

## Комментарий к статье 43 Закона об ипотеке

Е.А. Евдокимова,  
преподаватель кафедры гражданского права  
Санкт-Петербургского государственного университета



**АННОТАЦИЯ.** В статье рассматривается вопрос о возможности залогодателя и залогодержателя заключить дополнительное соглашение к договору ипотеки, которым ранее возникшая ипотека распространяется на еще одно, новое, обязательство должника перед залогодержателем, с точки зрения правил о предшествующей и последующей ипотеке.

*Ключевые слова: ипотека, предшествующий и последующий залог, обеспечение обязательств, дополнительное соглашение, договор, изменение правоотношения.*

**Вопрос:** «Между заемщиком и банком в июле 2012 года заключен кредитный договор. В обеспечение исполнения обязательств по указанному договору заемщик заключил с банком договор ипотеки нежилого здания. В январе 2013 года заемщик и банк заключили новый кредитный договор. Заемщик намерен передать банку в обеспечение обязательств из нового кредитного договора недвижимое имущество, ранее переданное в залог по договору ипотеки. Могут ли заемщик и банк заключить дополнительное соглашение

**к договору ипотеки, в котором указать, что ипотека обеспечивает также и исполнение обязательств заемщика из нового кредитного договора? Или же в рассматриваемой ситуации обязательно заключение самостоятельного договора последующей ипотеки?»**

**Ответ**

**1**

Для ответа на поставленный вопрос необходимо, прежде всего, разобраться, возможно ли одной ипотекой обеспечить несколько обязательств?

Начнем с того, что понимать под «одной ипотекой». Ипотека – право, в силу которого залогодержатель может получить удовлетворение из стоимости заложенного имущества преимущественно перед другими кредиторами залогодателя (пункт 1 статьи 1 Федерального закона от 16.07.1998 г. № 102-ФЗ «Об ипотеке (залоге недвижимости)» (далее – Закон об ипотеке)). Говоря об одной ипотеке, мы имеем в виду право залога, возникшее из одного основания – договора об ипотеке.

Положения Гражданского кодекса РФ (далее – ГК РФ) и Закона об ипотеке не содержат прямого ответа на вопрос о том, может ли одна ипотека обеспечивать более одного обязательства. Тот факт, что в статьях 1–3, 9 Закона об ипотеке, статье 334 ГК РФ термин «обязательство» употреблен в единственном числе, сам по себе не указывает на то, что одной ипотекой может быть обеспечено только одно, но не несколько обязательств. В подразделе ГК РФ «Общие положения об обязательствах» термин «обязательство» употребляется и в единственном, и во множественном числе, причем словоупотребление не основано на какой-либо юридической логике.

## 2

Вопрос решен на практике. Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ в Постановлении от 10.12.2002 г. № 1925/00 сделал вывод о том, что Закон об ипотеке каких-либо запретов на установление ипотеки в обеспечение нескольких обязательств по заключенным сторонами кредитным договорам одним договором о залоге не содержит. При этом ВАС РФ указал, что в соответствии с пунктом 2 статьи 1 ГК РФ граждане и юридические лица свободны в установлении своих прав и обязанностей на основании договора и в определении любых, не противоречащих законодательству, условий договора, в силу пункта 2 статьи 49 ГК РФ юридическое лицо может быть ограничено в правах лишь в случаях и в порядке, предусмотренных законом.

В пункте 8 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 28.01.2005 г. № 90 «Обзор практики рассмотрения арбитражными судами споров, связанных с договором об ипотеке» ВАС РФ подтвердил вывод о возможности обеспечения одной ипотекой обязательств, вытекающих из двух и более кредитных договоров, уточнив, что стороны договора ипотеки могут не определять, в отношении какого из кредитных обязательств ипотека будет считаться предшествующей и какого – последующей. Если при уступке кредитором (цедентом) своих прав по одно-

му из кредитных договоров третьему лицу (цессионарию) с одновременной уступкой прав по договору об ипотеке не будет определена очередность, в которой ипотека обеспечивает исполнение должником обязательств перед кредиторами, цедент и цессионарий выступают как сокредиторы (залогодержатели) по одному договору об ипотеке и имеют право получить удовлетворение своих требований, обеспеченных ипотекой, из суммы, вырученной от реализации предмета ипотеки, в размерах, пропорциональных размерам этих требований.

## 3

Однако необходимо обратить внимание на то, что в указанных выше постановлении и информационном письме Президиума ВАС РФ вывод о возможности обеспечения одной ипотекой нескольких обязательств был сделан применительно к случаям, когда условие об обеспечении нескольких обязательств изначально включено в договор ипотеки.

При этом в соответствии с пунктом 1 статьи 43 Закона об ипотеке имущество, заложенное по договору об ипотеке в обеспечение исполнения одного обязательства (предшествующая ипотека), может быть предоставлено в залог в обеспечение исполнения другого обязательства того же или иного должника тому же или иному залогодержателю (последующая ипотека).

Возникает вопрос, применим ли вывод ВАС РФ к случаям, когда изначально ипотека обеспечивала только одно обязательство, а впоследствии стороны решили распространить ее на другое? Либо в подобных случаях необходимо использовать правила о последующей ипотеке?

## 4

Рассмотрим ситуацию с сугубо формальной стороны. Допустим, залогодатель и залогодержатель вправе не создавать последующую ипотеку, а могут распространить действие «старой» ипотеки на новое обязательство. Как мы выяснили ранее, «одна

ипотека» – это ипотека, возникшая из одного основания – договора об ипотеке. В какой момент возникнет ипотека, обеспечивающая новое обязательства? Ипотека возникает в момент ее государственной регистрации (статья 11 Закона об ипотеке). Для нового обязательства право залога возникнет не ранее достижения сторонами соглашения об обеспечении ипотекой нового обязательства и государственной регистрации ипотеки, то есть в любом случае после возникновения ипотеки в отношении первого обязательства. Таким образом, в рассматриваемом случае залогодержатель с необходимостью приобретает два права залога, одно из которых возникло раньше, другое – позже. Соответственно, всякое соглашение о залоге уже заложенного имущества – соглашение о новом праве залога. Это право залога возникает позже первоначального, а потому оно есть не что иное, как последующий залог. Неважно, в чью пользу (первоначального или нового залогодержателя) возникает залог, обеспечивающий новое обязательство, он всегда будет являться новым, то есть последующим, залогом. Таким образом, последующий залог – единственный способ оформления отношений при обеспечении залогом уже заложенного имущества новых обязательств.

## 5

Проанализируем ситуацию с точки зрения цели, которую преследовал законодатель, формулируя правила о последующем залоге. В случае перезалога одного и того же имущества неизбежно возникает конкуренция прав залогодержателей. Кроме того, притязания на имущество могут иметь иные лица, например, арендаторы. Если допустить, что раз возникшее право залога можно в дальнейшем использовать для обеспечения любых вновь возникающих обязательств, будут нарушены интересы лиц, которые ориентировались на те обременения имущества, которые имелись при возникновении прав этих лиц на имущество. Например,

если в период между заключением договора об ипотеке и заключением дополнительного соглашения о распространении ипотеки на новое обязательство объект недвижимости был передан в залог еще одному лицу, распространение первой ипотеки на новое обязательство явно нарушит права третьего лица.

Чтобы защитить права третьих лиц в отношении обремененного имущества, необходимо создать иерархию из прав во времени. В отношении залоговых прав такая иерархия создается именно с помощью введения понятия «последующий залог» и установления специальных норм о нем. Например, для защиты интересов первого залогодержателя введено правило о том, что требования залогодержателя по последующему договору об ипотеке удовлетворяются из стоимости заложенного имущества с соблюдением требований о наличии у залогодержателя по предшествующему договору об ипотеке права преимущественного удовлетворения своих требований (пункт 1 статьи 46 Закона об ипотеке). При этом очередность залогодержателей устанавливается на основании данных Единого государственного реестра прав на недвижимое имущество и сделок с ним<sup>1</sup> о моменте возникновения ипотеки.

Таким образом, только применение при передаче в залог уже заложенного имущества для обеспечения нового обязательства правил о последующем залоге позволит надлежащим образом защитить права и интересы третьих лиц.

## 6

Иерархия залоговых прав по времени их возникновения действует всегда, в том числе, если предыдущий и последующий залогодержатели совпадают в одном лице. Иное дело, что в последнем случае многие правила о последующей ипотеке не имеют смысла. Учитывая это, законодатель указывает, что правила, изложенные в пунктах 2 и 3 статьи 43, статье 44, пунктах 1–4 статьи 46 Закона об ипотеке, не применяются, если

<sup>1</sup> Далее – ЕГРП.

залогодержателем по последующей и предшествующей ипотекам является одно и то же лицо. В то же время законодатель подчеркивает, что перечисленные выше нормы не применяются, «если сторонами в *предшествующем* и *последующем* договорах об ипотеке являются одни и те же лица». То есть при передаче имущества в залог тому же залогодержателю для обеспечения нового обязательства возникает именно последующая ипотека.

## 7

Сделанный вывод подтверждается и правилами о государственной регистрации ипотеки (статья 11 Закона об ипотеке). Регистрационная запись об ипотеке в ЕГРП на недвижимое имущество и сделок с ним должна содержать сведения о сумме обеспеченного ею обязательства. Таким образом, ипотека в момент своего возникновения «связывается» с тем обязательством, которое изначально указано в договоре ипотеки. При обеспечении нового обязательства должна быть зарегистрирована новая ипотека.

## 8

Те, кто считают, что ранее возникшую ипотеку можно распространить на новое обязательство, обычно ссылаются на пункт 3 статьи 44 Закона об ипотеке. Такой подход не выдерживает критики.

В соответствии с пунктом 3 статьи 44 Закона об ипотеке после заключения последующего договора об ипотеке изменение предшествующего договора, влекущее обеспечение новых требований предшествующего залогодержателя или увеличение объема требований, уже обеспеченных по этому договору (статья 3 Закона об ипотеке), допускается лишь с согласия залогодержателя по последующему договору, если иное не было

предусмотрено предшествующим договором об ипотеке. Из данного положения Закона предлагается сделать вывод о том, что законодатель в принципе допускает распространение ипотеки на новое обязательство путем внесения изменений в действующий договор ипотеки.

Однако необходимо учитывать, что в Законе об ипотеке различаются понятия «обязательство, обеспечиваемое ипотекой» (статья 2 Закона об ипотеке) и «требования, обеспечиваемые ипотекой» (статья 3 Закона об ипотеке). В соответствии со статьей 2 Закона об ипотеке ипотека может быть установлена в обеспечение обязательства по кредитному договору, по договору займа или иного обязательства. При этом статья 3 Закона об ипотеке перечисляет конкретные требования в рамках обеспеченного обязательства, которые обеспечивает ипотека: требования об уплате суммы основного долга, процентов за пользование заемными средствами, о возмещении убытков и т.д. В пункте 3 статьи 44 Закона об ипотеке упоминается лишь изменение договора об ипотеке, влекущее обеспечение новых *требований*, но не новых обязательств, при этом сделана ссылка именно на статью 3 Закона об ипотеке. Соответственно, систематическое толкование пункта 3 статьи 44 Закона об ипотеке приводит к выводу о том, что последующая ипотека может не возникать только при распространении уже установленной ипотеки на новые требования в рамках уже обеспеченного обязательства, но не на новые обязательства.

Судебная практика также исходит из того, что при передаче уже заложенного имущества в залог для обеспечения новых обязательств, хотя бы и перед тем же залогодержателем, возникает последующая ипотека<sup>2</sup>.

**Таким образом, если заложенное имущество после заключения договора ипо-**

<sup>2</sup> См., напр., Постановления Федерального арбитражного суда (далее – ФАС) Уральского округа от 26.06.2012 г. № Ф09-4512/12 по делу № А07-14970/2011, от 07.12.2011 г. № Ф09-7579/11 по делу № А60-15227/2011 (Определение об отказе в передаче дела в Президиум ВАС РФ от 07.02.2012 г. № ВАС-646/12), Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 10.09.2010 г. по делу № А75-11339/2009, Определения ВАС РФ об отказе в передаче дела в Президиум от 26.05.2010 г. № ВАС-6226/10, № ВАС-6698/10 // СПС «КонсультантПлюс».

**теки передается в залог тому же залогодержателю, но в целях обеспечения нового обязательства, возникает последующая ипотека. Следовательно, с учетом позиции ВАС РФ одна ипотека может обеспечить несколько обязательств только в том случае, если условие об этом изначально включено в договор ипотеки.**

## 9

Следующий вопрос, на который нам предстоит ответить: обязательно ли для возникновения ипотеки, обеспечивающей новое обязательство, заключение отдельного договора ипотеки, и если обязательно, то как он должен быть оформлен, или же достаточно заключения дополнительного соглашения к существующему договору ипотеки?

Определимся сначала с признаками дополнительного соглашения. Дополнительное соглашение к договору – это сделка, в результате которой правоотношения, возникшие из договора, изменяются, прекращаются и т.д. Дополнительное соглашение к договору не может быть основанием для возникновения новых самостоятельных договорных правоотношений. Условия дополнительного соглашения (сделки) фиксируются в отдельном документе, который обычно называется «дополнительное соглашение».

## 10

Поскольку при обеспечении ипотекой нового обязательства возникает новая, последующая, ипотека, при этом отношения, возникшие из ранее заключенного договора ипотеки, не изменяются, соглашение об обеспечении ипотекой нового обязательства следует рассматривать только как новый самостоятельный договор, а не как дополнительное соглашение к договору ипотеки.

Дополнительное соглашение об изменении договора ипотеки путем распространения ее на новое обязательство является ничтожным, поскольку противоречит пункту 1 статьи 43 Закона об ипотеке, содержащей

правило о возникновении новой, последующей, ипотеки при передаче уже заложенного имущества в залог для обеспечения нового обязательства.

Однако действительная воля сторон, подписавших документ, названный «Дополнительное соглашение», может быть направлена на заключение нового договора ипотеки и возникновение последующей ипотеки, но воля эта может быть дефектно оформлена в виде документа, названного дополнительным соглашением к договору. Как быть в такой ситуации?

На последующую ипотеку распространяются все общие правила о возникновении ипотеки. В соответствии с пунктом 3 статьи 339 ГК РФ договор об ипотеке заключается путем составления одного документа, подписанного сторонами, и должен быть зарегистрирован в порядке, установленном для регистрации сделок с соответствующим имуществом. Пункт 4 статьи 339 ГК РФ предусматривает, что несоблюдение правил, содержащихся в пункте 3 статьи 339 ГК РФ, влечет недействительность договора о залоге. Согласно пункту 1 статьи 10 Закона об ипотеке договор об ипотеке заключается в письменной форме путем составления одного документа, подписанного сторонами, и подлежит государственной регистрации. Соответствующие правила о заключении договора об ипотеке путем составления одного документа были введены Федеральным законом от 06.12.2011 г. № 405-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части совершенствования порядка обращения взыскания на заложенное имущество»<sup>3</sup> и вступили в силу 07.03.2012 г.

Соответственно, в случае оформления договора последующей ипотеки в виде дополнительного соглашения к договору ипотеки существенные условия договора последующей ипотеки оказываются рассредоточенными по нескольким документам, следовательно, требование о составлении одного документа оказывается нарушенным, и договор последующей ипотеки является ничтожным.

<sup>3</sup> Далее – Закон № 405-ФЗ.

## 11

Следует отметить, что арбитражные суды ранее признавали возможным оформление последующей ипотеки путем дополнительного соглашения, но толковали дополнительное соглашение в соответствии с действительной волей сторон – как направленное на возникновение последующей ипотеки. При этом суды ссылались на то, что законом не установлены специальные правила, предусматривающие совершение последующей ипотеки путем составления договора (см. судебные акты, приведенные выше, при рассмотрении вопроса о том, является ли ипотека в анализируемой ситуации последующей). Однако подобные выводы делались судами применительно к дополнительным соглашениям, заключенным до вступления в силу Закона № 405-ФЗ. После вступления в силу Закона № 405-ФЗ, которым были введены специальные правила в отношении оформления договора ипотеки, указанная судебная практика потеряла свою актуальность.

## 12

Подведем итог. На основании вышеизложенного следует сделать следующие выводы.

1. С точки зрения действующего законодательства обеспечение нового обязательства путем обременения ранее заложенного имущества является последующей ипотекой.
2. Для возникновения последующей ипотеки необходимо заключение договора ипотеки путем составления одного документа, подписанного сторонами.
3. Дополнительное соглашение к договору ипотеки, в котором указывается, что ипотека обеспечивает еще одно, новое, обязательство перед залогодержателем, ничтожно.

**COMMENTS TO ARTICLE 43  
OF THE MORTGAGE ACT**

**E.A. Evdokimova**

**ANNOTATION.** The article is devoted to analyzing the issue, whether the mortgagor and mortgagee are entitled to conclude additional agreement to the mortgage agreement in order to expand the existing real security to one more new obligation of the debtor before the mortgagee, from the viewpoint of provisions on previous and subsequent mortgage.

---

*Key words: mortgage, previous and subsequent mortgage, securing obligations, additional agreement, agreement, change of relationship.*

---