

МИНИСТЕРСТВО НАУКИ И ВЫСШЕГО ОБРАЗОВАНИЯ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ
федеральное государственное бюджетное образовательное учреждение
высшего образования
«Тольяттинский государственный университет»

Института права

(наименование института полностью)

Кафедра «Гражданское право и процесс»

(наименование)

40.03.01 Юриспруденция

(код и наименование направления подготовки, специальности)

Гражданско-правовой

(направленность (профиль) / специализация)

ВЫПУСКНАЯ КВАЛИФИКАЦИОННАЯ РАБОТА (БАКАЛАВРСКАЯ РАБОТА)

на тему «Предварительный договор»

Обучающийся

Е.А. Хмылова

(И.О. Фамилия)

(личная подпись)

Руководитель

кандидат юридических наук, доцент А.В. Сергеев

(ученая степень, звание, И.О. Фамилия)

Тольятти 2022

Аннотация

Необходимость заключения предварительного договора продиктована определенными обстоятельствами или юридическими фактами, на основании которых, стороны либо не могут, в силу обстоятельств, либо не изъявляют желания заключать основной договор. При этом, стороны должны осознавать, что договоренности, достигнутые в ходе заключения предварительного договора, также являются обязательствами и в случае неисполнения возможны санкции или принудительное исполнение.

В результате имеющихся неопределенностей в правовом регулировании хозяйствующие субъекты неохотно прибегают к конструкции предварительного договора, пользуясь более предсказуемыми инструментами.

Целью исследования является комплексное изучение конструкции предварительного договора в российском гражданском праве, включающее анализ действующего правового регулирования, обобщение имеющихся в доктрине взглядов и позиций, разбор судебной практики.

Для достижения поставленной цели в ходе исследования предполагается решить следующие задачи:

- исследовать правовую природу предварительного договора;
- рассмотреть место предварительного договора в системе договорного права;
- изучить существенные и иные условия предварительного договора;
- исследовать аспекты обеспечения исполнения обязательств из предварительного договора;
- рассмотреть особенности защиты прав сторон предварительного договора.

По структуре выпускная квалификационная работа состоит из введения, двух глав основной части, заключения и списка используемой литературы и используемых источников.

Оглавление

Введение.....	4
Глава 1 Основные положения о предварительном договоре.....	7
1.1 Правовая природа предварительного договора	7
1.2 Место предварительного договора в системе договорного права...	15
Глава 2 Содержание предварительного договора и особенности его исполнения.....	25
2.1 Существенные и иные условия предварительного договора	25
2.2 Обеспечение исполнения обязательств из предварительного договора	33
2.3 Защита прав сторон предварительного договора	40
Заключение	47
Список используемой литературы и используемых источников.....	49

Введение

Предварительный договор известен российскому праву весьма давно. Более чем за трехсотлетнюю историю данный договор вызывал не мало споров и высказываний в науке гражданского права по поводу оформления, содержания и целесообразности существования предварительного договора.

В настоящее время весьма актуально использовать предварительный договор в гражданском обороте. Поскольку такой договор является распространенной конструкцией в системе гражданского права и является гарантом намерения сторон заключить договор. В месте с тем возникает ряд проблем, связанных с условиями договора. Зачастую стороны включают в содержание условия, которые не предусмотрены законодательством, либо напротив, упускают важные условия. В связи с чем, на практике возникают споры в части его исполнения. Кроме того, иногда происходит смешивание предварительного договора и основного договора, что порождает споры в судебных разбирательствах. Данное обстоятельство дает нам основание изучить и правовую природу предварительного договора, что бы четко определить цели такого и ответственность за неисполнение сторонами условий договора.

Тем не менее, следует признать, что в настоящее время конструкция предварительного договора в сфере предпринимательской деятельности, несмотря на все преимущества данного инструмента, используется не столь широко. Думается, что потенциал предварительного договора не раскрыт по причине обилия теоретических и практических проблем, отсутствия единства взглядов на пути их разрешения. Взять хоть существовавший долгое время дуализм мнений как в доктрине, так и в судебной практике по вопросу возможности включения в предварительный договор условия о задатке.

В результате имеющихся неопределенностей в правовом регулировании хозяйствующие субъекты неохотно прибегают к конструкции

предварительного договора, пользуясь более предсказуемыми инструментами.

Из изложенного следует вывод о необходимости исследования имеющихся в теории и правоприменительной практике проблемных вопросов, с тем чтобы в результате их разрешения конструкция предварительного договора стала более понятной и привлекательной для хозяйствующих субъектов. Актуальность темы исследования обусловлена также необходимостью проведения сравнительно-правового анализа предварительного договора со схожими правовыми конструкциями, в частности, с опционом на заключение договора, соглашением о ведении переговоров.

Объектом исследования являются общественные отношения, складывающиеся в процессе заключения и исполнения предварительного договора. Предметом исследования выступают нормативно-правовые акты, охватывающие положения об объекте исследования, доктринальные источники, в том числе содержащие анализ правовой природы предварительного договора, его соотношение со смежными правовыми конструкциями, судебная практика.

Целью исследования является комплексное изучение конструкции предварительного договора в российском гражданском праве, включающее анализ действующего правового регулирования, обобщение имеющихся в доктрине взглядов и позиций, разбор судебной практики.

Для достижения поставленной цели в ходе исследования предполагается решить следующие задачи:

- исследовать правовую природу предварительного договора;
- рассмотреть место предварительного договора в системе договорного права;
- изучить существенные и иные условия предварительного договора;
- исследовать аспекты обеспечения исполнения обязательств из предварительного договора;

– рассмотреть особенности защиты прав сторон предварительного договора.

Теоретическую и эмпирическую базу исследования составили нормативные правовые акты: Конституция РФ, Гражданский кодекс РФ, правоприменительная практика, труды отечественных ученых, среди которых такие авторы, как: Н.А. Аблятипова, В.В. Витрянский, Е.С. Жмаева, Т.К. Ракимова и другие.

Методологической основой исследования являются как общенаучные, так и специальные методы исследования: диалектический, логический, системный, метод анализа и синтеза.

По структуре выпускная квалификационная работа состоит из введения, двух глав основной части, заключения и списка используемой литературы и используемых источников.

Глава 1 Основные положения о предварительном договоре

1.1 Правовая природа предварительного договора

Изучение предварительного договора целесообразно начать с характеристики правовой природы и определения места в системе договорных обязательств. Характеристику правовой природы предварительного договора следует начать с вопроса о том, носит ли данный договор самостоятельный характер. В юридической науке на этот счет сложилось два подхода: позитивная теория предварительного договора, признающая его самостоятельный характер по отношению к основному договору, и отрицательная теория предварительного договора.

Сторонники отрицательной теории предварительного договора отождествляют основной и предварительный договоры, мотивируя практической бесполезностью заключения последнего.

Так, В.В. Груздев резко «отрицал существование в гражданском обороте предварительных договоров, указывая, что предварительный договор необходимо рассматривать как окончательный договор, даже если стороны такого договора в действительности хотели связать себя обязательствами из основного договора только в будущем. Он объяснял это тем, что правопорядок не обязан давать сторонам ради их неосновательного желания возможность двукратного обращения к суду, когда можно обойтись одним процессом» [9, с. 8].

Интерес стороны в том, чтобы обеспечить себе в будущем заключение договора, если она того пожелает, в совершенно достаточной степени удовлетворяется связующей офертой с указанием срока.

С названной точкой зрения вряд ли можно согласиться. Во-первых, принятие такого подхода означает игнорирование действительной воли сторон, которую они выразили, заключив именно предварительный, а не основной договор. Во-вторых, автором не учитывается, что предварительный

и основной договор преследуют разные цели: первый направлен на организацию хозяйственных связей, а второй на непосредственный товарообмен. В-третьих, заключение предварительного и основного договоров порождают разные последствия. На этот факт также указывает В.Г. Голубцов: «предварительный договор не есть дублирование основного договора, потому что с каждым из них связаны свои последствия: основной договор порождает не последствия, какие ему вообще присущи (с теми модификациями, какие стороны придадут договору, внося в него специальные условия): что же касается предварительного договора, то из него вытекает лишь обязательство заключить в будущем договор, который стороны имели в виду, заключая предварительный договор» [7, с. 491].

В рамках позитивного подхода к предварительному договору следует определить его место в системе договорных обязательств. Как справедливо отмечает К.О. Брудков «действующее законодательство именуется в качестве договоров ряд правовых конструкций, которые не образуют самостоятельный договорный вид (род), но представляют собой специальный правовой режим гражданско-правовых договоров практически любого вида (рода). Речь идет о таких конструкциях как публичный договор, договор присоединения, рамочный договор, опционный договор и др.» [5, с. 60]. К таким договорным конструкциям относится, в том числе, и предварительный договор.

По смыслу п. 1 ст. 429 ГК РФ предварительный договор представляет собой договор, в силу которого стороны обязуются заключить в будущем основной договор на условиях, предусмотренных предварительным договором [8].

Формулировка «обязуются» свидетельствует о том, что предварительный договор сконструирован законодателем по типу консенсуального. Иными словами, предварительный договор порождает обязательство с момента его заключения, то есть с момента, когда стороны достигли в требуемой законом или договором форме соглашения по всем существенным условиям договора.

В качестве примеров основных договоров, которые стороны могут обязаться заключить в будущем, в статье называются договоры о передаче имущества, выполнении работ или об оказании услуг. В силу действия принципа свободы договора, а также по той причине, что гражданский оборот не исчерпывается договорами на оказание услуг, выполнение работ или передачу имущества, указанный перечень следует признать открытым. Во всяком случае, препятствий для заключения предварительных договоров в целях заключения в будущем основных договоров иного вида, чем названы в п. 1 ст. 429 ГК РФ, не имеется [8].

Согласно разъяснениям, изложенным в абз. 2 п. 23 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 25.12.2018 г. № 49 «О некоторых вопросах применения общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации о заключении и толковании договора» (далее – Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 25.12.2018 г. № 49), отсутствие на момент заключения предварительного или основного договора возможности передать имущество, выполнить работу, оказать услугу, являющихся предметом будущего договора, не может служить препятствием к заключению предварительного договора [21]. Таким образом, заключение предварительного договора возможно не только в отношении существующих объектов гражданских прав, но и тех, что будут приобретены или созданы в будущем.

Долгое время дискуссионным в науке российского гражданского права является вопрос о допустимости заключения односторонних предварительных договоров.

И.В. Елисеев «критиковал односторонний предварительный договор на примере предварительного договора купли-продажи: Один из контрагентов обязуется продать в будущем вещь другому. Последний не обязан купить, но ему принадлежит право это сделать. С момента изъявления им желания совершить куплю-продажу таковая имеется налицо, так как недостающее

волеизъявление покупателя сделано. Незачем заставлять продавца делать ещё одно, второе с его стороны, волеизъявление» [10, с. 103].

В.В. Витрянский «указывает на невозможность заключения одностороннего предварительного договора, поскольку по смыслу ст. 429 ГК РФ данный договор выступает как двусторонне обязывающий» [6, с. 491].

К.О. Брудков, напротив, «оспаривал позицию тех, кто допускал возможность существования синаллагматических предварительных договоров. Соответственно, по мнению автора, предварительный договор может быть только односторонним. Имея в виду куплю-продажу, он допускал заключение только таких предварительных договоров, в которых обязательство заключить договор возлагалось только либо на продавца («обязуюсь продать»), либо на покупателя («обязуюсь купить»)» [5, с. 61].

Придерживаясь не столь категоричного мнения по отношению к двусторонне обязывающим предварительным договорам. И.В. Елисеев все-таки допускал принципиальную возможность заключения односторонних предварительных договоров: «Быть может, стороны имеют в виду в данный момент установить одностороннее обязательство (например, только для продавца) тем фактом, что они выражают волю заключить договор с двусторонним обязательством только в будущем, они наглядно показывают, что у них нет воли на совершение этого договора в настоящем» [10, с. 103].

О.Г. Ершов отмечает: «По общему правилу предварительный договор является двусторонним организационным договором. Обязательства заключить основной договор возникают у каждой из его сторон. В то же время в силу принципа свободы договора нельзя исключать заключение и одностороннего предварительного договора, в котором обязательство заключить основной договор по требованию контрагента возникает лишь у одной из сторон, в то время как контрагент заключать основной договор не обязан, но имеет право требовать от другой стороны заключения такого договора» [11, с. 39].

Буквальное толкование п. 1 ст. 429 ГК РФ действительно предполагает, что «предварительный договор является двусторонне обязывающим, иными словами обе стороны предварительного договора имеют право требования и обязанность по заключению в будущем основного договора» [8]. Тем не менее, Верховный суд пошел по пути расширительного толкования данной нормы, указав, что предварительному договору стороны или одна из них обязуются заключить в будущем основной договор (абз. 1 п. 23 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 25.12.2018 г. № 49). Следовательно, можно сделать вывод о том, что действующее правовое регулирование допускает заключение односторонних предварительных договоров [21].

К числу дискуссионных также относится вопрос о допустимости заключения возмездных предварительных договоров. Н.А. Аблятипова, рассуждая на эту тему отмечает, что характеристика предварительного договора в качестве организационного приводит к выводу: во исполнение данного договора не может производиться передача какого-либо имущества (в том числе и денег) одной стороной другой стороне [1, с. 254].

О.Г. Ершов разделяет высказывание В.Г. Голубцова по поводу регулирования двусторонне обязывающих предварительных договоров, В.Г. Голубцов отмечает, что «ситуация несколько меняется при переводе предварительного договора в односторонний. Сторона, предоставляющая другой стороне право требовать заключения договора, вправе рассчитывать на вознаграждение. При этом премия, передаваемая по предварительному договору, представляет собой плату за предоставление права требовать заключения основного договора» [7, с. 491].

Отметим, что ст. 429 ГК РФ не содержит запрета на заключение предварительного договора, содержащего условие о выплате одной из сторон денежного вознаграждения за заключение такого договора. При этом вполне можно представить себе ситуацию, в которой одна сторона будет больше заинтересована в заключении предварительного договора, чем другая. К

примеру, арендатор больше, чем арендодатель заинтересован в заключении предварительного договора аренды нежилого помещения, имеющего выгодное расположение для будущей коммерческой деятельности, поскольку очевидно, что будет много желающих указанное помещение занять [8].

Нет убедительных причин запрещать сторонам заключать предварительные договоры, содержащие «условие о вознаграждении обязанной стороны за принятие на себя в одностороннем порядке такого обязательства и предоставление другой стороне права требовать заключения основного договора» [12, с. 110]. Тем более в случаях, когда заключение такого договора сулит экономическую выгоду обеим сторонам. Указанную точку зрения поддерживают А. Г. Карапетов, В. В. Саркисян, Г. А. Орлов и др.

Таким образом, следует признать принципиальную возможность заключения возмездных предварительных договоров. Важным для характеристики правовой природы предварительного договора является также рассмотрение вопроса о допустимости перемены лиц в обязательстве, возникающем из предварительного договора [4, с. 83].

«Особый интерес данный не имеющий прямого законодательного ответа вопрос приобрел в связи со специальным нормативным разрешением аналогичной уступки в рамках родственной договорной конструкции опциона на заключение договора (п. 7 ст. 429.2 ГК РФ)» [9, с. 10]. В российской правовой науке не сложилось единого подхода к решению данной проблемы.

По представлению Е.С. Жмаевой, уступка прав из предварительного договора невозможна ввиду того, что он не порождает имущественных обязательств [12, с. 108]. И.В. Елисеев считает, что обязательство, возникающее из предварительного договора, является неразрывно связанным с личностью сторон. В связи с этим, он указывает на недопустимость требовать от лица, чтобы оно против своей воли заключило основной договор с иным, чем изначально предполагалось лицом [10, с. 103]. Уступка

прав требования при таком подходе также не допускается в силу прямого указания об этом ст. 383 ГК РФ [8].

Разделяя мнение указанных авторов о том, что право на заключение основного договора не может быть уступлено другому лицу, В. В. Витрянский «ввиду самостоятельности конструкций опциона и предварительного договора и отсутствия достаточной схожести между ними акцентированно отрицает возможность применения к предварительному договору по аналогии закона нормы п. 7 ст. 429.2 ГК РФ, а само наличие последней расценивает как дополнительный аргумент в пользу вывода *e contrario* (от противного): чтобы сделать возможной уступку права из предварительного договора, требуется специальное указание закона» [6, с. 51].

А.О. Иншакова напротив, «не видит правовых оснований для запрета уступки прав из предварительного договора, отмечая, что с учетом специфики предварительного договора, между сторонами действительно складывается более тесная связь, однако она основана на фактическом доверии, не имеющем правового значения и не отражающемся на возникающем правоотношении». [13, с. 35].

Вопрос о допустимости перемены лиц в предварительном договоре рассматривался Верховным судом в контексте наследственного права, Стороны заключили предварительный договор купли-продажи жилого помещения. Одна из сторон умерла, не успев заключить основной договор. В связи с этим, вторая сторона предварительного договора обратилась в суд с иском о понуждении наследников к заключению основного договора. Суды первой и апелляционной инстанции в удовлетворении требований отказали, ссылаясь на то, что предварительный договор порождает обязательство, неразрывно связанное с личностями кредитора и должника, а потому ввиду смерти одной из сторон действие предварительного договора прекратилось. «Верховный суд отменил данные судебные акты и направил дело на новое рассмотрение в суд первой инстанции, указав, что «обязательство, возникшее

из предварительного договора, не связано неразрывно с личностью должника, гражданское законодательство не содержит запрета на переход обязанности заключить основной договор купли-продажи квартиры в порядке наследования к наследникам, принявшим наследство» [4, с. 81].

А.О. Кириллова вместе с тем пишет, что «общий положительный ответ на рассматриваемый вопрос не может быть сформулирован безоговорочно. Его необходимо увязывать с универсальностью изменений, происходящих в обязательстве» [15, с. 94]. Ершов О. Г. справедливо отметил: «если у сторон возникает обязанность через некоторое время заключить основной договор через совершение активных действий, то налицо признаки правоотношения, в котором обе стороны по отношению друг к другу обладают одновременно взаимными обязанностями заключить основной договор и взаимными правами требования заключения основного договора. При этом существующие права и обязанности охватываются совершением одного действия контрагента и не могут быть разделены, что фактически означает универсальное правопреемство, последствием которого является возникновение обязанности и одновременно права требования у нового застройщика заключения основного договора» [11, с. 39].

Изложенное означает, что «в целом уступка права из предварительного договора всегда сопряжена (неразрывно связана) с одновременной передачей обязанности вступления в основное договорное правоотношение, что, в свою очередь требует получения согласия контрагента на перевод долга (п. 2 ст. 391 ГК РФ)» [8].

Исходя из рассмотренных в настоящем параграфе дискуссий по имеющимся в теории и практике проблемам, можно сделать следующие выводы.

Предварительный договор носит самостоятельный характер, поскольку отличается от основного договора как по целям, так и по правовым последствиям: при заключении данного договора воля сторон направлена не на непосредственный товарообмен, а на организацию своих хозяйственных

связей, с тем чтобы связать друг друга обязательством заключить в будущем основной договор на условиях, предусмотренных предварительным договором.

Вместе с тем, исходя из принципа свободы договора, а также отсутствия в гражданском законодательстве запрета на заключение односторонних и (или) возмездных предварительных договоров, договоры, содержащие подобные условия нельзя признать чисто организационными.

Итак, предварительный договор следует рассматривать, как стадию или этап заключения основного гражданско-правового договора, как неразрывно связанный элемент. На основании вышесказанного, следует подчеркнуть, что заключение предварительного договора не влечет обязательств сторон, но возникает взаимосвязь контрагентов.

1.2 Место предварительного договора в системе договорного права

В российском гражданском праве имеют место схожие с предварительным договором конструкции, поэтому для правильного построения правоприменительной практики необходимо выделить признаки, по которым их можно разграничить.

На первый взгляд тождественным предварительному договору кажется такая конструкция как соглашение о намерениях. Разумеется, это заблуждение: данные договорные конструкции имеют разные цели, содержание и правовые последствия [15, с. 94].

Прежде всего следует отметить, что соглашение о намерениях в гражданском кодексе не называется, однако встречается на практике в силу действия принципа свободы договора. Соглашение о намерениях, как правило, «используется для того, чтобы очертить общие условия, на которых стороны будут готовы заключить определенную сделку, то есть служит для определения направлений ведения переговоров» [12, с. 108]. Брудков К.О. также обращает внимание, что «протокол о намерениях может быть

предъявлен потенциальным инвесторам в качестве доказательства действительного ведения переговоров между сторонами и достижения определенного понимания условий, на которых они готовы сотрудничать» [5, с. 58].

Ввиду отсутствия правовой регламентации неопределенным является вопрос о предмете и существенных условиях соглашений о намерениях, в связи с этим, стороны вправе включать в такие соглашения практически любые условия. Вместе с тем, в случаях, когда в договоре, хотя и поименованном сторонами соглашением о намерениях, содержатся условия, предусмотренные ст. 429 ГК РФ, суды квалифицируют данные договоры как предварительные [8].

Кроме того, в случае, если судом будет установлена действительная воля сторон, направленная на создание обязательства заключить основной договор в будущем, для разрешения дела им будут применены правила именно о предварительном договоре, даже если в рассматриваемом соглашении не содержится всех существенных для предварительного договора условий.

Основное отличие соглашения о намерениях от предварительного договора состоит в том, что оно не порождает у сторон обязательства заключить договор в будущем. В пользу данного вывода свидетельствует и судебная практика. Из этого следует, что у сторон соглашения о намерениях отсутствует право требования о понуждении заключить основной договор.

«По этим же причинам от предварительного договора следует отличать соглашение о процедуре переговоров, представляющего собой договор, в силу которого стороны обязуются принять меры по организации процедуры переговоров для заключения основного договора (в частности, участвовать в разработке документов переговоров, нести расходы на стадии переговоров, соблюдать конфиденциальность переговоров) в объеме, предусмотренном соглашением» [22, с. 56].

Указанные договорные конструкции также отличаются по целям. Целью заключения соглашения о процедуре переговоров является упорядочивание порядка ведения сторонами переговоров: определения места, времени, состава участников переговоров и т. д. Целью предварительного договора является заключение основного договора в будущем, при этом то, как именно сторонами будет заключаться основной договор, является юридически безразличным.

Внимания заслуживает также сравнительная характеристика предварительного и рамочного договоров. В соответствии с п. 1 ст. 429.1 ГК РФ рамочным договором (договором с открытыми условиями) признается договор, определяющий общие условия обязательственных взаимоотношений сторон, которые могут быть конкретизированы и уточнены сторонами путем заключения отдельных договоров, подачи заявок одной из сторон или иным образом на основании либо во исполнение рамочного договора [8].

«Как видно из законодательного определения, в отличие от предварительного договора рамочный договор не содержит обязанности заключить конкретный договор в будущем» [10, с. 105]. Более того, никакие дополнительные договоры для уточнения положений рамочного договора сторонами могут не заключаться, в таком случае, к отношениям сторон, не урегулированным отдельными договорами, в силу прямого указания п. 2 ст. 429.1 ГК РФ, подлежат применению общие условия, содержащиеся в рамочном договоре [8].

«Предварительный договор считается исполненным при условии заключения основного договора. Рамочный договор, в свою очередь, исполняется в течение определенного времени в ходе заключения отдельных договоров и до момента прекращения его действия имеет цель урегулировать отношения сторон» [10, с. 103].

Далее следует подробнее остановиться на отличительных характеристиках предварительного договора на основании характеристик

присущих опционному договору, а также опциону на заключение основного договора.

Опционный договор в отличие от предварительного договора не предполагает заключение какого-либо договора в будущем. В соответствии с опционным договором право требовать совершения определенных действий возникает только у одной стороны – кредитора. Не столь очевидны отличия предварительного договора от опциона на заключение договора.

«В литературе высказывалось мнение, что опцион на заключение договора представляет собой возмездный односторонний предварительный договор» [22, с. 56]. Другие авторы, признавая схожесть данных конструкций, отмечают, что они не являются идентичными, так как сохраняются принципиальные отличия в структуре порождаемых прав и обязанностей.

«Ключевое отличие предварительного договора и опциона на заключение договора состоит в том, что предварительный договор представляет собой договор, а опцион, в сущности, является безотзывной офертой» [16, с. 29].

«Должник по опциону находится в положении лица претерпевающего, поскольку вопрос заключения основного договора (акцента безотзывной оферты) зависит от воли кредитора по опциону. При наличии волеизъявления кредитора правовое положение обязанной стороны изменяется автоматически, и основной договор считается заключенным. Такое право одной из сторон ввести основной договор в действие своим произвольным волеизъявлением является секундарным. В случае судебной защиты, иск кредитора по опциону направлен на исполнение уже возникшего обязательства из основного договора» [16, с. 30].

Иная ситуация складывается при заключении предварительного договора; у его стороны возникает субъективное право требовать от другой стороны заключения основного договора, которому корреспондирует субъективная обязанность другой стороны заключить основной договор. При

нарушении обязанности заключить основной договор одной стороной другая сторона вправе обратиться в суд с требованием о понуждении к исполнению обязанности заключить (но не исполнить) основной договор в принудительном порядке.

Проведённый сравнительно-правовой анализ свидетельствует о самостоятельном значении предварительного договора в системе договорных конструкций.

Определившись с характерными особенностями конструкции предварительного договора, необходимо перейти к рассмотрению вопроса о сфере его применения.

В гражданско-правовой науке принято традиционное деяние договоров на имущественные и организационные исходя из содержания правоотношений, которые они опосредуют. Имущественными признаются договоры, обеспечивающие перемещение материальных благ (товарообмен). Организационные договоры, в свою очередь, направлены на организацию товарообмена, то есть на установление организационных связей между участниками гражданского оборота.

Предварительный договор, бесспорно, относится к организационным договорам, поскольку его целью является организация заключения основного (имущественного) договора в будущем. «Необходимость организовать заключение основного договора в будущем возникает тогда, когда стороны готовы установить между собой некую правовую связь, но при этом по тем или иным причинам не готовы к заключению основного договора» [12, с. 110].

Рассмотрим, как предварительный договор выполняет функцию упорядочивания хозяйственных связей на конкретном примере. Подрядчику необходимо закупить материалы для строительства объекта, но на строительной площадке в данный момент места для их размещения нет, и достоверно неизвестно, когда оно освободится. Поставщик, продающий подрядчику необходимые строительные материалы по выгодной цене,

закупает их партиями в Китае, и сейчас на складе они отсутствуют. Из-за ситуации с коронавирусом поставки из Китая иногда срываются, но поставщик готов попробовать закупить материалы для последующей продажи подрядчику в случае, если будет уверен в его намерениях приобрести данный товар. В указанном примере подрядчик не заинтересован в заключении основного договора, поскольку не уверен в сроках освобождения места для хранения закупаемого товара, а аренда склада сулит ему дополнительные расходы. Поставщик также не заинтересован в заключении основного договора сразу, поскольку поставка из Китая может сорваться, а он не готов брать на себя ответственность, которая последует для него из основного договора. В наибольшей степени интерес обеих сторон в данном случае удовлетворит заключение предварительного договора поставки строительных материалов.

Несмотря на широкое применение конструкции предварительного договора в сфере предпринимательской деятельности, его нельзя назвать строго предпринимательским, поскольку закон не содержит ограничений относительно круга лиц, имеющих право заключать предварительные договоры. В связи с этим, предварительные договоры могут заключаться всеми субъектами гражданского права, в том числе физическими лицами [13, с. 35].

Говоря о сфере применения предварительного договора, необходимо отметить следующее. Конструкция предварительного договора традиционно используется в сфере оформления сделок с недвижимым имуществом.

Ранее это было обусловлено «тем, что договор купли-продажи недвижимости требовал государственной регистрации, а значит предоставления в момент его заключения правоустанавливающих документов на недвижимость. В связи с этим создавалась ситуация, при которой договор купли-продажи не мог быть заключен до того, как продавец не оформит надлежащим образом свое право на имущество» [12, с. 110]. «К примеру, наследник (продавец) не мог получить правоустанавливающий

документ на недвижимость до истечения срока принятия наследства, и как следствие, стороны были лишены возможности зарегистрировать договор купли-продажи. «Таким образом, единственной возможностью связать такого продавца с покупателем оставалось заключение предварительного договора.» [20].

Однако с 1 марта 2013 года вступили в силу изменения, внесенные п. 8 ст. 2 Федерального закона от 30.12.2012 № 302-ФЗ «О внесении изменений в главы 1, 2, 3 и 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации», согласно которым регистрация договоров купли-продажи недвижимости была отменена.

Между тем, в настоящее время обязательной является «государственная регистрация договоров аренды недвижимого имущества, заключенных на срок не менее одного года (п. 2 ст. 651 ГК РФ)» [8]. В связи с этим представляется, что актуальность использования предварительного договора в сфере оформления сделок с недвижимостью сохраняется.

Рассуждая о сфере применения конструкции предварительного договора, М.С. Крохина пишет, что «объяснение необходимости прибегать к конструкции предварительного договора для договоров консенсуальных за пределами приведенного случая с обязательной регистрацией совершенной сделки связано со значительными трудностями» [16, с. 30]. При этом он справедливо отмечает, что, если к исполнению обязательств, возникающих из консенсуального договора, в силу объективных причин невозможно приступить «сегодня», то ничего не мешает заключить основной договор (минуя стадию предварительного) с указанием срока исполнения «завтра».

В связи с этим, автором предлагается использование конструкции предварительного договора для реальных договоров, предполагающих для признания их заключенными «не только достижения соглашения по всем существенным условиям, но и передачу вещи. В таком случае «использование конструкции предварительного договора имеет целью, разделив стадию заключения договора на две, придать самостоятельное

правовое значение самому соглашению. А из того, в свою очередь, вытекает, что стороны будут находиться в юридической связи еще ранее передачи вещи. Значит, соответствующая обязательственная связь может возникнуть до того, как у лица появится необходимая для исполнения вещь, например деньги у будущего заимодавца, либо непосредственный интерес к вещи (например, при строительстве интерес заказчика к получению оборудования у поставщика появится после возведения здания)» [6, с. 52-53].

Между тем, в вопросе допустимости использования конструкции предварительного договора для договоров, сконструированных законодателем по типу реальных, в науке существует дискуссия.

В юридической литературе «бытует мнение о недопустимости понуждения к заключения реального договора во исполнение предварительного договора, по причине того, что принуждение к передаче имущества, по мнению авторов, противоречит целям признания тех или иных договоров в качестве реальных» [9, с. 10].

При этом отмечается, что «конструкции реального и консенсуального договоров имеют вполне определенное назначение – наделить участников оборота возможностью взвесить все «за» и «против» заключения договора вплоть до момента, к которому законом приурочено заключение договора. А это, помимо прочего, связано с лишением контрагентов права требовать передачи (принятия) имущества в целях заключения реального договора, на что в конечном счете направлена воля законодателя при моделировании соответствующей конструкции. В этой связи известная свобода сторон в выборе момента заключения договора наблюдается лишь в тех исключительных случаях, когда сам законодатель применительно к отдельным видам поименованных договоров допускает такой выбор (см., например, п. 1 ст. 572, п. 1 ст. 689, п. 1 ст. 807 ГК РФ), вариант которого предлагает offerent» [4, с. 83].

Исходя из изложенных соображений, попытки понудить сторону передать имущество по реальному договору «посредством предусмотренного

в рамках конструкции предварительного договора иска о принуждении к заключению основного договора должны пресекаться, поскольку практику использования конструкции предварительного договора в целях обхода императивных норм закона о реальном характере договора вряд ли можно признать нормальной» [22, с. 56].

Подводя итог, изложенным в настоящем параграфе взглядам на приведенные теоретические проблемы, необходимо отметить следующее. Ключевой особенностью предварительного договора является само порождаемое им обязательство заключить основной договор на условиях, предусмотренных предварительным договором, это, в свою очередь, обуславливает иные особенности правового регулирования, в частности, наличие у сторон предварительного договора такого специфического способа защиты прав как понуждение к заключению основного договора.

Опцион на заключение договора не является разновидностью предварительного договора. Принципиальное отличие одностороннего возмездного предварительного договора от опциона на заключение договора состоит в том, что у стороны такого предварительного договора возникает право требовать принудительного заключения основного договора в судебном порядке; в случае же с опционом вопрос заключения основного договора решается иначе: при наличии волеизъявления кредитора правовое положение обязанной стороны изменяется автоматически, и основной договор считается заключенным [16, с. 30].

Сфера применения предварительного договора довольно обширна. Данная договорная конструкция может применяться как профессиональными участниками рынка в целях организации товарообмена, так и обычными гражданами, поскольку предварительный договор нельзя отнести к строго предпринимательским.

Предварительный договор может содержать условия об обязанности заключить в будущем основной договор, сконструированный законодателем по типу реального. Вместе с тем, в случае нарушения обязательств из такого

предварительного договора стороны могут рассчитывать только на возмещение убытков по модели негативного интереса, иной подход вступает в противоречие с волей законодателя и приводит, по сути, к обходу закона, что является недопустимым.

Глава 2 Содержание предварительного договора и особенности его исполнения

2.1 Существенные и иные условия предварительного договора

Из п. 3 ст. 429 ГК РФ следует, что для признания предварительного договора заключенным, в нем следует согласовать условия, позволяющие установить предмет, а также условия основного договора, относительно которых по заявлению одной из сторон должно быть достигнуто соглашение при заключении предварительного договора. «Вместе с тем, прежде чем перейти к характеристике отдельных условий, составляющих содержание предварительного договора, рассмотрим ранее действующее правовое регулирование относительно перечня условий, признаваемых законом существенными для целей заключения предварительного договора» [6, с. 492].

В прежней редакции п. 3 ст. 429 ГК РФ предусматривалось, что предварительный договор должен содержать условия, позволяющие установить предмет, а также другие существенные условия основного договора. Иными словами, предварительный договор, в отличие от требований ныне действующей редакции п. 3 ст. 429 ГК РФ, «должен был содержать условия, которые названы в законе или иных правовых актах как существенные или необходимые для договоров данного вида» (п. 1 ст. 432 ГК РФ) [8].

Данный подход подвергался обоснованной критике в юридической литературе. По справедливому замечанию В.В. Груздева «интерес сторон, вступающих в предварительное соглашение, состоит обычно в том, чтобы создать между собой правовую связь не столь прочную, как правоотношение из основного договора. Участники предварительного договора не намерены заранее связывать себя всеми положениями основного договора, им необходима большая свобода маневра, в том числе и в определении

существенных условий основного договора в будущем. К сожалению, п. 3 ст. 429 ГК РФ лишает предварительный договор этой гибкости» [9, С. 8].

Помимо прочего, можно представить себе ситуацию, при которой хозяйствующие субъекты на этапе заключения предварительного договора не в состоянии согласовать все существенные условия основного договора ввиду объективных причин, скажем, из-за конъюнктуры рынка. Таким образом, нет убедительных причин блокировать возможность заключения хозяйствующими субъектами предварительного договора, в котором согласовано только условие предмете, отложив согласование иных необходимых для исполнения договора условий на более поздний срок.

В конечном счете, указанная критика была признана обоснованной и нашла отражение в Концепции «развития гражданского законодательства Российской Федерации, содержащей указание на то, что в целях более эффективного использования конструкции предварительного договора в Гражданском кодексе Российской Федерации следует ограничить круг условий, подлежащих обязательному отражению в предварительном договоре, условием заключения основного договора, условием о предмете основного договора и условиями, относительно которых по заявлению одной из сторон должно быть достигнуто соглашение, допустив согласование прочих условий основного договора на этапе его заключения.» [12, С. 108].

Логичным завершением существовавшей проблемы в правовом регулировании явилось внесение соответствующих изменений в Гражданский кодекс Российской Федерации. Однако следует признать, что и действующая редакция п. 3 ст. 429 ГК РФ не лишена недостатков.

По смыслу п. 3 ст. 429 ГК РФ согласование сторонами условий, которые названы в законе или иных правовых актах как существенные или необходимые для договоров данного вида не является обязательным [8].

Верховный суд РФ, следуя за логикой законодателя, в п. 25 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 25.12.2018 г. № 49 разъяснил, что для признания предварительного договора заключённым

достаточно установить предмет основного договора или условия, позволяющие его определить. При этом отсутствие в предварительном договоре иных существенных условий основного договора само по себе не свидетельствует о незаключенности предварительного договора.

В тоже самое время, без согласования в предварительном договоре существенных в силу специального указания закона условий, надлежащее исполнение обязательств, надо полагать, будет весьма затруднительным или даже невозможным.

Законодательно данная проблема разрешается в п. 5 ст. 429 ГК РФ: в случае возникновения разногласий сторон относительно условий основного договора такие условия определяются в соответствии с решением суда.

Подобное решение может вызвать определенные сомнения, поскольку фактически указанная норма делегирует суду бремя определения существенных в силу закона условий за стороны. Между тем, если условие является существенным в силу прямого указания в законе, не означает ли это, что закон не доверяет определение такого условия судам, иными словами, для чего в таком случае признавать его существенным? «Видимо, законодатель исходит из идеи о том, что, заключая предварительный договор без фиксации в нем тех или иных обязательных в силу закона для основного договора существенных условий, стороны имплицитно соглашаются на признание за судом компетенции по урегулированию разногласий по таким условиям» [7, с. 490].

Тем не менее, данное законодательное решение в известной мере ограничивает автономию воли сторон, а следовательно, необходимо определить пределы судебного вмешательства в вопросе определения условий договора.

А.О. Кириллова, признавая принципиальную допустимость восполнения судом положений предварительного договора, указывает, что это право должно быть ограничено: «Такое восполнение должно допускаться только в том случае, если для этого имеются достаточные основания в

предварительном договоре: сторонами определен порядок конкретизации условий основного договора (путем привлечения третьего лица, по усмотрению сторон или в одностороннем порядке), или имеются иные указания, позволяющие определить положения основного договора. Восполнение следует признать допустимым также для случаев, когда в законе содержатся общинные положения, позволяющие определить условия договора положение о сроке, цене и т. п.). В противном случае суду были бы предоставлены необоснованно широкие полномочия в определении условий договора – акта частного права. К тому же поощрялась бы небрежность сторон предварительного договора в определении условий будущего основного договора» [15, С. 94].

Вопрос о включении в основной договор условий, не предусмотренных предварительным договором, должен разрешаться с учетом конкретных обстоятельства дела.

Так, Высший Арбитражный Суд РФ, рассматривая возникший в судебной практике вопрос о том, может ли суд понуждать сторону включить в основной договор условие о цене, если такое условие не было предусмотрено в предварительном договоре, указал следующее: «В том случае, когда в предварительном договоре указано, что условие о цене будет определено сторонами в основном договоре, такая запись должна расцениваться арбитражным судом как достижение согласия сторон о включении в основной договор данного условия, и разногласия по установлению конкретной цены также подлежат рассмотрению арбитражным судом. Если одна из спорящих сторон при отсутствии в предварительном договоре условия о цене настаивает на включении в основной договор условий об определении цены в ином порядке, чем предусмотрено статьей 424 Гражданского кодекса Российской Федерации, или требует указания в нем конкретной цены, а другая сторона возражает против этого, то арбитражный суд не вправе рассматривать такой спор» [21].

Изучая условия предварительного договора нельзя не отметить их отдельные характеристики, оказывающее влияние на суть конструкции.

В предварительном договоре можно выделить две группы условий: условия, относящиеся непосредственно к содержанию предварительного договора, и условия, относящиеся к содержанию основного договора, подлежащего заключению в будущем.

В литературе также встречается классификация условий предварительного договора на организационно-процедурные и организационно-материальные. К числу «организационно-процедурных» условий можно отнести условие о предмете предварительного договора, о сроке, в который стороны обязуются заключить основной договор, о способах обеспечения исполнения обязательств, о мерах ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств, вытекающих из предварительного договора, а также иные условия, в частности об обязанностях сторон (совершить определенные действия или воздержаться от их совершения), исполнение которых направлено на организацию заключения в будущем основного договора. Организационно-материальными условиями предварительного договора являются предмет основного договора, а также иные согласованные сторонами условия основного договора» [22, с. 55-56].

Существенным условием предварительного договора является условие о его предмете. 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.» [8]. Следовательно, предметом предварительного договора является обязательство сторон по поводу заключения в будущем основного договора на условиях, предусмотренных предварительным договором.

При этом следует отметить, что перечень, предусмотренный п. 1 ст. 429 ГК РФ не является исчерпывающим и подлежит расширительному толкованию. «Участники гражданского оборота не лишены возможности предусмотреть в предварительном договоре обязательство по заключению в будущем корпоративного, лицензионного и иного договора, в предмет которого не входят передача имущества, оказание услуг или выполнение работ.» [8].

Основной договор должен быть заключен в срок, установленный в предварительном договоре, а если такой срок не определен – в течение года с момента заключения предварительного договора (п. 4 ст. 429 ГК РФ).

В силу п. 6 ст. 429 ГК РФ обязательства из предварительного договора 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 заключить этот договор. Исходя из названной нормы, а также общих положений о порядке заключения договоров, предусмотренных в ГК РФ, обязательство одной стороны заключить основной договор актуализируется только в случае, если другая сторона инициирует договорный процесс, направив предложение о заключении основного договора. «По сути своей данное предложение одновременно будет выступать в качестве требования исполнить обязательства из предварительного договора. При этом такое предложение-требование может быть сразу оформлено как оферта по заключению основного договора. Другая сторона, получив такое предложение, обязана заключить основной договор (акцептовать поступившую оферту). Фактически в данном случае речь идет об обязательстве с исполнением до востребования» [16, с. 28-29].

При этом, законодатель установил срок в один год для того, чтобы стороны заранее планировать свои действия в сфере исполнения обязательств, а также для того, чтобы не затягивать заключение основного договора.

Таким образом, установление срока заключения основного договора направлено на обеспечение правовой определенности в гражданском обороте, Несовержшение ни одной из сторон действий, направленных на заключение основного договора, в течение срока, установленного для его заключения, свидетельствует об утрате интереса сторон в заключении основного договора, в силу чего по истечении указанного срока обязательство по заключению основного договора прекращается (п. 28 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 25.12.2018 г. № 49).

Из изложенного следует, что срок «независимо от того, предусмотрен ли срок в договоре, или имеется в виду установленный в законе годичный срок, тот и другой носят пресекающий характер; с его истечением материальное по своей природе право требовать от контрагента заключения договора на определённых условиях прекращается и соответственно восстановлению судом не подлежит» [13, с. 35].

Ранее уже было отмечено, что гражданское законодательство допускает принципиальную возможность заключения возмездных предварительных договоров. Вместе с тем, следует разграничивать ситуацию, когда стороны в предварительном договоре предусмотрели условия об установлении вознаграждения одной из сторон за заключение такого договора, и ситуацию, когда предварительный договор устанавливает, к примеру, обязанность приобретателя имущества до заключения основного договора уплатить цену имущества или существенную ее часть.

Если условия, согласованные сторонами в первом случае вполне допустимы, то во втором – невозможно считать такой договор предварительным; такой договор следует квалифицировать как договор купли-продажи с условием о предварительной оплате (п. 23 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 25.12.2018 г. № 49).

Предварительным договором также могут быть предусмотрены разного рода обязанности сторон, исполнение которых направлено на организацию заключения в будущем основного договора (например, действия продавца по

государственной регистрации права собственности на созданный им объект недвижимости), а также меры ответственности за их неисполнение или ненадлежащее исполнение.

Допускается включение в предварительный договор условий об обеспечении исполнения обязательства, если это не противоречит существу соответствующих правоотношений.

В силу принципа свободы договора стороны предварительного договора вправе поставить в зависимость возникновение или прекращение права требования заключить основной договор до наступления или не наступления каких-либо обстоятельств относительно которых неизвестно, наступят они или не наступят. Иными словами, предварительный договор может содержать отлагательные и отменительные условия. Так, «предварительный договор купли-продажи недвижимости может содержать положение, что право требовать заключения основного договора возникнет только при условии согласия банка выдать кредит покупателю.» [9, С. 8-9].

В силу п. 2 ст. 429 ГК РФ предварительный договор заключается в форме, установленной для основного договора, а если форма основного договора не установлена, то в письменной форме. Следовательно, заключение предварительного договора в устной форме не допускается.

Поскольку государственная регистрация договора не является формой сделки, а выступает в качестве элемента порядка его заключения, предварительный договор, по условиям которого стороны обязуются заключить договор, требующий государственной регистрации, не подлежит государственной регистрации. Тем не менее, в судебной практике встречались попытки признания предварительных договоров недействительными по мотиву отсутствия государственной регистрации. К примеру, в одном из дел, отменяя решение суда первой инстанции и удовлетворяя иск о понуждении заключить договор аренды суд кассационной инстанции указал, что установленное п. 2 ст. 651 ГК РФ условие об обязательной государственной регистрации договора аренды

здания или сооружения на срок не менее одного года не является элементом формы этого договора. «Предварительный договор, по которому стороны обязались заключить договор аренды здания, подлежащий государственной регистрации, не является также и сделкой с недвижимостью, исходя из требований статьи 164 ГК РФ. Предметом предварительного договора является обязательство сторон по поводу заключения будущего договора, а не обязательства по поводу недвижимого имущества.» [10, с. 103].

Итак, подводя итоги необходимо обратить внимание на то, что действующее правовое регулирование предусматривает сокращённый (по сравнению с общими правилами) перечень существенных условий для предварительного договора, ограничиваясь требованием согласовать предмет договора, а также условия основного договора, относительно которых по заявлению одной из сторон должно быть достигнуто соглашение при заключении предварительного договора. При этом, возможен вариант развития событий, когда предварительный договор будет считаться незаключённым, а именно, отсутствие согласований между сторонами о предмете договора или наличие неурегулированных разногласий. Следовательно, остальные условия, в том числе являющиеся существенными для основного договора, в силу п. 5 ст. 429 ГК РФ подлежат исполнению судом.

Решение проблемы «гибкости» предварительного договора путем сокращения перечня его существенных условий, породило некоторую правовую неопределенность, поскольку как в законодательстве, так и в судебной практике не выработаны критерии, которыми должен руководствоваться суд при исполнении условий предварительного договора, которые являются существенными для основного договора и не были согласованы сторонами в предварительном договоре.

2.2 Обеспечение исполнения обязательств из предварительного договора

«В российской юридической литературе и судебной практике вопросы, связанные с возможностью применения в рамках предварительного договора помимо обязательства заключения основного договора, также и других обязательств, длительное время оценивались как дискуссионные, что порождало сложности на практике». [4, С. 83]. Дискуссия о допустимости включения в предварительный договор подобных условий обусловлена прежде всего спецификой договорной конструкции предварительного договора.

Сторонники первой точки зрения, отмечая исключительно организационный характер предварительного договора, считают, что факт заключения предварительного договора является видом обязательственной связи сторон договора, т.е. направленных на последующее заключение основного договора, что представляет собой неимущественный (организационный) характер обязательств. Таким образом, заключение предварительного договора не может формировать денежные обязательства сторон, в том числе сюда относятся задаток, обеспечительный платеж, а также неустойка.

В доктрине встречается и иная точка зрения, согласно которой задатком и неустойкой могут также обеспечиваться и обязательства, которые возникли в рамках предварительного договора. Однако, такие способы обеспечения исполнения обязательства, «как залог, поручительство, независимая гарантия, обеспечительный платеж, не могут быть использована в качестве обеспечения исполнения собственно обязанности по подписанию основного договора, поскольку полученная денежная сумма при реализации соответствующих способов обеспечения должна засчитываться в счет исполнения обязательства, каковое отсутствует у сторон предварительного договора. Однако указанные способы вполне пригодны для обеспечения исполнения стороной предварительного договора, уклоняющейся от заключения основного договора, обязанности по возмещению контрагенту причиненных этим убытков.» [6, с. 45-46].

Вместе с тем, некоторые авторы указывают на возможность включения в предварительный договор обеспечительного платежа, как одного из способов в рамках обеспечения принятых сторонами обязательств. Данная позиция обосновывается тем, что принципы гражданского права имеют фундаментальный характер, в частности сюда относится свобода договора и диспозитивность. В судебной практике также отмечается, что гражданское законодательство не исключает возможности обеспечения исполнения обязательств по предварительному договору обеспечительным взносом.

Отметим отдельно дискуссию о допустимости включения в предварительный договор условия о задатке. В российской судебной практике по данному вопросу долгое время складывался дуализм.

Верховный Суд РФ в рамках разрешения отдельного спора указал, что гражданское законодательство не исключает возможности обеспечения задатком предварительного договора, предусматривающего определенные обязанности сторон по заключению в будущем основного договора, и применения при наличии к тому оснований (уклонение стороны от заключения основного договора) обеспечительной функции задатка, установленной п. 2 ст. 381 ГК РФ и выражающейся в потере задатка или его уплате в двойном размере стороной, ответственной за неисполнение договора. Таким образом, суды общей юрисдикции, следуя за разъяснениями Верховного Суда РФ, исходили из принципиальной допустимости включения в предварительный договор условия о задатке.

Совершенно иным образом складывалась судебно-арбитражная практика. Так, Высший Арбитражный Суд РФ, указывая на недопустимость включения в предварительный договор условия о задатке исходил из следующего. Согласно п. 1 ст. 380 ГК РФ задатком признается денежная сумма, выдаваемая одной из договаривающихся сторон в счет причитающихся с нее по договору платежей другой стороне, в доказательство заключения договора и в обеспечении его исполнения. Из содержания указанной нормы следует, что задатком может обеспечиваться

исполнение сторонами денежного обязательства по заключенному между ними договору, должником по которому является или будет являться сторона, передавшая задаток. «Согласование в предварительном договоре условия о задатке противоречит его законодательному определению, поскольку предварительный договор не содержит: каких-либо денежных обязательств сторон друг перед другом.» [10, С. 103].

О.Г. Ершов обосновывая недопустимость включения в предварительный договор условия о задатке, пишет: «В силу п. 1 ст. 380 ГК РФ задаток передается в счет причитающихся по договору платежей другой стороне. Но обязанность производить платежи возникает только после заключения основного договора. Следовательно, при заключении предварительного договора нельзя обеспечить задатком исполнение основного договора (нельзя обеспечить задатком обязательство, которого еще нет)» [11, С. 39-40].

А.О. Иншакова напротив отмечает, что «в рассматриваемом случае платежная функция, представляющая собой неотъемлемый конституирующий признак института задатка, никуда не исчезает, а просто носит отложенный характер: если основной договор будет заключен, то сумма задатка будет засчитываться в счет платежей по этому договору. В остальном задаток, включенный в предварительный договор, обладает всеми существенными и функциональными чертами обычного задатка, поэтому нет никакой необходимости узкого толкования п. 1 ст. 380 ГК РФ» [13, С. 35].

Но даже если интерпретировать смысл п. 1 ст. 380 ГК РФ максимально узко и отвергнуть возможность отложенного платежного эффекта, это также не повлечет ничтожность волеизъявления сторон. Спорное соглашение сторон хотя и не вписывается в конструкцию задатка, но отнюдь не является незаконным, поскольку, руководствуясь п. 2 ст. 421 ГК РФ стороны имеют полную свободу согласовывать любые непоименованные способы обеспечения.

В ходе реформирования гражданского законодательства ст. 380 ГК РФ была дополнена новым законоположением, согласно которому, если иное не установлено законом, по соглашению сторон задатком может быть обеспечено исполнение обязательства по заключению основного договора на условиях, предусмотренных предварительным договором.

Задаток, выданный в обеспечение обязательств по предварительному договору лицом, обязанным совершить платеж (платежи) по основному договору, зачисляется в счет цены по заключенному основному договору (п. 1 ст. 380 ГК РФ). Если задаток выдан по предварительному договору лицом, которое не обязано к платежу по основному договору, заключение последнего влечет обязанность вернуть задаток, если иное не предусмотрено законом или договором, или не следует из существа обязательства или сложившихся взаимоотношений сторон (п. 26 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 25.12.2018 г. № 49).

При этом, на практике возникли вопросы по поводу включения в предварительный договор условия о неустойке. Данный вопрос не вызвал бурной полемики в научных кругах, однако не следует считать второстепенным. Рассмотрим один из показательных примеров.

Суть дела сводится к следующему. В предварительном договоре купли-продажи стороны предусмотрели, что в случае отказа продавца от заключения основного договора продавец уплачивает покупателю штраф. «Покупатель неоднократно обращался к продавцу с требованием об исполнении предварительного договора, однако основной договор не был заключен. Покупатель обратился в суд с требованием о понуждении заключить основной договор, которое было удовлетворено и на основании вступившего в законную силу решения суда основной договор был заключен.» [12, С. 109].

В последующем покупатель обратился в суд с требованием о взыскании неустойки, посчитав, что поскольку основной договор был заключен только на основании судебного решения, продавцом обязанность

по заключению основного договора исполнена ненадлежащим образом. Удовлетворяя заявленные истцом требования, суды первой и апелляционной инстанций исходили из положений ст. ст. 429, 445 ГК РФ и сочли необходимым применить к неисправному контрагенту такую меру имущественной ответственности, как взыскание неустойки. Однако суд кассационной инстанции отменил судебные акты, мотивируя это тем, что в конечном счете основной договор был заключен, а значит цель предварительного договора была однозначно достигнута, поэтому оснований для взыскания с продавца неустойки не имеется.

Отменяя постановление кассационного суда Высший Арбитражный Суд РФ обратил внимание, что нормы п. 5 ст. 429 ГК РФ, п. 4 ст. 445 ГК РФ, согласно которым другая сторона вправе обратиться в суд с требованием о понуждении заключить договор, а сторона, необоснованно уклоняющаяся от заключения договора, должны возместить другой стороне причиненные этим убытки, устанавливают гражданско-правовые последствия уклонения стороны предварительно договора от заключения основного договора и не регулируют отношений, связанных с обеспечением исполнения обязательств, к которым относится неустойка. Гражданское законодательство не содержит норм, запрещающих применение сторонами неустойки в целях обеспечения исполнения обязательств, предусмотренных предварительным договором.

Возможность взыскания неустойки за неисполнение обязательства с неисправной стороны установлена также ст. 394 ГК РФ. Таким образом, «условие об уплате неустойки за неисполнение обязательства по заключению основного договора может быть включено в предварительный договор.» [15, С. 94].

В настоящее время устоялась позиция, согласно которой неисполнение предварительного договора может быть обеспечено задатком, неустойкой за уклонение от заключения основного договора (п. 26 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 25.12.2018 г. № 49). Относительно согласования в предварительном договоре иных способов обеспечения обязательств

обширная судебная практика не сложилась, по всей видимости потому, что, учитывая наличие долгое время консервативной позиции доктрины и судебной практики по данному вопросу, стороны опасаются включать такие условия в предварительный договор из-за неопределенности правовых последствий.

Тем не менее, наметилась положительная тенденция по вопросу расширения перечня способов обеспечения исполнения обязательства, которые могут быть согласованы в предварительном договоре. В частности, суд, исследовав условия предварительного договора аренды помещений торгового центра, признал действительным условие о внесении и обеспечительного платежа, и неустойки за нарушение срока его уплаты. Суд указал, что ст. 429 ГК РФ не содержит какого-либо императивного запрета на включение в предварительный договор условий о возможности применения мер гражданско-правовой ответственности в связи с ненадлежащим исполнением обязательств по нему и что, помимо установленного в законе права «понуждения к заключению основного договора, стороны вправе согласовать и иные последствия ненадлежащего исполнения обязательств по предварительному договору.» [11, С. 39].

Подводя итоги изложенному можно прийти к следующим выводам. Организационный характер предварительного договора не препятствует возможности согласования в нем условий о способах обеспечения исполнения обязательств. При этом перечень способов обеспечения исполнения обязательств, применимых к предварительному договору не ограничивается задатком и неустойкой.

Вместе с тем, следует учитывать, что не все способы обеспечения обязательств (например, залог), в силу своей специфики, пригодны для использования в качестве обеспечения исполнения собственно обязанности по подписанию основного договора. Однако таковые могут быть использованы для обеспечения исполнения иных обязательств, в частности,

обязанности по возмещению убытков, причиненных неисполнением или ненадлежащим исполнением предварительного договора.

2.3 Защита прав сторон предварительного договора

Сторонам предварительного договора доступен довольно широкий спектр гражданско-правовых способов защиты прав. Вместе с тем, в рамках данного параграфа необходимо рассмотреть особенности применения требований, предполагающих исполнение обязательств в натуре, т.е. о заключении основного договора, а также основания возмещения убытков, поскольку в рамках данных правоотношений иные способы защиты нарушенных прав, в силу специфики, не представляются возможными к применению.

Особым способом защиты прав сторон предварительного договора является право на обращение в суд с исковым заявлением о понуждении заключить основной договор (п. 5 ст. 429 ГК РФ). Для установления момента возникновения оснований для подачи соответствующего искового заявления необходимо определиться с тем, «когда можно считать сторону предварительного договора нарушившей свою обязанность заключить основной договор.» [8].

В случаях, когда в предварительном договоре закреплён конкретный срок акцепта поступившей оферты с предложением заключить основной договор, обязательство следует считать нарушенным по истечении указанного срока. При этом оферент не лишен возможности установить в своей оферте более длительный срок, и в данной ситуации обязательство не будет считаться нарушенным, пока такой удлиненный срок не истечет.

В случае, когда в предварительном договоре отсутствует условие о сроке выражения согласия на заключение основного договора, представляется, подлежит применению п. 2 ст. 314 ГК РФ, который гласит,

что обязательство должно быть исполнено в течение семи дней со дня предъявления кредитором требования о его исполнении.

«По истечении указанных сроков на акцепт можно констатировать, что соответствующая сторона отказалась исполнять свои обязательства по предварительному договору и у контрагента появляется право на подачу иска о принуждении к заключению основного договора. При этом такое нарушение может быть зафиксировано и досрочно, если в ответ на требование заключить основной договор другая сторона ответит прямым и недвусмысленным отказом» [12, с. 109].

В силу п. 5 ст. 429 ГК РФ требование о понуждении заключить основной договор может быть заявлено в течение шести месяцев с момента неисполнения обязательства по заключению основного договора. «Ведение сторонами переговоров, урегулирование разногласий в целях заключения основного договора не могут являться основаниями для изменения момента начала течения указанного шестимесячного срока.» (абз. 2 п. 27 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 25.12.2018 № 49) [8].

Вопрос о правовой природе шестимесячного срока, установленного в п. 5 ст. 429 ГК РФ является дискуссионным. Как в доктрине, так и в судебной практике сложился дуализм мнений: одни считают, что данный срок является сокращенным сроком исковой давности, другие, что он является пресекательным.

«Разграничение сроков исковой давности и пресекательных сроков проводится по признаку их воздействия на материальное гражданское право.» [6, с. 52-53] Пресекательные (преклюзивные) сроки устанавливают временные границы осуществления права в ненарушенном состоянии, иными словами пресекательный срок – это граница существования субъективного материального права. Назначение же сроков исковой давности состоит в определении сроков защиты нарушенного права по иску лица.» (ст. 195 ГК РФ)

Последствия истечения пресекательных сроков и сроков исковой давности также различны. По истечении пресекательного срока лицо утрачивает возможность судебной защиты (при этом заявление противной стороны о пропуске пресекательного срока не требуется), поскольку прекращается существование самого права. В то время как истечение срока исковой давности само по себе не прекращает правоотношения, не препятствует обращению в суд и является основанием к вынесению судом решения об отказе в иске только по заявлению стороны о пропуске срока исковой давности. Кроме того, вне зависимости от причин их пропуска приостановление, перерыв или восстановление пресекательных сроков не допускается, тогда как для сроков исковой давности такая возможность предусмотрена.

В судебной практике часто встречаются случаи, когда присутствует указание на сокращение срока исковой давности на основании положений пункта 5 статьи 429 ГК РФ. В пользу вывода о квалификации данного срока в качестве срока исковой давности свидетельствует тот факт, что исковые требования о понуждении к заключению основного договора могут быть только в рамках охранительной стадии отношений сторон, что является наиболее типичным применительно к конструкции срока исковой давности.

Например, судом было отказано в удовлетворении кассационной жалобы на том основании, что истцом были предъявлены требования в суд по прошествии шести месяцев с того момента, как истек срок заключения основного договора, указанный в предварительном договоре, о чем было сделано заявление ответчиком в суде первой инстанции. «По правовому смыслу, данный шестимесячный срок является аналогичным сроку исковой давности и в том случае, если со стороны ответчика об этом будет сделано возражение, у суда имеется основание для отказа в удовлетворении исковых требований.» [5, с. 58-59].

Вместе с тем, все чаще суды склоняются к квалификации указанного срока как пресекательного. В частности, отказывая в удовлетворении

требований суд указан следующее: «Шестимесячный срок на предъявление требования в суд о понуждении к заключению основного договора на условиях предварительного договора, установленный п. 5 ст. 429 ГК РФ не является сроком исковой давности, а является пресекательным сроком для предъявления иска; пропуск этого срока и срока, установленного для заключения основного договора, свидетельствует об утрате интереса сторон к заключению основного договора, в силу чего по истечении указанного срока обязательство по заключению основного договора прекращается, поэтому специального заявления стороны о применении судом указанного шестимесячного срока не требуется. Аналогичное толкование положений ст. 429 ГК РФ содержится в постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 25.12.2018 № 49» [7, с. 490-492].

Данная тенденция, по-видимому, объясняется тем, что в Постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 25.12.2018 № 49 даны разъяснения о том, что действия сторон не могут являться основаниями для изменения момента начала течения указанного шестимесячного срока. Следовательно, к данному сроку не могут применяться правила о перерыве и восстановлении срока, характерные для сроков исковой давности, а значит он таковым не является.

Думается, что с учетом приведённых разъяснений о неприменении к рассматриваемому сроку норм, характерных для сроков исковой давности, следует сделать вывод в пользу отнесения данного срока к числу пресекательных.

Требование о понуждении заключить основной договор по сути своей является преобразовательным иском, поскольку в силу п. 5 ст. 429, п. 4 ст. 445 ГК РФ, в том случае, если исковые требования будут удовлетворены, то основной договор будет считаться заключённым на тех условиях, которые были указаны в решении суда.

Срок начала действия основного договора будет либо с момента вступления в законную силу решения суда, либо с того момента, который

будет указан в самом решении суда. В соответствии с изложенным, можно сделать вывод, что судами по таким исковым требованиям выносятся решения, не понуждающие к исполнению каких-либо процедур, а также не является волеизъявляющим решением. С момента, как основой договор будет считаться заключенным, неисполнение обязательств по данному договору будет являться основанием для применения санкций к нарушившей стороне в рамках нарушения основного договора.

Защита нарушенных прав в случае неисполнения условий предварительного договора также предусмотрена п. 5 ст. 429, п. 4 ст. 445 ГК РФ, а «именно потерпевшая сторона вправе потребовать возмещения убытков, которые были причинены стороне в связи с тем, что другая сторона необоснованно уклонялась от заключения основного договора.» [10, с. 103].

Таким образом, следует определить, что входит в состав данных убытков, а также какой объем требуемых убытков может быть взыскан в сторону потерпевшей стороны в рамках предварительного договора, которая столкнулась с уклонением от заключения основного договора другой стороной предварительного договора.

В рассматриваемом вопросе можно выделить два основных подхода: защита исключительно негативного интереса, защита как негативного, так и позитивного интереса.

К убыткам, подлежащим возмещению в рамках защиты негативного интереса, то есть интереса к заключению основного договора, относятся только те, что возникли в результате отказа контрагента от заключения основного договора. Традиционно к таким расходам относятся командировочные, почтовые и иные расходы, которые были понесены стороной предварительного договора для инициирования переговорного процесса в целях заключения основного договора, а также понесённых в рамках исполнения дополнительных обязанностей, предусмотренных предварительным договором, например расходы на проведение оценки, экспертизы и иные.

«Вместе с тем, они не включают упущенную выгоду от неисполнения обязательства по заключению основного договора, а также убытки, вытекающие из нарушения обязательств по предполагаемому основному договору.» [15, с. 94].

Реже в доктрине можно встретить позицию, отстаивающую возможность взыскания убытков по модели позитивного интереса. Сторонники данного подхода указывают, что исходя из принципа полного возмещения убытков, добросовестная сторона предварительного договора имеет право на такой расчет суммы убытков, которые должны создать для стороны то положение, которое бы она получила в случае заключения и исполнения основного договора.

На основании этого можно заключить, что реализация расчета убытков в случае, если сторона отказывается от исполнения условий предварительного договора, должна быть на основании общих правил расчета убытков в случае неисполнения условий основного договора. В таком случае, к числу убытков, которые могут быть у стороны при уклонении другой стороны от заключения и исполнения основного договора, относится также и упущенная выгода.

Прагматический довод сторонников данного подхода сводится к следующему. Сторона предварительного договора во всяком случае имеет возможность добиться заключения основного договора на основании предъявленного судебного иска к другой стороне с соответствующим требованием, что позволит в дальнейшем в случае нарушения условий основного договора воспользоваться всем арсеналом средств защиты, в том числе взыскать убытки в защиту позитивного интереса.

В данном случае возникает закономерный вопрос: не лучше ли предоставить добросовестной стороне право на защиту позитивного интереса на стадии нарушения предварительного договора, а не заставлять ее инициировать два судебных процесса и нести связанные с этим издержки?

Исходя из изложенного, как представляется, в данном случае строго догматический подход, основанный на дифференциации основного и предварительного договора, находится в противоречии с основными началами, направленными на обеспечение восстановления нарушенного права в соответствии с положениями пункта 1 статьи 1 ГК РФ. Данное положение обосновано тем, что потерпевшая сторона по нарушенному предварительному договору в данном случае не получает надлежащей защиты.

Необходимо также согласиться с тем, что роль позитивного интереса представляется разумной и целесообразной в обеспечении защиты в случае нарушения условий предварительного договора, а также механизм такой защиты не вступает в противоречия с иными принципами гражданского права.

Заключение

Завершая комплексный анализ конструкции предварительного договора необходимо отметить следующее.

В рамках проведенного исследования выявлены экономические причины появления конструкции предварительного договора. Проведен анализ правового режима предварительного договора. Сделан вывод о самостоятельном характере предварительного договора, ввиду особенностей связанных как с целями заключения предварительного и основного договоров, так и порождаемыми ими правовыми последствиями.

Показано, что предварительный договор не всегда является чисто организационным, поскольку гражданское законодательство допускает заключение возмездных предварительных договоров.

Признана принципиальная допустимость содержания в предварительном договоре условия об обязанности заключить в будущем основной договор, сконструированный законодателем по типу реального. Однако в случае нарушения обязательств из такого предварительного договора стороны могут рассчитывать только на возмещение убытков по модели негативного интереса.

Обоснованы причины недопустимости уступки права одной из сторон требовать заключения основного договора. Показано, что возможна лишь замена стороны предварительного договора в целом с переходом третьему лицу и права, и обязанностей по предварительному договору (ст. 392.3 ГК РФ). При этом такая замена стороны договора возможна с согласия контрагента.

Определено место предварительного договора в системе договорного права, проведена сравнительная характеристика со схожими договорными конструкциями. Приведено обоснование, что опцион на заключение договора не является разновидностью предварительного договора.

Доказано, что организационный характер предварительного договора не препятствует возможности согласования в нем условий о способах обеспечения исполнения обязательств. При этом перечень способов обеспечения исполнения обязательств, применимых к предварительному договору не ограничивается задатком и неустойкой.

Подтверждено, что при нарушении прав сторон предварительного договора допускается взыскание убытков с расчетом на защиту позитивного интереса, поскольку данный подход наиболее полно соответствует основному началу необходимости обеспечения восстановления нарушенных прав. Защиту негативного интереса нельзя признать эффективным инструментом восстановления прав потерпевшей стороны, а путь через понуждение к заключению основного договора и его последующее нарушение с новым судебным процессом неоправданно отдалает искомую цель.

Выявлен пробел в действующем правовом регулировании. Решение проблемы «гибкости» предварительного договора путем сокращения перечня его существенных условий, породило некоторую правовую неопределённость, поскольку как в законодательстве, так и в судебной практике не выработаны критерии, которыми должен руководствоваться суд при восполнении условий предварительного договора, которые являются существенными для основного договора и не были согласованы сторонами в предварительном договоре.

Список используемой литературы и используемых источников

1. Аблятипова, Н. А. Анализ особенностей и условий предварительного договора // Бюллетень науки и практики. 2019. Т. 5, № 7. С. 253-259
2. Аблятипова Н.А., Клысь Э.Д. Особенности предварительного договора в гражданском праве РФ // Вестник современных исследований, 2019. № 1.4 (28). С. 5.
3. Аблятипова Н.А., Бородин А.А. Некоторые особенности предварительного договора в системе организационных гражданских правоотношений // Legal Concept. 2020. №1. С. 32-40.
4. Алешкова И.А. Тенденции развития принципов, закрепленных в Конституции российской Федерации // Верность Конституции. Материалы Всероссийской научно-практической конференции, посвященной 80-летию со дня рождения Н.В. Витрука. 2018. С. 83.
5. Брудков К.О. Особенности предварительного договора в гражданском праве // Academy. 2020. №2 (53). С. 58-64.
6. Витрянский В.В. Реформа российского гражданского законодательства: промежуточные итоги. 2-е изд., испр. и доп. М., 2018. 528 с.
7. Голубцов В.Г. Субъективная добросовестность в структуре общего понятия добросовестности // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2019. № 45. С. 490-518.
8. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая) от 26.01.1996 № 14-ФЗ (ред. от 18.03.2019, с изм. от 03.07.2019) // Собрание законодательства РФ. 1996. № 5. Ст. 410.
9. Груздев В.В. Предварительный договор как разновидность организационного соглашения // Юрист. 2020. № 5. С. 8-12.

10. Елисеев И.В., Кротов М.В. Предварительный договор в российском гражданском законодательстве // Очерки по торговому праву: Сб. науч. тр. Вып. 7, 2018. С. 103.

11. Ершов О.Г. Предварительный договор в строительстве // Право и Экономика. М., Юстицинформ, 2018. № 11. С. 39-40.

12. Жмаева Е. С. Предварительный договор: проблемы определения и толкования // Актуальные проблемы российского права. 2020. №5 (114). С. 107-115.

13. Иншакова А.О., Станчуляк Я.А. Предварительный договор в российском гражданском праве // Дневник науки. 2020. № 9. С. 35.

14. Конституция Российской Федерации: принята всенар. голосованием 12 декабря 1993 г. (в ред. от 21 июля 2014 г.) // Консультант плюс: справочно-правовая система.

15. Кириллова А.О. Значение предварительного договора при заключении основного договора / А.О. Кириллова // Право и государство: теория и практика, 2019. № 7(175). С. 94.

16. Крохина М.С. Контроль в предварительном договоре: проблема закрепления и реализации права // Пролог: журнал о праве. 2021. №3 (31). С. 28-37.

17. Определение судебной коллегии по гражданским делам Верховного суда РФ от 21.05.2019 г. № 56-КГ19-2 // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс»

18. Постановление Арбитражного суда Центрального округа от 18.05.2021 № Ф10-1169/2021 по делу № А09-10701/2018 // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс»

19. Постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 23.10.2020 № Ф03-3519/2020 по делу № А04-163/2020 // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс»

20. Постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 16.09.2020 № Ф06-64881/2020 по делу № А65-33531/2019 // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс»

21. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 25.12.2018 № 49 «О некоторых вопросах применения общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации о заключении и толковании договора» // Российская газета. 2019. № 4.

22. Ракимова Т.К. Предварительный договор в российском гражданском праве // Проблемы науки. 2020. №5 (53). С. 55-57.