечительного средства на практике не вызывает значительных сложностей. Исключение составляет, пожалуй, достаточно непростой процесс государственной регистрации ипотеки (с 2008 г. совершается Федеральной службой государственной регистрации, кадастра и картографии).

Как правило, ипотека обеспечивает обязанности должников из договоров кредита либо займа. Вместе с тем, согласно **ст. 2** Федерального закона "Об ипотеке (залоге недвижимости)" от 16 июля 1998 г. N 102-ФЗ (далее - Закон об ипотеке), ипотека может быть установлена не только в связи с двумя указанными видами соглашений, но и в обеспечение иных обязательств, основанных на купле-продаже, аренде, подряде и других договорах, а также причинении вреда.

Случаи, когда ипотекой обеспечиваются другие обязательства, кроме кредита и займа достаточно редки. Примером является регистрация ипотеки на основании требований закона. Например, вследствие договора купли-продажи недвижимого имущества при продаже его в кредит (**п. 5 ст. 488** Гражданского кодекса Российской Федерации). Другой иллюстрацией может служить ипотека земельного участка в обеспечение исполнения обязанностей застройщика перед участниками долевого строительства на основании **ст. 13** Федерального закона от 30 декабря 2004 N 214-ФЗ "Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации". Но и в этих случаях залог неразрывно связан с экономическими отношениями по кредитованию*(2).

Самыми редкими и нестандартными, но от этого не менее значимыми для их участников, являются ситуации, когда ипотека обеспечивает такое обязательство, которое само по себе является способом обеспечения основного обязательства.

Речь идет о договорах ипотеки, которые направлены на обеспечение банковской гарантии, поручительства или из гарантии, подчиненной иностранному праву. В последнем случае одной из сторон основного обязательства (гарантии или поручительства) является юридическое лицо, не являющееся резидентом России. Напомним, что **ст. 1213** Гражданского кодекса Российской Федерации требует, чтобы к договорам в отношении находящегося на территории нашей страны недвижимого имущества применялось российское право.

Гарант или поручитель, принимая на себя обязательства перед третьим лицом оплатить за должника (принципала) определенную денежную сумму, разумно требуют от такого должника предоставления обеспечения надлежащего исполнения регрессных

требований, которые переходят от кредитора (бенефициара) к гаранту (поручителю) при исполнении ими обязательств перед кредитором по основному соглашению. Чаще всего в качестве обеспечения гаранты (поручители) настаивают на заключении договоров ипотеки. Именно такие нестандартные договоры ипотеки и вызвали у государственного регистратора наибольшие затруднения при осуществлении правовой экспертизы представленных на регистрацию документов и зачастую влекли приостановку регистрационных действий или вовсе отказ в регистрации такой ипотеки.

В большинстве случаев, гаранты (поручители) не готовы предоставлять гарантии (поручительства) должнику (заемщику) до момента, пока ипотека в обеспечение возможных регрессных требований не пройдет государственную регистрацию. Следовательно, задержка или отказ в регистрации ипотеки крайне нежелателен как для кредитора и гаранта (поручителя), так и для заемщика (для которого быстрое привлечение необходимых финансовых ресурсов становится зачастую вопросом выживания его бизнеса).

Следует отметить, что в юридической литературе давно ведется дискуссия о законности "обеспечения обеспечения"***(3)**. Доктрина не отрицает обеспечение обязательства, которые сами по себе являются способами обеспечения надлежащего исполнения действий должника, если при этом не нарушаются требования разумности и добросовестности участников гражданского оборота.

Порядок государственной регистрации ипотеки определяется **Федеральным законом** Российской Федерации "О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним" от 2 июля 1997 г. N 122-ФЗ (далее - Закон о регистрации), **Законом** об ипотеке и "**Инструкцией** о порядке государственной регистрации ипотеки объектов недвижимого имущества", утвержденной Министерством юстиции Российской Федерации***(4)**. Указанные нормативные документы не содержат описания каких-либо особенностей регистрации ипотеки, которая обеспечивает иные способы обеспечения. Поэтому регистрация таких договоров об ипотеке должна осуществляться по общим правилам.

До 2008 г. государственные органы в большинстве случаев отказывали в регистрации подобных нестандартных договоров ипотеки, в том числе тех, которые обеспечивали обязательства, вытекающие из банковской гарантии. В качестве основания отказа следовала ссылка на **абз. 4 п. 1 ст. 20** Федерального закона Российской Федерации от 21 июля 1997 N 122-ФЗ "О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним". Указывалось, что представленные на государственную регистрацию документы по форме и содержанию не соответствуют требованиям действующего законодательства: договор ипотеки является мнимым, ввиду того, что он обеспечивает не вступившее в силу обязательство, не являющейся основным обязательством. При этом, в качестве аргументов, приводились **п. 1 ст. 307, ст. 368, 369, 373** Гражданского кодекса Российской Федерации. Указывалось, что по договору о предоставлении банковской гарантии обязательства еще не возникли и что банковская гарантия не может быть обеспечена ипотекой, поскольку не является самостоятельным обязательством. Известна и ссылка на то, что обеспечение ипотекой несуществующего обязательства законодательством не предусмотрено (такое основание, в частности, содержится в письменном отказе управления Федеральной регистрационной службы по г. Москве относительно регистрации договора ипотеки между ОАО "Банк Зенит" и ЗАО "Тратта-Центр", который был оспорен в судебном порядке***(5)**).

Как известно, обязательство по осуществлению платежей по банковской гарантии или по договору поручительства возникает только в случае неисполнения должником основного обязательства. То есть в данном случае ипотека действительно

обеспечивает обязательство, которое только может возникнуть в будущем в случае ненадлежащего исполнения основным должником его обязанностей по основному обязательству (например, по договору кредита или займа).

В результате, стороны аналогичных договоров ипотеки зачастую были вынуждены обращаться в суд с требованиями о признании незаконными отказов в государственной регистрации ипотеки, которая обеспечивает другой обеспечительный инструмент.

Следует отметить, что существующая судебная практика по данному вопросу в основном посвящена спорам в отношении отказа в государственной регистрации ипотек, обеспечивающих обязательства, вытекающие из банковской гарантии и договоров поручительства. Суды в большинстве случаев становились на сторону заявителей и удовлетворяли их требования. На основании судебных актов производилась государственная регистрация указанных договоров ипотеки*(6). Арбитражами был сделан обоснованный вывод о том, что "действующим законодательством не предусмотрен запрет на обеспечение залогом обязательств, вытекающих из договора поручительства (обеспечение обеспечения)"*(7).

Суды при принятии решения руководствовались тремя доводами.

Во-первых, исходя из особенности правовой природы договора ипотеки, он может быть заключен также в отношении обязательства, которое возникнет в будущем*(8). Как неоднократно подчеркивали суды из **п. 3 ст. 4** Закона Российской Федерации от 29 мая 1992 N 2872-1 "О залоге"*(9) следует, что залог может устанавливаться в отношении требований, которые возникнут в будущем, при условии, что стороны договорятся о размере обеспечения залогом таких требований. Важно помнить, что в данном случае права залогодержателя возникают с момента возникновения обеспечиваемого ипотекой обязательства, а не регистрации договора (**п. 3 ст. 11** Закона об ипотеке);

Во-вторых, как было уже отмечено, в соответствии со **ст. 2** Закона об ипотеке ипотека может быть установлена в обеспечение обязательств по ряду договоров, из причинения вреда, и иным, если иное не предусмотрено федеральным законом.

В-третьих, в **Законе** об ипотеке отсутствует норма, запрещающая использовать ипотеку в качестве способа обеспечения исполнения обязательств, возникших из банковской гарантии и договора о предоставлении банковской гарантии, а также из поручительства.

Отметим, что в **п. 3.3.2 раздела V** Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации, одобренной Советом при Президенте России по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства 7 октября 2009 г., справедливо отмечается, что в новой редакции **Гражданского кодекса** следует предусмотреть положения, закрепляющие независимость гарантийного обязательства гаранта перед бенефициаром как от обеспечиваемого обязательства, так и от отношений гаранта с принципалом.

Таким образом, ипотека может обеспечивать обязательства как гаранта (поручителя), возникшие из банковской гарантии (договора поручительства), так и принципала по удовлетворению регрессных требований гаранта (поручителя), возникшие из договора о предоставлении банковской гарантии (поручительства) и факта выплаты гарантом (поручителем) суммы банковской гарантии (поручительства) по требованию бенефициара.

Указанным выше судебным решениям 2008 г. предшествовала опубликованная "Гарантом" переписка Ассоциации российских банков с Министерством юстиции Российской Федерации*(10). Министерство, как и научное сообщество*(11), солидаризировалось в данном вопросе с объединением банков*(12). Причем

поддержанные впоследствии судами и Министерством юстиции оценки Ассоциации в 2007 г. не получили обоснованного ответа действовавшей в тот период Федеральной регистрационной службы*(13).

Следует отметить, что на настоящий момент нет устоявшейся судебной практики в отношении споров об отказе в регистрации договоров ипотеки, которые бы обеспечивали регрессные обязательства, вытекающие из договора гарантии по праву иной юрисдикции, когда гарант не является резидентом Российской Федерации. Однако при возникновении такого спора суды, вероятнее всего, будут использовать те же аргументы, что и в отношении споров по отказу в регистрации ипотек, обеспечивающих обязательства, вытекающие из банковской гарантии и поручительства.

Несмотря на наличие судебных precedентов, которые посвящены в основном спорам по отказу в регистрации ипотеки, обеспечивающей обязательства из банковской гарантии и поручительства, следует отметить, что до настоящего времени практика регистрации нестандартных договоров ипотеки (когда в качестве обеспечиваемого обязательства выступает другое обязательство, вытекающее из обеспечительных инструментов) окончательно не сложилась. До сих пор встречаются случаи отказа в регистрации таких ипотек регистрирующим органом. Так, сделанный ранее вывод о том, что "действующим законодательством не предусмотрен запрет на обеспечение залогом обязательств, вытекающих из договора поручительства" суды опять были вынуждены повторить уже в 2010 г.*(14)

Следует прогнозировать возможные сложности при государственной регистрации договоров ипотеки, которые обеспечивают обязательства, вытекающие из поручительства или гарантий по праву иных юрисдикций.

В целях минимизации риска получения отказа в регистрации таких договоров ипотек (помимо специфики обеспечиваемых ими обязательств) следует не забывать и о необходимости исполнения общих требований действующего российского законодательства, предъявляемых к содержанию соглашения об ипотеке (ст. 9 Закона об ипотеке). Особенностью текста договора ипотеки (обеспечивающего другой обеспечительный инструмент), является то, что в них целесообразно указывать обеспечиваемое обязательство со ссылкой на то, что оно возникает из совокупности оснований:

а) обеспечиваемого обеспечительного инструмента (банковской гарантии, поручительства, гарантии по иностранному праву);

б) основного обязательства, которое обеспечивается таким обеспечительным инструментом (договоров кредита или займа, и других).

Подчеркнем, что в таком договоре об ипотеке, необходимо подробно описать и основное (условно можно использовать прилагательное "первое") обязательство - 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. Если сумма обеспечиваемого ипотекой обязательства подлежит определению в будущем, в договоре об ипотеке должны быть указаны порядок и другие необходимые условия ее определения. Если основное обязательство подлежит исполнению по частям, в договоре об ипотеке должны быть указаны сроки (периодичность) соответствующих платежей и их размеры либо условия, позволяющие определить эти размеры.

Отсутствие в тексте договора об ипотеке указанных выше положений помимо риска отказа в государственной регистрации договора, создает также и риск последующего оспаривания такого договора об ипотеке, даже если он был зарегистрирован.*(15)

Рассмотрим еще одну ситуацию, складывающуюся в правоприменительной практике. По требованию кредитора (бенефициара) возникает необходимость зарегистрировать ипотеку имущества гаранта (поручителя) в обеспечение обязательств гаранта (поручителя) перед кредитором (бенефициаром) по надлежащему исполнению гарантом (поручителем) его обязательств (выданных в интересах должника по основному обязательству). Оговоримся, что такие ситуации встречаются очень редко. Ведь кредитору (бенефициару) в такой ситуации целесообразнее настаивать на ипотеке, которая бы обеспечивала основное обязательство напрямую, а не обязательства гаранта (поручителя) перед кредитором (бенефициаром) по обеспечительному инструменту. Однако все же подобные соглашения заключаются.

Причины, по которым возникает необходимость регистрации ипотеки в обеспечение обязательств гаранта (поручителя) перед кредитором (бенефициаром), то есть обязательств вытекающих из другого обеспечительного инструмента, могут быть самыми разными. Чаще всего такая необходимость вытекает из условий выдачи кредита (предоставления займа), которые в свою очередь продиктованы внутренними корпоративными стандартами кредитора. Другой пример: заемщиками (должниками), являются крупные холдинговые структуры, когда кредит (заем) предоставляется одной или несколькими компаниями, входящим в холдинговую структуру, а обеспечением предоставленного кредита (займа) служат:

а) ипотека недвижимого имущества, принадлежащего всем или большинству компаний, входящим в такую холдинговую структуру и являющихся заемщиками;

б) поручительство (гарантия) компаний, входящих в холдинговую структуру (но не являющихся заемщиками) за исполнение обязательств заемщиками перед кредитором;

в) ипотека недвижимого имущества, принадлежащих таким юридическим лицам (гарантам или поручителям), обеспечивающая обязательства гарантов (поручителей) по таким договорам поручительства или гарантии перед кредитором (бенефициаром).

В отношении таких договоров ипотеки следует также руководствоваться положениями действующего **законодательства** и судебной практики относительно возможности обеспечения ипотекой обязательств, вытекающих из обеспечительных инструментов.

Подводя итог, следует сделать следующие выводы:

1. Договоры ипотеки, заключенные в обеспечение обязательств вытекающих из обеспечительных инструментов являются законными и действительными по **законодательству** Российской Федерации (естественно, при условии отражения в них всех существенных условий, установленных действующими российскими нормативно-правовыми актами).

2. Для минимизации рисков отказа в регистрации таких договоров ипотеки, целесообразно в тексте таких договоров подробно определить обеспечиваемые обязательства (причем как обязательства, вытекающие из обеспечительного инструмента, так и основные обязательства. Ведь необходимость исполнения первых следует из неисполнения последних).

3. В случае отказа государственного органа в регистрации таких договоров ипотеки возможно оспаривание отказа в судебном порядке, обоснованное сложившейся судебной практикой по аналогичным делам.

Список литературы:

Бевзенко Р.С. Существенные условия договора ипотеки в арбитражной практике

// **Законодательство**. 2008. N 9.

Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Общие положения. 3-е изд., стереотипное. М., 2001. Кн. 1.

Буркова А.Ю. Договор о выдаче банковской гарантии и его обеспечение // Банковское право. 2007. N 1

Вильданова М.М. Некоторые аспекты развития института обеспечения исполнения обязательств в России // **Журнал российского права**. 2011. N 2.

Гришаев С.П. **Комментарий к Федеральному закону "Об ипотеке (залоге недвижимости)"**. - Система ГАРАНТ, 2010.

Гурин Н., Недороскова Л. Правовое регулирование ипотеки в свете последних изменений в законодательстве // **Корпоративный юрист**. 2010. N 1.

Ерпылева Н.Ю. Банковские гарантии в международном банковском праве: современные тенденции регулирования // **Законодательство и экономика**. 2010. N 5.

Зинченко С.А. О понятии и классификации способов обеспечения обязательств // **Законы России: опыт, анализ, практика**. 2006. N 6.

Кайль А.Н. **Комментарий к Федеральному закону от 16.07.1998 N 102-ФЗ "Об ипотеке (залоге недвижимости)" (постатейный)**. - Система ГАРАНТ, 2009.

Маковский А.Л. О кодификации гражданского права (1922-2006). М., 2010.

Мильков М. Комплекс правоотношений, возникающих в процессе обеспечения исполнения обязательства // **Судья**. 2010. N 2.

Понька В.Ф. К вопросу о роли банков в ипотечной системе Российской Федерации // **Законодательство и экономика**. 2010. N 5.

Саблин М.Т. **Взыскание долгов: от профилактики до принуждения: практическое руководство по управлению дебиторской задолженностью**. М., 2011.

В. Гришанов,
партнер PTi Lawyers

* (1) В основе статьи - материалы, подготовленные автором для серии практикумов PTi Lawyers в МГИМО (У) МИД России в рамках проекта "Юридическая лаборатория". Компания "Гарант" участвовала в проведении занятий практикующих юристов с магистрантами, а также серии и деловых игр, круглых столов и студенческих конференций в МГИМО на основании договора о сотрудничестве с университетом МИД России.

* (2) Сарнаков И.В. Потребительское кредитование в России: теория, практика, законодательство. М., 2010.

* (3) См. об этом: Гришин Д.А. Неустойка: теория, практика, законодательство. М., 2005; Кайль А.Н. **Комментарий к Федеральному закону от 16 июля 1998 N 102-ФЗ "Об ипотеке (залоге недвижимости)" (постатейный)**. - Система ГАРАНТ, 2009.

* (4) **Приказ** Министерства юстиции Российской Федерации N 213 от 15 июня 2006 г. "Об утверждении Инструкции о порядке государственной регистрации ипотеки объектов недвижимого имущества".

* (5) **Постановление** Федерального арбитражного суда Московского округа от 18 июня 2008 г. N КГ-А40/2072-08.

* (6) **Определение** Высшего арбитражного суда Российской Федерации от 24 апреля 2008 г. N 5394/08; **Определение** Высшего арбитражного суда Российской Федерации от 17 октября 2008 г. N 13294/08; **Постановление** Федерального арбитражного суда Московского округа от 17 июля 2008 г. N КГ-А40/5216-08;

Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 20 июня 2008 г. N КГ-А40/5232-08; **Постановление** Федерального арбитражного суда Московского округа от 18 июня 2008 г. N КГ-А40/2072-08; **Постановление** Федерального арбитражного суда Уральского округа от 26 июня 2008 г. N Ф09-4554/08-С6; **Постановление** Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 4 апреля 2008 N 17АП-1652/2008-ГК по делу N А50-17307/2007. Указанные документы содержатся в системе "Гарант". В литературе отмечалось, что и ранее арбитражи признавали подобные договоры ипотеки. См.: Решение Арбитражного суда Московской области от 30 марта 2006, 5 апреля 2006 по делу N А41-К1-3723/06. Решение было подтверждено в апелляционной инстанции (Постановление Десятого арбитражного апелляционного суда от 14 июня 2006, 16 июня 2006 по делу N А41-К1-3723/06).

*(7) **Постановление** Федерального арбитражного суда Уральского округа N Ф09-4554/08-С6 от 26 июня 2008.

*(8) Укажем на одно из последних судебных решений, подтверждающих данный тезис: **Постановление** Федерального арбитражного суда Московского округа N КГ-А40/8696-09 от 10 сентября 2009 г. Документ содержится в системе "Гарант". В литературе высказываются и иные оценки. См., например: Бевзенко Р.С. Существенные условия договора ипотеки в арбитражной практике // **Законодательство**. 2008. N 9.

*(9) Данный **закон** в отношении залога недвижимого имущества применяется в части, не противоречащей **Закону** "Об ипотеке (залоге недвижимости)".

*(10) **Письмо** Ассоциации российских банков от 1 октября 2007 г. N А-01/5-508 "О практике органов ФРС России по регистрации ипотеки"; Письмо Ассоциация российских банков от 14 февраля 2008 г. N А-01/5-72 "О позиции Минюста России по вопросам регистрации ипотеки". // Документы содержатся в системе "Гарант".

*(11) Буркова А.Ю. Договор о выдаче банковской гарантии и его обеспечение // **Банковское право**. 2007. N 1.

*(12) **Письмо** Министерства юстиции Российской Федерации от 1 апреля 2008 г. N 04-2382. Документ содержится в системе "Гарант".

*(13) **Письмо** Федеральной регистрационной службы от 29 октября 2007 г. N 9-3322. Документ содержится в системе "Гарант".

*(14) **Постановление** Федерального арбитражного суда Уральского округа N Ф09-10719/10-С6 от 20 декабря 2010 г. Документ содержится в системе "Гарант".

*(15) **Пункт 43** Постановления Пленума Верховного Суда РФ N 6, Пленума ВАС РФ N 8 от 1 июля 1996 "О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации".