



Павел Александрович Меньшенин

главный специалист Управления частного права
Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации

Положения российского гражданского законодательства о предварительном договоре весьма лаконичны, в связи с чем при их применении возникает множество вопросов: о возможности сконструировать предварительный договор по модели многостороннего договора, договора в пользу третьего лица, односторонне обязывающего договора; о допустимости уступки прав из него; о действительности предварительного договора о заключении реального договора, односторонней сделки и др.

Ключевые слова: предварительный договор, реальный договор, обязательство

Понятие и предмет предварительного договора: основные подходы теории и практики

Понятие предварительного договора

Легальное определение понятия предварительного договора содержится в п. 1 ст. 429 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ). Согласно этой норме по предварительному договору стороны обязуются заключить в будущем договор о передаче имущества, выполнении работ или оказании услуг (основной договор) на условиях, предусмотренных предварительным договором.

Термин «предварительный договор» представляет собой кальку с немецкого *Vorvertrag*, предложенного в 1854 г. Генрихом Тёлем взамен громоздкого пандектного *pactum de contrahendo*¹.

Наименование *pactum de contrahendo* является более точным, поскольку содержит указание на *contrahere*, раскрывая сущность юридической конструкции — заключение другого договора, тогда как в понятиях «*Vorvertrag*» и «предварительный договор» акцент сделан только на моменте заключения договора.

Для гражданского оборота типична ситуация заключения договора, направленного на передачу имущества, выполнение работ или оказание услуг. Интересы участников экономических отношений устремлены к имущественным благам, приобретаемым при получении от контрагента по договору ожидаемого предоставления. Договор заключается для того, чтобы возникли и были исполнены создаваемые им обязательства, и сам по себе не способен удовлетворять экономические потребности. Он призван формализовать отношения сторон, придать им определенность. Предварительный договор направлен на заключение другого договора, а не на получение экономического блага и представляет собой исключение, необходимое при особых обстоятельствах, когда заключение основного договора невозможно либо контрагенты по иным причинам решают отложить его заключение. Существование такого института договорного права, как предварительный договор, объясняется наличием препятствий, которые мешают вступлению в договорные отношения, направленные на передачу имущества, выполнение работ или оказание услуг, а также желанием сторон перенести заключение основного договора на будущее время.

Предварительный договор можно назвать сделкой, подготавливающей основной договор. Последний, в свою очередь, является результатом исполнения созданного посредством предварительного договора обязательства заключить договор². Вместе с тем заключенный основной договор находит силу в правопорядке и воле сторон, направленной на его создание, но не в предварительном договоре. Таким образом, если после заключения основного договора выяснится, что предварительный договор был недействительным или незаключенным, это не окажет влияние на действительность основного договора.

Между тем предварительный договор может служить источником выявления условий основного договора, когда возникает спор, вызванный их неясностью (ст. 431 ГК РФ).

Следует согласиться с М.И. Брагинским, который указывает, что как предварительный договор, так и документы, фиксирующие ход переговоров, но не создающие обязательство заключить договор (например, различного рода протоколы, парafированные (скрепленные инициалами) и даже подписанные сторонами

¹ Adler K. *Realcontract und Vorvertrag*. Jena, 1892. § 5.

² Обязательность заключения основного договора не приводит к ограничению свободы договора. Стороны добровольно вводят дополнительную ступень заключения основного договора, согласие на которое переносится в предварительный договор, заключаемый свободно.

и составляющие так называемую пунктуацию), могут учитываться при толковании заключенного впоследствии договора³.

В дореволюционной юридической литературе о доказательственной функции предварительного договора писали В.Л. Исаченко и В.В. Исаченко: «Договоры должны толковаться по их словесному разуму; следовательно, если договор не представляет никаких неясностей, то суд не вправе принимать какие бы то ни было побочные обстоятельства, в том числе и условия предварительного договора... Но если смысл договора настолько неясен, что для установления истинной воли договаривающихся приходится толковать его... по намерению и добной совести... то вполне правильно признать за судом право принимать во внимание условия предварительного соглашения и таким путем истинный смысл купчей крепости, например, может быть установлен по условиям запродажи»⁴.

В настоящее время эти рассуждения могут быть подкреплены положениями ст. 431 ГК РФ.

Структура договорных отношений в предварительном договоре. В п. 1 ст. 429 ГК РФ описан двусторонний предварительный договор: каждая из сторон обязуется заключить с другой стороной в будущем основной договор. Можно ли в этом случае говорить о встречном и взаимном характере обязанностей?

Большинство гражданско-правовых договоров строятся по принципу «ты — мне, я — тебе». В этом случае каждая из сторон имеет интерес в том, что может получить от другой стороны, а обязательства являются встречными и существуют одно ради другого. Предварительный договор не соответствует такому описанию: его стороны имеют общий интерес — заключение основного договора. Интерес ни одной из сторон предварительного договора не сосредоточен в совершении другой стороной оферты или акцепта, из которых в совокупности складывается заключение основного договора. Наиболее ярким примером договора, основанного на принципе «ты — мне, я — тебе», служит договор купли-продажи: интерес покупателя состоит в получении товара, а интерес продавца — в получении денежных средств, при этом интерес каждой из сторон находит удовлетворение исключительно в действиях ее контрагента.

В случае с предварительным договором только совместные действия каждой из сторон могут породить результат, к которому они стремятся. Обязательства сторон предварительного договора, таким образом, не носят встречный характер, а направлены на возникновение основного договора.

Кроме того, в договоре, основанном на принципе «ты — мне, я — тебе», сторона, исполнившая свое обязательство первой, занимает более слабую позицию по сравнению со стороной, получившей предоставление. В случае с предварительным договором действует обратная закономерность: лицо, первое направившее другой

³ Брагинский М.И., Витрянский В.В. *Договорное право. Книга первая.* М., 2005. С. 235.

⁴ Исаченко В.Л., Исаченко В.В. *Обязательства по договорам: опыт практического комментария русских гражданских законов. Комментарий на IV книгу 1 ч. Xт. Св. зак. Т. I: Общая часть.* М., 1914. С. 16.

стороне предложение заключить основной договор, что составляет для нее исполнение обязанности, создает для себя более удобную позицию, вынуждая другую сторону принять это предложение. Сторона, не принявшая в срок действия предварительного договора поступившее от другой стороны предложение заключить основной договор, признается уклоняющейся от заключения основного договора, т. е. рассматривается как лицо, не исполняющее свои договорные обязательства.

Поскольку заключение основного договора требует участия всех сторон предварительного договора, ни одна из них не обязана совершать действия по заключению основного договора раньше другой, если иное не предусмотрено в самом предварительном договоре. В соответствии с п. 6 ст. 429 ГК РФ обязательства, предусмотренные предварительным договором, прекращаются, если до окончания срока, в который стороны должны заключить основной договор, он не будет заключен либо одна из сторон не направит другой стороне предложение его заключить.

Другая особенность структуры договорных отношений в предварительном договоре находит свое выражение, когда он направлен на заключение основного договора со множественностью лиц на одной из сторон. Например, А и Б являются долевыми собственниками земельного участка; В выразил желание приобрести указанный земельный участок. Если названные лица заключат договор купли-продажи, это будет двусторонний договор со множественностью лиц на стороне продавца.

Представим, что в силу тех или иных причин А, Б и В заключают предварительный договор купли-продажи земельного участка. Структура отношений сторон предварительного договора по общему правилу складывается по модели предполагаемого основного договора — со множественностью лиц в обязательстве заключить договор на стороне будущего продавца. В нашем случае А совместно с Б обязуется заключить договор купли-продажи недвижимого имущества с В. Несмотря на то что обязанность заключить основной договор может быть исполнена А и Б только совместно, они не состоят в отношении «должник — кредитор» по обязательству заключить в будущем основной договор и не вправе в судебном порядке принуждать друг друга к заключению основного договора.

Представляется, что возможен и другой предусмотренный в предварительном договоре вариант структурирования отношений сторон, когда каждый из возможных участников будущего основного договора вправе требовать от другого заключения основного договора, — трехсторонний предварительный договор о заключении в будущем договора купли-продажи со множественностью на стороне продавца. В нашем примере каждый из собственников А и Б вправе требовать друг от друга заключения договора купли-продажи. Такое структурирование договорных отношений сторон предварительного договора позволяет описать предварительный договор как многосторонний⁵.

Из того обстоятельства, что предварительный договор может быть двусторонним и многосторонним, следует вывод, что конструкция предварительного договора

⁵ *Многосторонним будет также предварительный договор о заключении в будущем договора простого товарищества.*

не связана определенной жесткой структурой договорных связей. Квалифицировать договор как предварительный позволяет не структура договорных связей, а наличие обязанности заключить договор.

Общая характеристика обязательства заключить договор. Содержанием обязательства заключить договор является право одной стороны требовать от другой стороны заключения в будущем договора и соответствующая этому праву обязанность.

Обязательство заключить договор обладает следующими признаками.

Во-первых, с экономической (то есть сущностной, а не формальной) точки зрения оно является подготовительным, организационным. Этот признак, хотя и не представляет собой юридическую характеристику обязательства заключить договор, отражает его экономическую сущность.

Нельзя согласиться с М.Н. Малеиной, которая сводит значение предварительного договора к организации договорных связей⁶. Юридическое значение предварительного договора, как верно замечает К.И. Скловский, состоит в защите расходов, которые необходимо произвести в ожидании заключения основного договора (затраты на наладку оборудования, запуск нового производства и т. п.)⁷.

Во-вторых, такое обязательство не является имущественным, хотя и направлено на создание обязательства с имущественным содержанием.

В-третьих, обязательство заключить договор требует личного исполнения должника и неразрывно связано с личностями должника и кредитора. Из этого следуют два вывода: 1) исполнение такого обязательства не может быть возложено должником на третье лицо и 2) не допускается уступка права требования заключить договор, поскольку в соответствии со ст. 383 ГК РФ невозможен переход к другому лицу прав, неразрывно связанных с личностью кредитора. На это обратил внимание еще Г. Дернбург, указавший, что не допускается цессия требования из *recta de contrahendo*⁸.

Неразрывность связи права с личностью кредитора состоит в том, что нельзя требовать от должника, чтобы он против своей воли заключил основной договор с иным, чем изначально предполагалось, лицом. Это следует из принципов свободы договора и недопустимости произвольного вмешательства в частные дела.

Даже если не принимать во внимание указанные доводы, уступка требования заключить договор будет юридически невозможна. Что означает такая уступка? Гипотетический приобретатель права требования заключить договор становится обладателем требования о заключении основного договора, в котором сам он уча-

⁶ См. комментарий к ст. 429 ГК РФ в кн.: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой (постатейный) / под ред. В.П. Мозолина, М.Н. Малеиной. М., 2004 // СПС КонсультантПлюс.

⁷ Скловский К.И. Предварительный договор об аренде. Недействительность договора аренды и улучшения имущества // Закон. 2009. № 5. С. 219.

⁸ Дернбург Г. Пандекты. Обязательственное право. Т. III. М., 1904. С. 166 (сн.4).

ствовать не будет, поскольку уступка права требования не приведет к изменению содержания обязательства заключить основной договор.

Интересен вопрос о том, входят ли права и обязанности, являющиеся содержанием обязательства заключить договор, в состав наследства. Ввиду их неразрывной связи с личностью наследодателя (ч. 2 ст. 1112 ГК РФ) на этот вопрос следует ответить отрицательно.

Что же касается правопреемства при реорганизации юридических лиц (ст. 58 ГК РФ), то права и обязанности по заключению основного договора могут свободно переходить от одного юридического лица к другому. В действующем законодательстве на этот случай не предусмотрено исключение прав (обязанностей), неразрывно связанных с личностью кредитора (должника). Таким образом, утверждение К.И. Скловского о том, что «поскольку предварительный договор в буквальном смысле неимущественный, он, надо полагать, исключает правопреемство третьими лицами»⁹, в части правопреемства при реорганизации юридических лиц является неверным.

В литературе можно встретить точку зрения, согласно которой обязательство заключить договор обладает обеспечительной функцией. В частности, по мнению Ю.В. Шанауриной, «предварительный договор является способом обеспечения обязательства (обеспечительной мерой), так как устанавливается по соглашению сторон, служит основанием для возникновения основного обязательства, существует в виде акцессорного (дополнительного) обязательства и стимулирует должника к исполнению обязательства в случае его неисправности»¹⁰.

Такой подход вызывает следующие возражения.

Во-первых, строго юридически обязательство заключить договор не может считаться способом обеспечения исполнения обязательства (ст. 329 ГК РФ), поскольку, пока есть предварительный договор, нельзя говорить об исполнении основного договора, которое бы он обеспечивал, потому что последний еще не заключен. А в момент, когда основной договор заключен и возникли следующие из него обязательства, предварительный договор уже прекратился.

Во-вторых, предварительный договор не только не направлен на обеспечение исполнения основного договора, но даже не создает гарантию заключения такого договора, поскольку далеко не во всех случаях понуждение к этому будет возможно.

Односторонне обязывающий предварительный договор. Односторонне обязывающим является предварительный договор, который порождает обязанность заключить договор только для одной из сторон, в то время как другая сторона имеет право (но не обязанность) требовать его заключения.

⁹ Скловский К.И. *Собственность в гражданском праве*. М., 2008. С. 881.

¹⁰ Шанаурина Ю.В. *Институт предварительного договора в гражданском праве России: дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2006*. С. 72.

В настоящее время ГК РФ нормировал предварительный договор как двусторонний. Возникает вопрос: вправе ли стороны изменить общую модель предварительного договора, предусмотренную в законе, переведя двусторонний предварительный договор в односторонний?

Э.П. Гаврилов дает положительный ответ на этот вопрос: «...любая из сторон, заключивших предварительный договор, имеет право ставить вопрос о заключении в соответствии с ним основного договора. Однако на практике заключаются договоры, в которых вопрос о заключении основного договора имеет право ставить лишь одна из сторон. Такие договоры также охватываются смыслом ст. 429; к ним подлежат применению с необходимыми изменениями нормы о предварительных договорах»¹¹.

Иной точки зрения придерживается А.Н. Кучер: «Статья 429, регулирующая предварительные договоры, допускает только двусторонне обязывающие предварительные договоры, исключая возможность опционного предварительного договора. Поэтому приходится признать, что в настоящее время опционные предварительные договоры в России не являются видом договоров, закрепленных в ГК РФ. На наш взгляд, конструкция опционного договора не противоречит российскому законодательству и могла бы использоваться сторонами (п. 2 ст. 421 ГК РФ). Однако из-за отсутствия прямых законодательных установлений и правоприменительной практики по этому вопросу есть риск неоднозначного толкования данного вопроса судами, тем более что в связи с опционными предварительными договорами возникает вопрос о возмездности такого договора. Так, если одна из сторон только выговаривает себе право, а вторая — принимает на себя обязанность, в нормальном коммерческом обороте такое право первой стороны должно получить некую оценку. Соответственно возникает аналогия с куплей-продажей права. Раз одна из сторон получает некое право, она должна вознаградить другую сторону за такое право. В противном случае безвозмездность такого договора может попасть под запрет дарения между коммерческими организациями (ст. 575 ГК РФ)... Следовательно, чтобы избежать риска недействительности такого опционного предварительного договора, необходимо определить встречную компенсацию обязывающейся стороны»¹².

По нашему мнению, действующее законодательство не исключает возможность предварительных договоров, в которых обязанность заключить основной договор предусматривается только для одной из сторон. Свобода договора является одним из основных принципов, на которые опирается гражданское законодательство (п. 1 ст. 1 ГК РФ). В силу этого принципа стороны могут заключить договор, как предусмотренный, так и не предусмотренный законом или иными правовыми актами, а также договор, содержащий элементы различных договоров, предусмотренных законом или иными правовыми актами (п. 2–3 ст. 421 ГК РФ), при условии, что такой договор не противоречит закону (п. 1 ст. 8 ГК РФ). Более того, формально-юридическое толкование ст. 421 ГК РФ позволяет сделать вывод, что Кодекс допускает заключение односторонних предварительных договоров. Поло-

¹¹ См.: *Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой (постстатейный) / под ред. С.П. Гришаева и А.М. Эрдэлевского // СПС КонсультантПлюс.*

¹² Кучер А.Н. *Теория и практика преддоговорного этапа: юридический аспект. М., 2005. С. 288.*

жения п. 1 ст. 421 ГК РФ сводятся к тому, что понуждение к заключению договора не допускается, кроме случаев, когда обязанность заключить договор предусмотрена ГК РФ, законом или *добровольно принятым обязательством*. Видимо, речь идет не только об обязанности заключить договор, вытекающей из двустороннего предварительного договора (ст. 429 ГК РФ), но и о возможности предусмотреть обязанность заключить договор лишь для одной стороны соглашения. Таким образом, стороны вправе заключить односторонний предварительный договор.

Однако проведенное нами изучение юридической литературы и судебной практики не позволяет сделать вывод, что такого рода конструкции в целом востребованы участниками гражданского оборота (исключение составляют опционные договоры)¹³.

Предварительный договор в пользу третьего лица. Перспективным могло бы стать заключение предварительного договора в пользу третьего лица, по которому основной договор заключается не со стороной предварительного договора, а с указанным или не указанным в нем третьим лицом, имеющим право требовать от должника исполнения обязательства заключить договор в свою пользу (п. 1 ст. 430 ГК РФ). Такой договор может применяться в случае, когда моделируются сложные договорные отношения, в которых планируется участие многих лиц, и существует необходимость при помощи правовых средств «прикрепить» одно лицо к другому.

Предмет предварительного договора

Предметом договора (договорного обязательства) являются действия (или бездействие), которые должна совершить (или от совершения которых воздержаться) обязанная сторона (п. 1 ст. 307 ГК РФ).

Предварительный договор выделяется среди других договоров особым предметом, к которому согласно п. 1 ст. 429 ГК РФ относятся действия сторон по заключению договора о передаче имущества, выполнении работ или оказании услуг на условиях, предусмотренных предварительным договором. Сами действия по передаче имущества, выполнению работ или оказанию услуг образуют предмет основного договора и не могут осуществляться по предварительному договору. Исключение составляет передача имущества для заключения реального договора.

Если стороны предварительного договора начинают действия по исполнению основного договора еще до его заключения, подобные отношения могут быть определены как заключение основного договора конклюдентными действиями (п. 2 ст. 158, п. 3 ст. 434 и п. 3 ст. 438 ГК РФ).

Наличие предварительного договора о заключении в будущем договора, направленного на распоряжение имуществом, не препятствует заключению правообладателем с третьим лицом договора о распоряжении указанным имуществом. Даже

¹³ Подробнее об этом см.: Меньшинин П. Опционный договор // Право и экономика. 2008. № 5. С. 19–25.

если приобретатель — третье лицо знает о существовании такого предварительного договора, это не может служить основанием для оспаривания договора о распоряжении имуществом.

Показательными являются следующие дела, рассмотренные арбитражными судами.

Компания А обратилась в арбитражный суд с иском к предпринимателю Б и компании В о применении последствий недействительности ничтожной сделки — заключенного между истцом и ответчиками предварительного договора купли-продажи нежилых помещений (договор).

Решением суда первой инстанции иск удовлетворен. Суд посчитал договор ничтожным, поскольку он заключен в отношении объекта недвижимости, уже являвшегося предметом обязательства между компанией А и предпринимателем Б на основании ранее заключенного ими предварительного договора.

Суд апелляционной инстанции отменил решение арбитражного суда, отказав в удовлетворении исковых требований. Он опроверг выводы суда первой инстанции о ничтожности договора, указав на соответствие его условий ст. 429 ГК РФ.

Суд кассационной инстанции, оставляя постановление суда апелляционной инстанции без изменения, а кассационную жалобу компании А без удовлетворения, указал, что наличие на момент подписания договора других договоров, заключенных компанией А в отношении того же имущества с другими лицами, не влечет недействительность договора, так как на указанную дату компания А оставалась собственником помещения и вправе была распоряжаться своим имуществом. Было отмечено, что данное обстоятельство имеет значение при рассмотрении вопросов, связанных с исполнением обязательств по договору¹⁴.

В другом деле рассматривалась обратная ситуация, в которой ставился вопрос о действительности договора купли-продажи имущества, на момент заключения которого уже был заключен с третьим лицом предварительный договор купли-продажи того же имущества. Суд кассационной инстанции указал, что наличие заключенного предварительного договора в отношении объекта недвижимого имущества, отчужденного третьему лицу, не может служить основанием для признания договора об отчуждении недействительным по признаку ничтожности¹⁵.

Как следует из п. 1 ст. 429 ГК РФ, предварительный договор обязывает к участию в заключении основного договора, т. е. совершении сделки.

Понятие «сделка» принято раскрывать через понятия «воля» и (или) «волеизъявление». Например, в подготовительных материалах к Германскому гражданскому

¹⁴ См.: постановление Федерального арбитражного суда Северо-Западного округа от 28.02.2007 по делу № А21-11572/2005.

¹⁵ См.: постановления Федерального арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 12.07.2007 № Ф08-4185/2007 по делу № А53-2108/2006-С4-11; Федерального арбитражного суда Поволжского округа от 23.09.2008 по делу № А55-18753/2007.

уложению сформулировано следующее определение: «Правовой сделкой в смысле данного проекта является частное волеизъявление, направленное на порождение правового результата, который согласно правопорядку наступает потому, что этот результат желаем. Сущность правовой сделки заключается в том, что в ней действует воля, направленная на порождение правовых воздействий, и что изречение правопорядка, признающее эту волю, осуществляет желаемое правовое оформление»¹⁶.

В связи с этим технически заключение основного договора осуществляется через выражение сторонами предварительного договора необходимого для совершения сделки волеизъявления¹⁷.

Если предварительный договор, создающий обязанность заключить основной договор для его обеих сторон, содержит все существенные условия такого договора, каждая из сторон обязана сделать совпадающее с предварительным договором предложение о заключении основного договора или принять оферту, обращенную к ней. Выставление одной из сторон предварительного договора оферты о заключении основного договора, совпадающей по содержанию с предварительным договором, создает у другой стороны обязанность принять такую оферту.

Исходя из содержания ст. 328 и 429 ГК РФ, если обратное не установлено в предварительном договоре, ни одна из его сторон не обязана направлять другой стороне предложение заключить основной договор раньше нее.

Надо ли понимать указание п. 1 ст. 429 ГК РФ, в котором идет речь о заключении договора о передаче имущества, выполнении работ или оказании услуг, таким образом, что предварительный договор может предшествовать заключению основного договора любого вида? Э.П. Гаврилов отвечает на этот вопрос положительно: «...предварительный договор имеет в виду заключение в будущем любого гражданского договора, как поименованного, так и непоименованного»¹⁸.

Между тем ответить на поставленный вопрос не так легко, как может показаться на первый взгляд, — для этого следует соотнести п. 1 ст. 429 ГК РФ, указывающий на круг договоров, в отношении которых допустимо заключение предварительного договора, с п. 1 ст. 307 и п. 1 ст. 420 ГК РФ.

В соответствии с п. 1 ст. 420 ГК договором признается соглашение двух или нескольких лиц об установлении, изменении или прекращении гражданских прав и обязанностей. Пункт 1 ст. 307 ГК РФ предусматривает, что в силу обязательства одно лицо (должник) обязано совершить в пользу другого лица (кредитора) определенное действие, как то: передать имущество, выполнить работу, уплатить

¹⁶ Цит. по: Шапп Я. Система германского гражданского права. М., 2006. С. 199–200.

¹⁷ Такой подход к предмету предварительного договора поддерживается в немецкой литературе. См.: Dieter H. Vorvertrag, Optiosvertrag, Vorrechtsvertrag. Berlin, 1965. S. 213.

¹⁸ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой (постатейный) / под ред. С.П. Гришаева и А.М. Эрделевского.

деньги и т. п., — либо воздержаться от определенного действия, а кредитор имеет право требовать от должника исполнения его обязанности.

Таким образом, предмет предварительного договора ограничивается действиями по заключению договора, устанавливающего обязательство передать имущество, выполнить работу, оказать услугу или совершить совместные действия. Это исключает из круга договоров, на заключение которых может быть направлен предварительный договор, следующие:

во-первых, договоры, направленные на изменение или прекращение существующих гражданских прав и обязанностей (например, соглашение об отступном (ст. 409 ГК РФ), соглашение о прощении долга (ст. 415 ГК РФ), соглашение об изменении или о расторжении договора (п. 1 ст. 452 ГК РФ);

во-вторых, договоры, устанавливающие обязательство иное, чем передача имущества, выполнение работы или оказание услуги (например, предварительный договор (ст. 429 ГК РФ)).

Сделанные нами выводы находят подтверждение в практике арбитражных судов.

Так, компания А обратилась в арбитражный суд с иском к компании Б о понуждении заключить договор об отступном на основании предварительного договора.

Решением арбитражного суда первой инстанции, оставленным без изменения судами апелляционной и кассационной инстанций, в удовлетворении исковых требований было отказано.

Отказывая компании А в понуждении компании Б к заключению основного договора об отступном на условиях предварительного договора, суды указали на то, что согласно ст. 409 ГК РФ отступное представляет собой основание для прекращения обязательств, а не для их возникновения. Положения ст. 429 ГК РФ о предварительном договоре, в результате заключения которого в будущем у сторон возникнут взаимные обязательства, не распространяются на соглашение сторон об отступном, являющееся способом прекращения обязательства в добровольном порядке по соглашению сторон¹⁹.

В другом деле компания А обратилась в арбитражный суд с иском к компании Б о понуждении заключить договор залога недвижимого имущества на основании предварительного договора.

Решением арбитражного суда первой инстанции, оставленным без изменения судами апелляционной и кассационной инстанций, в удовлетворении исковых требований было отказано.

Суды апелляционной и кассационной инстанций пришли к выводу о ничтожности предварительного договора залога недвижимого имущества. В основании та-

¹⁹ См.: постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 06.04.2006, 13.04.2006 № КГ-А40/2637-06.

кого вывода лежит следующее рассуждение. В соответствии с п. 1 ст. 429 ГК РФ по предварительному договору стороны обязуются заключить в будущем договор о передаче имущества, выполнении работ или оказании услуг (основной договор на условиях, предусмотренных предварительным договором). Договор залога, как имеющий обеспечительный, акцессорный характер, к этой категории гражданско-правовых договоров не относится²⁰, и, следовательно, в данном случае заключение предварительного договора невозможно.

Вопрос о том, может ли в качестве предмета предварительного договора выступать заключение договора залога, рассматривался также в одном из дел Президиумом Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации (далее — ВАС РФ).

Коммерческий банк А обратился в арбитражный суд с иском к товариществу с ограниченной ответственностью Б о понуждении заключить договор залога недвижимого имущества на основании предварительного договора.

Решением арбитражного суда первой инстанции в удовлетворении исковых требований было отказано. При этом суд исходил из того, что на момент принятия решения у товарищества с ограниченной ответственностью Б отсутствовало право собственности на спорное имущество. Кроме того, в связи с наступлением срока возврата кредита, который планировалось обеспечить залогом, договор о залоге стал бы не способом обеспечения основного обязательства, а способом погашения долга за заемщика.

Постановление суда апелляционной инстанции, отменившее решение суда первой инстанции, обязало товарищество с ограниченной ответственностью Б в десятидневный срок заключить с коммерческим банком А договор о залоге недвижимого имущества на условиях представленного банком проекта договора.

Арбитражный суд кассационной инстанции оставил постановление суда апелляционной инстанции без изменения.

Президиум ВАС РФ отменил судебные акты судов апелляционной и кассационной инстанций, а решение арбитражного суда первой инстанции оставил без изменения ввиду того, что сторонами предварительного договора не были соблюдены требования о его нотариальной форме²¹.

В указанном деле отсутствует правовая позиция высшей судебной инстанции по вопросу о том, возможен ли предварительный договор о заключении в будущем договора залога. Однако то обстоятельство, что основанием для отказа в удовлетворении исковых требований послужил довод о несоблюдении нотариальной формы предварительного договора, позволяет сделать вывод, что сами по себе такого рода предварительные договоры не исключаются.

Согласно германской теории гражданского права, основанной на строгом разделении обязательственных и распорядительных сделок (принцип разделения), пред-

²⁰ См.: постановление Федерального арбитражного суда Уральского округа от 28.03.2006 № Ф09-2126/06-С3.

²¹ См.: постановление Президиума ВАС РФ от 23.04.1996 № 8057/95.

варительный договор применим исключительно к обязательственным, но не распорядительным сделкам, поскольку иначе пришлось бы рассматривать в качестве предварительного договора каждую каузальную обязательственную сделку, предшествующую распорядительной сделке. Например, договор купли-продажи недвижимого имущества следовало бы рассматривать в качестве предварительного к договору о передаче собственности (*Auflassung*)²².

В вопросе о предмете предварительного договора российская и германская правовые системы выработали похожие решения. Российское законодательство и отечественная судебная практика допускают заключение предварительного договора только в отношении договоров, направленных на установление обязательства передать имущество, выполнить работу или оказать услугу. В германском праве предварительный договор может быть направлен исключительно на заключение обязательственного договора. Это обстоятельство может служить подтверждением того, что российской системе права имманентно присуще деление сделок на обязательственные и распорядительные. Подтверждением того, что принцип разделения начинает проявлять себя в российском праве, служит, в частности, п. 1 Обзора практики применения арбитражными судами положений главы 24 Гражданского кодекса Российской Федерации²³.

В литературе встречается подход, согласно которому предварительный договор о заключении в будущем договора дарения невозможен. Так, В.А. Умов²⁴ и К. Аненков²⁵ основывали свою точку зрения на том, что договор дарения, заключенный во исполнение обязанности заключить договор, дарением уже считаться не может, так как он совершается не *causa donandi*, а *causa solvendi*.

А.А. Симолин, напротив, убедительно показал несостоятельность такой аргументации: «Взгляд этот в сущности имеет часто конструктивный характер, он не говорит, что подобный договор недействителен, а утверждает лишь, что договор, заключенный во исполнение такого предварительного договора... будет не дарением, а *Ausführungsvertrag* (договором во исполнение). Но и конструкция эта, очевидно, неправильна — если такой договор не будет дарением, то надо его конструировать, определить, что он из себя представляет, а не ограничиваться ничего не объясняющим термином *Ausführungsvertrag*... Итак, надо, по-видимому, прийти к выводу, что безвозмездность договора сама по себе не устраниет возможности заключения о нем предварительного договора»²⁶.

По нашему мнению, исходя из действующего российского законодательства заключение предварительного договора к договору о дарении возможно только применительно к консенсуальному договору дарения.

²² Herzog N.R. *Der Vorvertrag im schweizerischen und deutschen Schuldrecht*. Zürich, 1999. S. 49, 50.

²³ См.: Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 30.10.2007 № 120 // Вестник ВАС РФ. 2008. № 1.

²⁴ Умов В.А. *Дарение, его понятие, характерные черты и место в системе права*. М., 1876. С. 200–201.

²⁵ Аненков К. *Система русского гражданского права. Т. IV: Отдельные обязательства*. СПб., 1904. С. 308.

²⁶ Симолин А.А. *Влияние момента безвозмездности в гражданском праве (1916)* // Симолин А.А. *Возмездность, безвозмездность, смешанные договоры и иные теоретические проблемы гражданского права*. М., 2005. С. 176–178.

Статья 572 ГК РФ допускает заключение договора дарения по модели как реального, так и консенсуального (обещание дарения) договоров. При реальном договоре дарения передача дарителем имущества в дар одаряемому приводит к возникновению у одаряемого права собственности на подаренное имущество. Заключение реального договора дарения не приводит к возникновению обязательственно-правовых отношений, а сразу порождает у одаряемого право собственности на подаренное имущество.

Как указывалось ранее, предварительный договор может быть заключен только в отношении договоров, направленных на установление обязательства передать имущество, выполнить работу или оказать услугу. Исходя из того что реальный договор дарения не направлен на установление обязательств, действия по его заключению не могут быть предметом предварительного договора. Это, в частности, служит доказательством того, что консенсуальный договор дарения не является предварительным договором к реальному договору дарения, а представляет собой самостоятельный вид гражданско-правовых обязательств. Вместе с тем отсутствуют препятствия к заключению предварительного договора к консенсуальному договору дарения.

В литературе, посвященной предварительному договору, ведется дискуссия о его применимости к реальным и консенсуальным договорам. Спор сводится к рассмотрению тезиса о том, что предварительный договор предназначен для заключения в будущем реального договора. Обратной стороной указанного тезиса является утверждение, что потребность в предварительном договоре о заключении в будущем консенсуального договора отсутствует²⁷.

В настоящее время дискуссия угасла: ни у кого не возникает сомнения в том, что предварительный договор о заключении в будущем консенсуального договора не просто допустим, но и имеет практический смысл.

По мнению В.В. Витрянского, положения ст. 429 ГК РФ не рассчитаны на договоры реального характера²⁸.

Рассматривая предварительный договор займа, В.В. Витрянский справедливо указывает, что на основании такого договора будет невозможно понудить будущего заимодавца к предоставлению займа. Автор делает такой вывод, исходя из того, что понуждение со стороны суда заимодавца к заключению договора займа на основе предварительного договора означает лишь признание судом наличия между сторонами письменного соглашения о займе. Последнее, однако, в силу реального характера договора займа не порождает обязательство заимодавца предоставить заемщику денежные средства или иное имущество, являющиеся объектом данного соглашения.

²⁷ Об этой дискуссии см.: Новицкий И.Б. Обязательство заключить договор (1947) // Новицкий И.Б. Избранные труды по гражданскому праву: в 2 т. Т. I. М., 2006. С. 128–131; Брагинский М.И. Предварительный договор в хозяйственных отношениях // Советское государство и право. 1971. № 3; Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. 2-е изд. М., 2005. С. 231–232.

²⁸ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга пятая: в 2 т. Т. I: Договоры о банковском вкладе, банковском счете; банковские расчеты. Конкурс. Договоры об играх и пари. М., 2006. С. 114–115.

На наш взгляд, в содержание предварительного договора займа входит обязанность по предоставлению суммы займа. Это подтверждается тем, что в соответствии с п. 1 ст. 429 ГК РФ стороны обязуются заключить договор, т. е. совершить действия, необходимые для заключения договора, а согласно п. 2 ст. 433 ГК РФ передача имущества, необходимого для заключения реального договора, относится к таким действиям. Принудить к выдаче суммы займа на основании предварительного договора нельзя, поскольку действующее законодательство допускает принудительное исполнение только обязательства передать индивидуально-определенную вещь (ст. 398 ГК РФ). Отметим, что кредитный договор является консенсуальной разновидностью займа и обязанность предоставить кредит входит в содержание кредитного договора, но требовать ее принудительного исполнения невозможно.

Рассуждения В.В. Витрянского основываются на распространенной идее, что предварительный договор всегда должен влечь заключение основного договора если не добровольно, то на основании иска о понуждении к его заключению. Из этого делается вывод, что если невозможно требовать принудительного заключения договора займа, то теряет смысл и предварительный договор займа. Такой подход вызывает сомнения. Как указывалось, предварительный договор заключается в случаях, когда заключение основного договора в силу требований, предъявляемых к нему правопорядком, в данный момент невозможно, но есть потребность в создании правовой связи. Что произойдет, если требования, предъявляемые правопорядком к основному договору, не будут соблюдены? Очевидно, что заключение основного договора окажется невозможным, в том числе на основании решения суда. Тем не менее правовая связь, установленная предварительным договором, сохраняет силу и возможен иск об убытках за отказ от заключения основного договора. Таким образом, механизм предварительного договора займа позволяет в случае незаключения основного договора рассчитывать на возмещение убытков.

М.И. Брагинский отмечал: «В тех случаях, когда нарушено предварительное обязательство, предшествовавшее заключению консенсуального договора, в принципе допустима в качестве санкции трансформация предварительного договора в основной, несмотря на то, что сторона уклонилась от выражения воли, направленной на возникновение такого основного договора (так, запродаха трансформировалась в соответствующих случаях в куплю-продажу). Однако описанное последствие невозможно предусмотреть в законе для иного варианта, при котором основной договор (товарная сделка) является реальным, поскольку при такой трансформации выпал бы непременный, конституирующий реальный договор момент — передача и приемка вещи. По этой причине последствием нарушения предварительного обязательства может быть лишь уплата имущественных санкций»²⁹.

Завершая рассуждения о предварительном договоре к реальному договору, отметим, что эта конструкция представляет собой суррогат консенсуального договора, в котором передача вещи рассматривается не как элемент заключения договора, а как его исполнение³⁰. Нидерландский ученый Л. ван Влит указывает, что в пра-

²⁹ Брагинский М.И. Указ. соч. С. 104.

³⁰ См.: Агарков М.М. Юридическая природа железнодорожной перевозки (1922) // Вестник гражданского права. 2008. № 4. С. 156.

вовых системах, допускающих заключение предварительного договора реального займа, предварительный и основной договоры рассматриваются как один договор, который ряд исследователей называют консенсуальным. Возможно, по этой причине правовые системы Швеции и Германии пришли к консенсуальной модели займа³¹.

Вполне допустим предварительный договор о заключении в будущем многостороннего договора. Следует согласиться с мнением Н.В. Козловой, что договор о совместной деятельности учредителей по созданию юридического лица обладает признаками предварительного договора, поскольку обязывает к совершению многосторонней сделки, направленной на принятие (утверждение) устава юридического лица³².

При характеристике предмета предварительного договора недостаточно указания на действия сторон по заключению основного договора. Для установления обязанности по передаче имущества, выполнению работ или оказанию услуг основной договор должен быть заключенным и действительным.

Поскольку заключение договора предполагает выражение воли каждой из сторон и их совпадение, то предварительный договор обязывает прежде всего к обмену волеизъявлениями, направленными на заключение действительного основного договора. Обмен волеизъявлениями при заключении договора состоит из направления предложения заключить договор (оферты) и ответа о его принятии (акцепта). Таким образом, предмет предварительного договора составляют направление предложения заключить основной договор и ответ о его принятии. Ключевым моментом в исполнении предварительного договора является направление предложения заключить основной договор. Ни одна из сторон предварительного договора не обязана направлять предложение о заключении основного договора раньше другой. Если до окончания срока действия предварительного договора ни одна из его сторон не направит другой стороне предложение заключить основной договор, то обязательства, предусмотренные предварительным договором, прекращаются (п. 6 ст. 429 ГК РФ). Сторона предварительного договора, направившая другой стороне предложение о заключении основного договора, своим действием создает для нее обязанность к его принятию. Если сторона предварительного договора уклоняется от принятия предложения заключить основной договор, применяются положения п. 4 ст. 445 ГК РФ.

Предварительный договор обязывает к большему, чем просто обмен волеизъявлениями. Это проявляется в договорах, для заключения которых обмена волеизъявлениями недостаточно. Например, в соответствии с законом для заключения договора может быть необходима передача имущества (п. 2 ст. 433 ГК РФ) или государственная регистрация (п. 3 ст. 433 ГК РФ). В указанных случаях предмет предварительного договора дополняется действиями по передаче соответствующего имущества или действиями, необходимыми для регистрации договора.

³¹ Van Vliet L.P.W. *Transfer of Movables in German, French, English and Dutch Law* (2000). P. 164–165.

³² Козлова Н.В. *Правосубъектность юридического лица*. М., 2005 // СПС КонсультантПлюс.

Предварительный договор о заключении в будущем односторонней сделки. Принято считать, что предварительный договор рассчитан на заключение в будущем договора — двусторонней или многосторонней сделки. Этот подход нашел отражение в п. 1 ст. 429 ГК РФ, где указывается, что стороны предварительного договора обязуются заключить в будущем основной договор. Такая формулировка может привести к выводу о том, что посредством предварительного договора невозможно создать обязанность совершить одностороннюю сделку.

Согласно ст. 156 ГК РФ к односторонним сделкам соответственно применяются общие положения об обязательствах и договорах постольку, поскольку это не противоречит закону, одностороннему характеру и существу сделки. Из системного толкования ст. 156 и п. 1 ст. 429 ГК РФ вытекает, что действующее законодательство не содержит препятствий для заключения предварительного договора о совершении в будущем односторонней сделки, если это не противоречит одностороннему характеру и существу сделки.

Ранее мы пришли к выводу, что предмет предварительного договора ограничивается действиями по заключению договора, устанавливающего обязательство передать имущество, выполнить работу или оказать услугу. Аналогичный подход может быть применим и в отношении односторонних сделок. Совершение односторонней сделки может быть предметом предварительного договора, если она является основанием для возникновения обязательства передать имущество, выполнить работу или оказать услугу. Например, выдача доверенности или составление завещания, представляя собой одностороннюю сделку, не может составить предмет предварительного договора, поскольку не носит обязательственный характер.

Односторонней обязательственной сделкой, совершение которой может выступать предметом предварительного договора, является выдача векселя. Договор о выдаче векселя (*actum de cambiando*) применяется в формировании заемных отношений. Например, в одном из дел предметом рассмотрения Федеральным арбитражным судом Московского округа был договор о том, что А обязуется выдать Б простой вексель номиналом 100, по которому А является плательщиком, а Б через какое-то время после предъявления векселя к платежу и получения 100 обязуется уплатить А 100 плюс проценты³³.

Предметом договора о выдаче векселя служат действия по выдаче собственного векселя определенного содержания, т. е. совершение односторонней обязательственной сделки. Квалификация такого соглашения сторон как предварительного договора позволит применять к отношениям сторон п. 6 ст. 429 и п. 4 ст. 445 ГК РФ.

Актуальным является вопрос о том, можно ли использовать предварительный договор для создания правовой связи еще до того, как будет достигнуто соглашение по всем условиям основного договора. Положительный ответ позволит сделать вывод, что предмет предварительного договора дополняется действиями по участию в дальнейшем согласовании условий основного договора.

³³

См.: постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 05.04.2004 № КГ-А40/2106-04.

Если в предварительном договоре содержание будущего договора в полном объеме не согласовано, его стороны располагают переговорным пространством.

Мы исходим из того, что к конструкции предварительного договора стороны могут прибегать в тех случаях, когда стремятся создать договорную связь еще до согласования всех существенных условий основного договора. При таком подходе к предварительному договору его предмет оказывается шире, чем направление и (или) принятие предложения о заключении основного договора, за счет включения обязательства по согласованию «недостающих» условий основного договора.

Похожую точку зрения высказывал еще в 1891 г. Ф. Липпман. Рассматривая обязательства по поставке свеклы, он предлагал следующее понимание предварительного договора, сохранившее свою актуальность до настоящего времени: заключение соглашений о согласовании в будущем цены покупки оправдывается потребностью торгового оборота, а при недостижении впоследствии сторонами согласия по цене будет справедливо, если в договорные отношения контрагентов вмешается суд и восполнит пробел³⁴.

По мнению Д. Брюгемана, содержание предварительного договора также не сводится к формальному обмену волеизъявлениями о заключении основного договора. Ученый рассматривает предварительный договор как первую ступеньку к основному договору, называемую им *rectum praeparatorium*, которая обязывает стороны прийти к соглашению по оставшимся открытыми условиям основного договора³⁵.

Указанные точки зрения на предварительный договор, который не содержит всех существенных условий основного договора, как на соглашение о проведении переговоров представляются убедительными.

В ситуации, когда содержание основного договора определено сторонами только в общих чертах, предварительный договор позволяет типизировать те условия, по которым достигнуто соглашение, при этом обязывая к продолжению переговоров. Выраженная в предварительном договоре воля, нацеленная на дополнительное согласование отдельных условий основного договора, вознаграждается тем, что при отсутствии согласования таких условий они могут быть восполнены в судебном порядке.

В германском праве признается обязанность последующих переговоров, вытекающая из предварительных договоров, которые требуют дополнения условий основного договора³⁶. Если согласие так и не достигается, а одна из сторон уклоняется от переговоров или предъявляет несоизмеримые требования, то судья вместо партнеров может дополнить отсутствующие условия. Таким образом, следствием нарушения предварительного договора могут быть не только требования об исполн-

³⁴ Lieppmann F. Ueber die reichtliche Natur der statutarischen Rübenlieferungspflicht der Aktionäre von Aktienzuckergesellschaften. 1891. S. 65.

³⁵ Brüggeman D. Causa und Synallagma im Recht des Vorvertrages. JR, 1968. S. 43.

³⁶ Nelle A. Neuverhandlungspflichten. München, 1993. S. 80, 194.

нении обязательства в натуре или возмещении убытков, но и восполнение воли сторон судом.

Действительность основного договора может зависеть от наличия в момент его заключения определенных предпосылок. Например, по сложившейся в настоящее время судебной практике, для того чтобы договор, направленный на распоряжение недвижимым имуществом (например, договор купли-продажи, аренды), стал действительным, такой объект должен быть сформирован, а право на него должно быть зарегистрировано в государственном реестре прав на недвижимое имущество. В качестве другого примера можно привести заключение договора, отвечающего признакам крупной сделки акционерного общества. Такой договор, заключенный без одобрения совета директоров (наблюдательного совета) акционерного общества или общего собрания акционеров, является оспоримой сделкой.

Как видим, для заключения основного договора может быть недостаточно выражения воли каждой из сторон и их совпадения. В таких случаях предмет предварительного договора составляют действия стороны или сторон, необходимые для устранения препятствий, мешающих заключению действительного основного договора.

В предварительном договоре, который предусматривает уплату одной из сторон вознаграждения, установленного за принятие другой стороной обязательства заключить договор, в предмет включаются действия по уплате указанной суммы. Вознаграждение является платой за предоставление права требовать заключения основного договора. Лицо, уплатившее вознаграждение, не обязано заключать основной договор, что дает ему право выбора. Обязательства, предусмотренные предварительным договором, прекращаются, если до окончания срока, в который стороны должны заключить основной договор, он не будет заключен либо одна из сторон не направит другой предложение его заключить (п. 6 ст. 429 ГК РФ). Таким образом, если в срок, предусмотренный в предварительном договоре на заключение основного договора, лицо, уплатившее вознаграждение, не предъявит требование о заключении основного договора, то обязательства из предварительного договора автоматически прекращаются.