

ПОЛЯКОВА ВАЛЕНТИНА ЭДУАРДОВНА

ПРЕДВАРИТЕЛЬНЫЙ ДОГОВОР  
В ПРАВЕ РОССИИ И ГЕРМАНИИ

Специальность 12.00.03 – гражданское право; предпринимательское право;  
семейное право; международное частное право

Диссертация  
на соискание ученой степени  
кандидата юридических наук

Научный руководитель – кандидат юридических наук  
Грачев Дмитрий Олегович

Москва – 2015

<b>Оглавление</b>	
<b>Введение.....</b>	<b>4</b>
<b>Глава 1. Общая характеристика предварительного договора в праве России и Германии.....</b>	<b>14</b>
§ 1. Роль предварительного договора в праве России и Германии.....	14
§ 2. История развития представлений о предварительном договоре в России и Германии.....	17
§ 3. Виды предварительных договоров в России и Германии.....	27
§ 4. Отграничение предварительного договора от смежных правовых конструкций в России и Германии.....	32
<b>Глава 2. Заключение предварительного договора в праве России и Германии.....</b>	<b>49</b>
§ 1. Содержание предварительного договора в праве России и Германии....	50
§ 2. Форма предварительного договора в праве России и Германии.....	58
§ 3. Согласие на заключение (одобрение) предварительного договора в праве России и Германии.....	72
<b>Глава 3. Особенности исполнения обязательства, возникающего из предварительного договора, а также ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение такого обязательства в праве России и Германии.....</b>	<b>85</b>
§ 1. Надлежащее исполнение обязательства, возникающего из предварительного договора, в праве России и Германии.....	85
§ 2. Принудительное исполнение обязательства, возникающего из предварительного договора, в праве России и Германии.....	100
§ 3. Ответственность за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства, возникающего из предварительного договора, в праве России и Германии.....	107
<b>Заключение.....</b>	<b>119</b>
<b>Библиография.....</b>	<b>121</b>

## **Введение**

**Актуальность темы исследования.** Правовая конструкция предварительного договора более столетия известна российскому праву. За этот продолжительный период отношение к целесообразности существования предварительного договора неоднократно менялось. В настоящее время о востребованности предварительного договора свидетельствует не только сам факт его законодательной регламентации, но и широкое применение предварительного договора на практике<sup>1</sup>.

Потребность в использовании предварительного договора, как правило, обусловлена наличием правовых или фактических обстоятельств, в силу которых стороны не имеют возможности или до устранения которых не желают заключить основной договор. Вместе с тем уже на этом этапе у каждой стороны имеется понимание того, что достигнутые договоренности являются не просто намерениями, но обязательствами, которые могут быть принудительно исполнены.

Наличие возможности принудительного исполнения предварительного договора и одновременно обладание предварительным договором определенной гибкостью в сравнении с договором, которому не предшествует заключение предварительного (в частности, в предварительном договоре могут быть воспроизведены не все условия основного договора), делает его привлекательным для потенциальных контрагентов. Частое обращение к предварительному договору обуславливает возникновение новых вопросов его применения и заставляет глубже исследовать особенности этой правовой конструкции в целях их разрешения.

---

<sup>1</sup> Следствием широкого применения предварительного договора является и то, что он часто становится объектом внимания судов, в том числе высшей судебной инстанции (См., в частности, п. 4 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 28.06.2012 № 17 «О рассмотрении судами гражданских дел по спорам о защите прав потребителей». Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс», П. 4 Обзора судебной практики Верховного Суда Российской Федерации за первый квартал 2011 года, утв. Президиумом Верховного Суда РФ 01.06.2011. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс», П. 3 Обзора законодательства и судебной практики Верховного Суда Российской Федерации за второй квартал 2010 года. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».)

Вследствие практической необходимости в последние годы российскими учеными все чаще высказываются доводы в пользу обособления от предварительного договора родственных правовых конструкций. Реформирование общей части обязательственного права предполагает включение в ГК РФ норм, регулирующих использование соглашения о порядке ведения переговоров, опциона и рамочного договора, соответственно возникает потребность в более четком отграничении этих конструкций. Необходимость отграничения требует выявления специфичных признаков предварительного договора. В немецкой правовой литературе вопрос отграничения предварительного договора от сходных правовых конструкций уже не одно десятилетие подвергается глубокому научному анализу.

В соответствии с российским правом на предварительный договор распространяются общие требования о заключении договора, об исполнении обязательства, ответственности. При этом, по нашему мнению, не всегда учитывается, что ситуация, в которой заключается только основной договор принципиально отличается от ситуации, в которой заключению основного договора предшествует предварительный. Во втором случае, предварительный и основной договоры дополняют друг друга. Выполнение требований в отношении одного из договоров (основного или предварительного) может влиять на действительность другого договора. В Германии это обстоятельство учитывается.

Кроме того, обращают на себя внимание ситуации, когда стороны наряду с основной обязанностью по заключению договора предусматривают дополнительные обязанности по совершению подготовительных действий или сделок. При этом в последующем испытывают трудности в их выполнении или выполнение таких обязанностей, равно заключение основного договора, становится для них невыгодным. По нашему мнению, в российской практике судебными органами не всегда уделяется должное внимание таким обязательствам сторон.

Действующее законодательство Германии не содержит норм о предварительном договоре. В их отсутствии на практике руководствуются

правовыми принципами (в частности, принципом свободы договора, принципом определенности) и общими положениями Германского гражданского уложения (далее – ГГУ) о сделках. Несмотря на то, что в Германии решения судов по конкретным делам и доктрина не являются источниками права, стороны и правоприменители принимают во внимание и придают большое значение позиции судебных органов и доктринально сформулированным выводам. В свою очередь в немецкой правовой науке и судебной практике высказано значительное число заслуживающих внимание позиций по указанным выше проблемам. По всей видимости, именно поэтому исследования немецких ученых по вопросам использования предварительного договора широко обсуждаются и цитируются в немецкоязычных странах (Швейцарии, Австрии). Сходство в правовом регулировании предварительного договора в российском и немецком праве позволяет провести сравнение, а также оценить возможность экстраполяции подходов, сформулированных в немецкой правовой доктрине и практике, на российскую почву. Вместе с тем, присутствует понимание того, что российское право имеет свой собственный путь развития и неоправданно широкое применение иностранных подходов едва ли может сослужить хорошую службу.

### **Степень разработанности проблемы в научной литературе.**

Впервые конструкция предварительного договора была предложена римскими правоведом. Теоретические положения, разработанные римскими юристами и стали отправной точкой для развития теории предварительного договора в праве России и Германии.

В Германии теория предварительного договора получила наибольшее развитие в XIX веке. В этот период в научной литературе краеугольным являлся вопрос признания самостоятельности предварительного договора и значимости данной правовой конструкции. В дискуссию были вовлечены самые известные правоведы того времени: Ф. Савиньи, Г. Дегенкольб, Г. Гепперт, Ф. Регельсбергер, З. Шлосман и т.д.

В дореволюционной российской науке вопрос допустимости выделения предварительного договора в качестве самостоятельной правовой конструкции

напротив не вызывал сомнения в связи с наличием прямого законодательного дозволения. В центре внимания российских юристов стояли отдельные вопросы использования предварительного договора: условия договора, принудительная сила предварительного договора, толкование договора (Л.А. Кассо, Е.Н. Данилова, В.Л. Исаченко и В.В. Исаченко и др.).

Между тем в советский период, при анализе трудов немецких юристов (главным образом, З. Шлоссмана), М.М. Агарков все же ставил под сомнение целесообразность существования предварительного договора. Другими российскими правоведами возможность заключение предварительного договора не отрицалась (И.Б. Новицкий, М.И. Брагинский).

Развитие представлений о предварительном договоре в XX веке в Германии связано с именами таких ученых, как В. Роде, Б. Вабниц, Д. Генрих, Г. Фон Айнем и др. Одной из наиболее полных и глубоких является работа Д. Генриха, в которой детально проанализированы вопросы отграничения предварительного договора от смежных правовых конструкций, условий действительности предварительного договора, уступки прав из предварительного договора, возмещения убытков, возникших из предварительного договора, и ряда иных.

В последние годы внимание немецких ученых обращено на отдельные вопросы использования предварительного договора: исполнения предварительного договора, отграничения предварительного договора от опциона, одобрения предварительного договора и т.д. (Н. Гайбен, Р. Борк, Н. Герцог и др.).

Особенности использования предварительного договора, являются предметом исследования и российских ученых. Такие проблемы, в частности, освещены в ряде диссертационных исследований последних лет (А.В. Максименко<sup>2</sup>, Б.И. Салимзянов<sup>3</sup>, Д.В. Майдаровский<sup>4</sup>, П.А. Меньшенин<sup>5</sup>, А.В.

---

<sup>2</sup> Максименко А.В. Предварительный договор в обязательствах отдельных видов купли-продажи: вопросы правового регулирования и практики применения: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 М., 2013.

<sup>3</sup> Салимзянов Б.И. Обеспечительная функция предварительного договора в сфере оборота недвижимости: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 М., 2013.

<sup>4</sup> Майдаровский Д.В. Предварительный договор и заключение основного договора в российском гражданском праве: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 Ростов-на-Дону, 2011.

Васильев<sup>6</sup>, Ю.В. Шанаурина<sup>7</sup>, М.Р. Каримов<sup>8</sup>). Практически все указанные авторы в большей (П.А. Миньшенин) или меньшей степени (А.В. Васильев) в своих работах обращали внимание на опыт Германии. Однако в указанных работах отсутствует детальный анализ института предварительного договора в немецком праве.

**Объектом исследования** являются права и обязанности сторон, связанные с заключением и исполнением предварительного договора.

**Предметом исследования** являются нормы (а также деловая практика, судебные решения) гражданского права России и Германии, регулирующие отношения сторон по заключению и исполнению предварительного договора, применение мер ответственности, вследствие неисполнения предварительного договора.

Одновременно с этим объектом внимания автора, прежде всего, являются вопросы, представляющие интерес с точки зрения сравнительного правоведения. Ввиду отсутствия в немецком праве широкой дискуссии касательно использования способов обеспечения предварительного договора соответствующие вопросы не нашли отражения в настоящей работе.

**Цель исследования** – всестороннее исследование конструкции предварительного договора в российском и немецком праве, выработка на основе результатов такого исследования конкретных предложений по совершенствованию законодательства и практики его применения.

**Задачи исследования.** Для достижения указанной цели были поставлены следующие задачи:

---

<sup>5</sup> Миньшенин П.А. Предварительный договор в Российском гражданском праве: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 М., 2011.

<sup>6</sup> Васильев А.В. Предварительный договор в праве России и США: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 М., 2007.

<sup>7</sup> Шанаурина Ю.В. Институт предварительного договора в гражданском праве России: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 Екатеринбург, 2006.

<sup>8</sup> Каримов М.Р. Роль предварительного договора в формировании договорных условий участников гражданского оборота: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 М., 2002.

1. Исследовать природу, функции и виды предварительных договоров в российском и германском гражданском праве.

2. Выявить признаки предварительного договора, позволяющие отграничить его от смежных правовых конструкций (соглашения о намерениях, опциона, договора о преимущественном праве, рамочного договора).

3. Рассмотреть условия, которые должны соблюдаться при заключении предварительного договора по праву России и Германии. Выявить влияние взаимосвязи предварительного и основного договоров на необходимость соблюдения условий заключения этих договоров.

4. Установить особенности исполнения обязательства, возникающего из предварительного договора, а также особенности применения механизмов, способствующих исполнению этого обязательства в российском и немецком гражданском праве.

5. Определить основания и условия применения мер ответственности ввиду нарушения обязательства из предварительного договора в соответствии с правом России и Германии.

**Теоретическая основа.** В качестве теоретической базы автор использовал труды ведущих отечественных и зарубежных ученых-цивилистов, а также работы по общей теории права и исследования в других областях правовой науки, в частности, М.М. Агаркова, К.Н. Анненкова, М. И. Брагинского, В.В. Витрянского, Д.М. Генкина, Б.М. Гонгалю, Е.Н. Даниловой, Л.Г. Ефимовой, И.В. Елисеева, В.В. Исаченко, В.Л. Исаченко, Л.А. Кассо, А. Г. Карапетова, Н.И. Клейн, М.Р. Кротова, А.Н. Кучер, В.П. Мозолина, Д.И. Мейера, И.Б. Новицкого, К.П. Победоносцева, О. Н. Садикова, Н.Г. Семилютиной, К. И. Скловского, Е.А. Суханова, Р.О. Халфиной, П.П. Цитовича, Г.Ф. Шершеневича и др. При исследовании права Германии автор опирался на труды R. Bork, H. Degenkolb, H. Dernburg, W. Flume, N. Geiben, D. Henrich, G. Göppert, N. Herzog, M. Casper, H. Koetz, F. Maurer, G. F. Puchta, W. Rode, F. Regelsberger, F. K. Savigny, W. Fikentscher, H. Einem, von, A. Heinemann, S. Schloßmann, B. Wabnitz, B. Windscheid, M. Wolf и др.

**Нормативную базу исследования** составляют правовые акты и принципы, решения органов судебной власти России и Германии.

**Методологической основой работы** являются традиционные общенаучные и специальные методы исследования – диалектический, формально-логический, исторический, системный; метод анализа, синтеза, индукции и дедукции, сравнения, аналогии. Значительный акцент сделан на использовании сравнительно-правового метода, поскольку рассмотрение заявленной темы немислимо без исследования зарубежного опыта и проведения сравнительного анализа положений о предварительном договоре в России и Германии.

**Научная новизна** исследования определяется тем, что в нем впервые в российской литературе подвергаются сравнительному комплексному исследованию конструкция предварительного договора в российском и немецком праве.

Новыми являются также сформулированные автором предложения по совершенствованию российского законодательства применительно к вопросам содержания, исполнения договора, а также к вопросам ответственности за нарушение предварительного договора.

#### **Основные положения и выводы, выносимые на защиту:**

1. В диссертации обосновывается, что право, возникающее из предварительного договора, является правом требования, но не преобразовательным (секундарным) правом. Диссертант проводит разграничение предварительного договора и опциона – безотзывной оферты (ст. 429.2 ГК РФ). Отношения, возникающие из опциона, могут быть охарактеризованы понятием связанности, но не обязанности заключить основной договор. Должник находится в положении лица «претерпевающего», поскольку вопрос заключения основного договора (акцепта безотзывной оферты) зависит от воли кредитора по опциону. Право, возникающее из опциона, может быть признано преобразовательным (секундарным). В случае судебной защиты права иск кредитора по опциону направлен на исполнение уже возникшего обязательства из основного договора. При заключении предварительного договора у стороны возникает субъективное

право – право требования, этому праву противостоит субъективная обязанность другой стороны заключить основной договор. По мнению диссертанта, возникшее из предварительного договора обязательство предполагает наличие у должника именно обязанности, но не связанности, и заключение основного договора напрямую поставлено в зависимость от поведения должника – его согласия на заключение основного договора. При нарушении обязанности заключить договор кредитор вправе обратиться в суд за защитой нарушенного права – заявить о понуждении к исполнению обязанности заключить (но не исполнить) основной договор.

2. Обязательство из предварительного договора предполагает наличие прав и обязанностей, которые состоят в совершении не просто действий, но в совершении юридических действий по заключению основного договора: направлению оферты и акцепта. Обязанности совершить подготовительные действия, направленные на заключение и исполнение основного договора (оформление прав на имущество и т.п.), или воздержаться от совершения каких-либо действий не входят в предмет предварительного договора. В отличие от Германии в России у сторон предварительного договора не возникает прав в отношении таких действий, и, соответственно, не допускается заявление требования об их принудительном исполнении. В то же время российское законодательство содержит альтернативные механизмы, позволяющие учесть интерес кредитора к выполнению должником этих подготовительных действий. Предварительный договор может предусматривать способы обеспечения исполнения обязательства (например, неустойку), которые реализуются, если заключение основного договора становится невозможным по вине одной из сторон.

3. Автор анализирует характер отношений, возникающих из предварительного договора в соответствии с правом России и Германии. В Германии признается наличие между сторонами предварительного договора особых доверительных отношений, что, например, влияет на возможность уступки: уступка прав из предварительного договора допускается только с

согласия должника. В российской науке гражданского права обязательство заключить основной договор предлагалось считать неразрывно связанным с личностью должника и кредитора, вследствие чего уступка права требования заключить основной договор не должна допускаться. По мнению диссертанта, между сторонами предварительного договора складывается фактическое доверие, не имеющее правового значения и не отражающееся на возникающем правоотношении. Обязательство из предварительного договора не имеет строго личного характера и не может быть поставлено в один ряд с правами требования по выплате алиментов и возмещению вреда, причиненного жизни и здоровью, при которых уступка не допускается (ст. 383 ГК РФ), вследствие чего уступка прав из предварительного договора возможна.

4. Условия основного договора должны соответствовать условиям предварительного договора. При заключении основного договора на условиях, отличных от условий предварительного договора, обязательство из предварительного договора не прекращается. Вследствие нарушения обязательства – уклонения от заключения основного договора на условиях, предусмотренных предварительным договором, - другая сторона может быть понуждена к заключению основного договора или возмещению убытков. Вместе с тем, контрагенты всегда вправе изменить заключенный ими договор. Если условия основного договора (например, основной договор заключен в отношении того же объекта прав) свидетельствуют о том, что воля сторон была направлена на прекращение действия предварительного договора, предварительный договор должен рассматриваться в качестве прекратившего свое действие. В такой ситуации отсутствуют основания для возникновения ответственности из предварительного договора.

5. Предварительный и основной договоры являются взаимосвязанными сделками, в то же время заключение каждого из них предполагает выражение самостоятельного волеизъявления. В Германии взаимосвязи основного и предварительного договоров придается важное значение – недействительность предварительного договора влечет недействительность основного договора.

Установлено, что в России целесообразно использовать иной подход – недействительность предварительного договора не должна влиять на действительность основного договора. И наоборот, недействительность основной сделки не влечет недействительность предварительного договора, в пределах срока действия предварительного договора сторона вправе настаивать на повторном заключении основного договора.

6. Анализ немецкого и российского права позволяет заключить, что взаимосвязь предварительного и основного договоров должна учитываться, если обстоятельства заключения и одобрения предварительного договора (как сделки с заинтересованностью, крупной сделки, сделки с заложенным имуществом и т.д.) свидетельствуют о согласии сторон на заключение основного договора. Так, одобрение предварительного договора может рассматриваться в качестве доказательства одобрения основного договора, если последний не был надлежащим образом одобрен. При таком подходе не будут нарушаться положения российского законодательства об одобрении сделок, а также права и интересы лиц, которые вправе давать требуемое согласие.

**Теоретическая значимость** диссертационного исследования состоит в том, что сформулированные в диссертации выводы, гипотезы и предложения могут служить основой для дальнейшего развития учения о предварительном договоре. Положения диссертации могут быть использованы для проведения дальнейших научных исследований и разработок по указанной проблематике.

**Практическая значимость** работы заключается в возможности использования обобщений, выводов и аргументов, проведенных и сформулированных в диссертации, в качестве методологической основы при подготовке и обсуждении соответствующих законопроектов.

**Апробация работы.** Диссертация обсуждалась на секции Центра сравнительно-правовых исследований Института законодательства и сравнительного правоведения. По теме диссертационного исследования в периодических изданиях и сборниках опубликованы статьи, в которых отражены основные положения диссертационного исследования.

**Структура работы** обусловлена ее предметом, целями и задачами, методологической основой исследования. Диссертационное исследование состоит из введения, трех глав, заключения, библиографии.

--

## **Глава 1. Общая характеристика предварительного договора в праве России и Германии**

### **§ 1. Роль предварительного договора в праве России и Германии**

По мере развития и усложнения общественных отношений принятию на себя сторонами конкретных обязательств по передаче товаров, выполнению работ, оказанию услуг, все чаще предшествует этап продолжительных согласований условий будущей сделки и совершения подготовительных действий.

Одним из правовых инструментов, который позволяет сторонам закрепить достигнутые договоренности и обеспечить заключение запланированной сделки выступает предварительный договор.

При этом предварительный договор является универсальным инструментом, поскольку позволяет связать стороны на будущее в связи с совершением множества различных сделок. Анализ российской и немецкой<sup>9</sup> практики позволяет заключить, что предварительный договор является востребованным как в потребительской сфере: при отчуждении земельных участков, парковочных мест, автомобилей, мебели, при реализации туристского продукта; так и в предпринимательской: при создании общества<sup>10</sup>, при отчуждении долей в уставном капитале, передаче в аренду помещений или оборудования, выдаче векселя. Кроме того, предварительный договор может предшествовать совершению сделок не только по передаче товаров, выполнению работ и оказанию услуг (что прямо предусмотрено ГК РФ), но и сделок, специально в

---

<sup>9</sup> Поскольку в Германии трудовой договор является одним из институтов гражданского права, в соответствии с немецким правом также допускается заключение предварительного договора между потенциальным работником и работодателем (Arbeitsvorvertrag).

<sup>10</sup> В соответствии с немецким правом предварительный договор о создании общества (Vorgruendungsgesellschaft) предшествует заключению учредительного договора (Gesellschaftsvertrag) и определяет обязательства его сторон по созданию общества, в частности, по заключению договора аренды в отношении помещений, в которых будет располагаться создаваемое общество.

законе не указанных: договоров по учреждению юридических лиц, соглашений между долевыми собственниками<sup>11</sup>, соглашений об уступке прав требования и т.д.

Вне зависимости от сферы использования предварительного договора в абсолютном большинстве случаев он востребован, когда стороны ввиду правовых или фактических обстоятельств не имеют возможности заключить основной договор, но уже в текущий момент желают создать обязательство. Имеются и иные обстоятельства, при которых заключение предварительного договора является более приемлемым для сторон, чем заключение основного договора.

Указанные обстоятельства могут быть объединены в следующие группы<sup>12</sup>:

1. Содержание основного договора является недостаточно определенным, поскольку оно зависит от дальнейшего развития событий. Примером такой ситуации в немецком праве является заключение предварительного договора о создании хозяйственного общества. Сюда же относятся случаи заключения предварительного договора между несколькими подрядчиками для целей выполнения совместного заказа, когда объем заказа неизвестен<sup>13</sup>.

2. Для основного договора установлена определенная форма, однако договор не может быть составлен в надлежащей форме. В качестве примера в немецкой литературе упоминалось заключение предварительного договора о создании вексельного обязательства, когда отсутствует вексельный бланк или имеются иные причины, препятствующие соблюдению формы векселя<sup>14</sup>. Практике немецких судов также известны случаи, в которых потребность в

---

<sup>11</sup> Елисеев И.В., Кротов М.В. Предварительный договор в российском гражданском праве. // Очерки по торговому праву: Сб. науч. труд./ Под ред. Е.А. Крашенинникова. Ярославль, 2000. С. 65.

<sup>12</sup> В основе приведенной нами классификации лежит классификация, предложенная Б. Вабницем (Wabnitz В. Der Vorvertrag in rechtsgeschichte und rechtsvergleichender Betrachtung. Muenster, 1962. S. 11), модифицированная и дополненная с учетом российской практики.

<sup>13</sup> Wabnitz В. Op. cit. S. 11.

<sup>14</sup> Ibid. S. 12.

заключении предварительного договора возникала вследствие отсутствия бланка договора, об использовании которого имелась договоренность у сторон<sup>15</sup>.

В российской практике подобная ситуация, в частности, возможна при заключении предварительного договора, предшествующего отчуждению недвижимости (в отличие от основного договора предварительный не требует государственной регистрации)<sup>16</sup>.

3. Основной договор требует одобрения. Как правило, предварительный договор не требует одобрения со стороны государственных органов, органов юридических лиц, третьих лиц и т.д.<sup>17</sup>.

4. До заключения основного договора сторонами должны быть совершены иные действия.

Нередко стороны прибегают к заключению предварительного договора когда:

1) планируется заключение договора аренды помещений. При этом предварительно требуется произвести ремонтные работы;

2) необходимо провести предынвестиционное исследование в отношении общества, акции которого будут являться объектом договора купли-продажи;

3) требуется внести изменения в документы, в отношении недвижимого имущества, которое будет являться предметом основного договора;

4) необходимо совершить иные действия, связанные с подготовкой к заключению или исполнению основного договора.

5. Б. Вабниц также указывает на возможность заключения предварительного договора в случаях, когда вовсе отсутствуют какие-либо препятствия для заключения основного договора. Однако стороны решают

---

<sup>15</sup> Цит. по: Das buergerliche Gesetzbuch: mit besonderer Beruecksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes: Kommentar herausgegeben von Mitgliedern des Bundesgerichtshofes. Berlin, 1982. S. 243.

<sup>16</sup> См. п. 14 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 16.02.2001 № 59 «Обзор практики разрешения споров, связанных с применением Федерального закона «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним». Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

<sup>17</sup> Подробнее о необходимости одобрения предварительного договора см. § 3 главы 2 настоящей работы.

зафиксировать достигнутые договоренности заключением не основного, а предварительного договора<sup>18</sup>. Заключение предварительного договора в отсутствие препятствий для заключения основного договора является проявлением свободы договора и стороны имеют право на уважение их воли<sup>19</sup>.

## **§ 2. История развития представлений о предварительном договоре в России и Германии**

В российском и в немецком праве первоначальное понимание места и сущности предварительного договора сложилось под влиянием римского права. В процессе развития представлений о предварительном договоре и в России, и в Германии неоднократно переосмысливалась необходимость его использования, изменялся подход к пониманию этого термина и условий употребления предварительного договора. Тем не менее, в обеих правовых системах были предложены схожие решения значительного числа вопросов применения предварительного договора. Аргументы, используемые учеными при выработке соответствующих подходов, сохраняют ценность и сегодня, что заставляет обратиться к истории.

Ввиду громоздкости и непривычности для немецкого языка используемого термина для обозначения предварительного договора «*pactum de contrahendo*» в 1854 году Генрихом Тёлем<sup>20</sup> был предложен новый термин «*Vorvertrag*», который и был воспринят германскими правоведами<sup>21</sup>.

На протяжении практически всей истории развития представлений о предварительном договоре перед немецкими юристами стояли три основных

---

<sup>18</sup> Wabnitz В. *Op. cit.* S. 13.

<sup>19</sup> Того же мнения придерживается Н. Герцог. См. Herzog N. *Der Vorvertrag im schweizerischen und deutschen Schuldrecht*. Zuerich, 1999. S. 17-18.

<sup>20</sup> Thoel Н. *Das Handelsrecht, als gemeines in Deutschland geltendes Privatrecht, mit Berücksichtigung des außerdeutschen Handelsrechts dargestellt*. 1. Bd. Goettingen, 1854. S. 264.

<sup>21</sup> Термин «*Vorvertrag*» указывает на то, что данный договор предшествует иному договору, при этом не отражает сущности используемого термина, а именно, не учитывает принудительной силы такого договора, которая отличает его от иных необязательных соглашений, которые могут предшествовать заключению основного договора. В этой связи в немецкой литературе высказывалось мнение в пользу изменения терминологии, однако эта точка зрения не получила достаточной поддержки (см. Wabnitz В. *Op. cit.* S. 57).

вопроса: о допустимости (целесообразности) предварительного договора, о его содержании и форме<sup>22</sup>.

Наибольшие дискуссии вокруг предварительного договора возникли в 19 столетии. Фактически сложилось две группы: противников и сторонников допустимости заключения предварительного договора.

Так, Ф. Савиньи<sup>23</sup> полагал, что предварительный договор является неготовым (*unfertiger*) договором, который либо не имеет правового действия, либо является основным договором с отсроченным исполнением. З. Шлосман вовсе отрицал существование предварительного договора. По его мнению, правопорядок не должен находиться в услужении настроению и своеобразных желаний сторон и создавать двойное беспокойство для судов<sup>24</sup>.

Напротив, признавали востребованность практикой и возможность заключения предварительного договора Г. Пухта<sup>25</sup>, Б. Виндшайд<sup>26</sup>, Г. Денбург<sup>27</sup>, К. Арндтс фон Арнесберг<sup>28</sup>, Г. Дегенкольб<sup>29</sup>, Г. Гепперт<sup>30</sup> и Ф. Регельсбергер<sup>31</sup>. При этом наибольший вклад в развитие теории предварительного договора внесли именно Г. Дегенкольб, Г. Гепперт и Ф. Регельсбергер. Они сформулировали принципы, позволяющие оформить предварительный договор в отдельный правовой институт, и повлиявшие на дальнейшее развитие научной мысли в этой области. Была обоснована не только допустимость заключения предварительного договора, но и разработаны отдельные вопросы его использования. В частности,

<sup>22</sup> Подходы к решению вопросов содержания и формы предварительного договора рассмотрены в § 1 и § 2 главы 2 настоящей работы.

<sup>23</sup> Savigny F. *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen roemischen Rechts* Band 2. Berlin, 1853. S. 245.

<sup>24</sup> Schloßmann S. *Ueber den Vorvertrag und die rechtliche Natur der sogenannten Realkontrakte.* // *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts.* 1903. Bd. 45. S. 7.

<sup>25</sup> Puchta G. *Vorlesungen ueber das heutige roemische Recht.* 4. Aufl. Band 2. Leipzig, 1855. S. 75.

<sup>26</sup> Windscheid B. *Lehrbuch des Pandektenrechts.* Band 2. Düsseldorf, 1870. S. 175.

<sup>27</sup> Dernburg H. *Pandekten. Obligationenrecht.* Band 2. Berlin, 1903. S. 25-26.

<sup>28</sup> Arndts von Arnesberg K. *Lehrbuch der Pandekten.* Stuttgart, 1877. S. 393

<sup>29</sup> Degenkolb H. *Zur Lehre vom Vorvertrag.* Archiv fuer die civilistische Praxis. Freiburg, 1887. S. 1 - 92.

<sup>30</sup> Göppert H. *Zur Lehre von den pacta de contrahendo.* Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Bd. 14. 1872. S. 400 – 428.

<sup>31</sup> Regelsberger F. *Die Vorverhandlungen bei Verträgen.* Weimar, 1868. S. 128.

было лишено своего основания ранее имевшееся отождествление предварительного и основного договора<sup>32</sup>, противопоставление основного договора предварительному уже не воспринималось как противоречие настоящей и будущей воли, но как противоречие настоящих и будущих действий<sup>33</sup>; обоснована возможность заключения предварительного договора в отношении основного договора любого вида (реального и консенсуального)<sup>34</sup>; рассмотрен вопрос переноса требований к форме и содержанию с основного договора на предварительный<sup>35</sup>; отмечено, что из предварительного договора возникает обязанность заключить основной договор, но не связанность сторон, при которой одно управомоченное лицо вправе односторонним волеизъявлением заключить основной договор<sup>36</sup>.

Кроме того, с середины 19 века было обосновано, что предварительный договор может порождать притязание не только на компенсацию интереса ввиду уклонения от заключения основного договора, но и на совершение действий по заключению основного договора<sup>37</sup>. Это означало окончательное признание за предварительным договором самостоятельного механизма и окончательно обособило его от иных соглашений, предшествующих заключению основного договора<sup>38</sup>.

Как отмечает Б. Вабниц, уже в новое время некоторые из сформулированных ранее позиций были переосмыслены. Так, изменился подход к оценке воли сторон. В современной литературе предварительный и основной договоры вновь рассматриваются в качестве противоречия между нынешней и

---

<sup>32</sup> Göppert H. Op. cit. S. 406 ff., Degenkolb H. Op. cit. S. 28 ff.

<sup>33</sup> Degenkolb H. Op. cit. S. 71.

<sup>34</sup> Degenkolb H. Op. cit. S. 21, 54 ff. Regelsberger F. Op. cit. S. 132.

<sup>35</sup> Göppert H. Op. cit. S. 413 - 418., Degenkolb H. Op. cit. S. 79 ff.

<sup>36</sup> Degenkolb H. Op. cit. S. 18.

<sup>37</sup> Degenkolb H. Op. cit. S. 63 ff., 77-78., Bechmann A. Kauf im gemeinen Recht. Erstes Buch. Erlangen, 1884. S. 271 ff., Göppert H. Op. cit. S. 409 ff., Regelsberger F. Op. cit. S. 131.

<sup>38</sup> Дискуссии сохранялись вплоть до вступления в силу 30 января 1877 года Гражданского процессуального кодекса Германии (Wabnitz B. Op. cit. S. 77.). При этом нельзя не отметить, что отдельными немецкими учеными вплоть до недавнего времени высказывались сомнения в целесообразности существования предварительного договора. См. Flume W. Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Zweiter Band: Das Rechtsgeschäft. Berlin, 1992. S. 613-616.

будущей волями, но не в качестве нынешних и будущих действий. Факт заключения предварительного договора свидетельствует об отсутствии согласия на заключение основного договора<sup>39</sup>. Наряду с этим были основательнее проработаны вопросы отграничения предварительного договора от смежных правовых конструкций, исполнения дополнительных обязанностей из предварительного договора, одобрения предварительного договора и некоторые другие<sup>40</sup>.

Наработки немецкой доктрины со временем были восприняты и судебной практикой, что позволило сформулировать определение предварительного договора. В решении от 1987 Федеральный Верховный суд определил предварительный договор следующим образом: «предварительным договором являются обязательственные договоренности, посредством которых для обеих сторон или для одной стороны создается обязанность в скором времени заключить другой, основной договор»<sup>41</sup>.

Вместе с тем при наличии доктринального и судебного определения предварительного договора, его использовании на практике, немецкому законодательству до сих пор данный институт не известен<sup>42</sup>. В Мотивах к проекту ГГУ указывалось, что возможность заключения предварительного договора не

---

<sup>39</sup> Wabnitz B. Op. cit. S. 83.

<sup>40</sup> Наибольший вклад в развитие этих идей внес Д. Генрих. Подробнее см. § 4 главы 1, § 3 главы 2 и § 1 главы 3 настоящей работы.

<sup>41</sup> BGH, 17.12.1987 - VII ZR 307/86. Доступ из справ.-правовой системы «JURION».

<sup>42</sup> Попытки кодификации предварительного договора все же предпринимались. Как отмечал И.Б. Новицкий, «первый проект германского гражданского уложения предусматривал возможность предварительного договора не только при займе, но и при ссуде (§§ 551,555) <...> Притязания, направленного на исполнение обещания, первый проект не указывал; во всяком случае в мотивах в § 550 1 проекта этот договор прямо назван предварительным (Vorvertrag). Вторая комиссия признала «предоставить решение этого вопроса науке», § 550 проекта исключила и таким образом оставила в стороне различие между давшим вещь в ссуду и обещавшим дать; не попал предварительный договор при ссуде и в окончательный текст германского гражданского уложения. Предварительный договор о заключении займа упоминается в § 610 германского уложения.» (см. Новицкий И.Б. Обязательство заключить договор. М., 1947. С. 14.). Действительно до проведения реформы обязательственного права в Германии ГГУ содержало положения об обещании займа. При квалификации договора займа в качестве реального, такое обещание (Darlehensversprechen) рассматривалось как предварительный договор (Heermann P. Geld und Geldgaeschaeft. Tuebingen, 2003. S. 317.). В ходе реформы обязательственного права договор займа был сконструирован как консенсуальный (§ 488 ГГУ), вследствие этого нормы § 610 ГГУ были отменены.

предусмотрена «в связи с недостаточной потребностью» («mangels unzureichenden Bedürfnisses»)<sup>43</sup>.

В отсутствие законодательного регулирования, при заключении предварительного договора стороны и правоприменители руководствуются следующим:

- правовыми принципами. Заключение предварительного договора допустимо в силу принципа свободы договора (Vertragsfreiheit), который напрямую не нашел законодательного закрепления, но был выведен Федеральным Конституционным судом из нормы абз. 1 ст. 2 Конституции ФРГ<sup>44</sup> о свободе действий<sup>45</sup>. Содержание предварительного договора устанавливается в соответствии с принципом определенности (Bestimmtheitsgrundsatz)<sup>46</sup>;
- общими положениями ГГУ<sup>47</sup> о сделках (например, нормы §§ 126, 126а, 126b, 128, 129 ГГУ о форме сделки);
- выводами, сформулированными судебными органами по конкретным делам. В Германии решения судов (за исключением Федерального

<sup>43</sup> Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches fuer das deutsche Reich. Band I. Berlin und Leipzig, 1888. S. 178.

<sup>44</sup> В силу абз. 1 ст. 2 Конституции ФРГ каждый имеет право на свободное развитие своей личности, поскольку он не нарушает прав других лиц и не посягает на конституционный порядок или нравственный закон (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 (Bundesgesetzblatt S. 1.). // Официальный сайт Федерального министерства юстиции и защиты потребителей ФРГ. URL: <http://www.gesetze-im-internet.de/gg/index.html> (дата обращения: 27.02.2015)).

<sup>45</sup> См. BVerfGE 65, 196 <210>; 1 BvR 1342/07. Доступ из справ.-правовой системы «JURION». Согласно абз. 1 § 31 Закона о Федеральном Конституционном суде (Bundesverfassungsgerichtsgesetz vom 12. März 1951 (Bundesgesetzblatt I S. 243.)) // Официальный сайт Федерального министерства юстиции и защиты потребителей ФРГ. URL: <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/bverfsgg/gesamt.pdf> (дата обращения: 27.02.2015)) решения суда обязательны для конституционных органов федерации и земель, также как для всех судов и учреждений. Федеральный Конституционный суд не является законодательным органом, но ввиду наличия у него функции по проверке конституционности законов и общеобязательности решений, в немецкой литературе его называют «квазизаконодателем» (Sakowski K. Grundlagen des Bürgerlichen Rechts: Eine Einführung für Wirtschaftswissenschaftler. Berlin, Heidelberg, 2014. S. 13.).

<sup>46</sup> Подробнее об этом принципе см. § 1 главы 2 настоящей работы.

<sup>47</sup> Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896 (Reichsgesetzblatt S. 195.). // Официальный сайт Федерального министерства юстиции и защиты потребителей ФРГ. URL: <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/index.html> (дата обращения: 27.02.2015).

Конституционного суда) по конкретным делам не являются источником права. В то же время в немецкой доктрине подчеркивается, что судебная практика содержит элементы «производства права» («*Rechtserzeugung*»), если идет речь о развитии права и восполнении пробелов. Это же признает законодатель<sup>48</sup>. Согласно п. 2 абз. 2 § 543 (Гражданского процессуального уложения Германии (далее - ГПУ Германии)) пересмотр судебных актов возможен, если требуется решение суда, обладающего правом пересмотра дела, для развития права или обеспечения единства правоприменения<sup>49</sup>;

- доктринальными выводами. Из текста судебных актов по вопросам заключения и исполнения предварительного договора следует, что немецкие суды руководствуются выводами не только иных судов (прежде всего Федерального Верховного суда), но и доктрины<sup>50</sup>. Например, подобным образом Федеральный Верховный суд заключил: «Договор от 15 октября 1998 года не является недействительным, поскольку не была соблюдена форма, предусмотренная абз. 1 § 313. Предварительный договор о купле-продаже земельного участка требует нотариального удостоверения. (см. Senat, BGHZ 82, 398, 403; 142, 84, 87; *Staudinger/Bork, aaO, Vorbem. zu §§ 145-156 Rdn. 60 m. w. N.*) Это было сделано.»<sup>51</sup>; «Предварительный договор к договору купли-продажи достаточно определен, если определены или могут быть определены условия о предмете, цена и дополнительные условия, признанные сторонами

<sup>48</sup> Boemke U. BGB Allgemeiner Teil. Heidelberg, 2014. S. 10-11.

<sup>49</sup> Zivilprozessordnung vom 30. Januar 1877 (Reichsgesetzblatt S. 83). // Официальный сайт Федерального министерства юстиции и защиты потребителей ФРГ. URL: <http://www.gesetze-im-internet.de/zpo/index.html#BJNR005330950BJNE111603160> (дата обращения: 10.03.2015).

<sup>50</sup> См., например, BGH, Urteil vom 12. 5. 2006 - V ZR 97/05. Доступ из справ.-правовой системы «JURION»., BGH, 15.03.1963 - Ib ZR 69/62. Доступ из справ.-правовой системы «JURION»., BGH, 17.12.1987 - VII ZR 307/86. Доступ из справ.-правовой системы «JURION».

<sup>51</sup> BGH, Urteil vom 12. 5. 2006 - V ZR 97/05. Доступ из справ.-правовой системы «JURION».

существенными (например, *Henrich, Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag, 1965, S. 122, 126 f.*). Этим требованиям соответствует письменный договор от 10 сентября 1985 года.»<sup>52</sup>; Верховный Земельный суд (Кельн) пришел к следующему выводу: «В соответствии со сложившимся правилом идет речь о предварительном договоре, договоре, который содержит обязанность о заключении основного договора в будущем, но не о праве из опциона, праве, посредством которого можно заключить договор аренды путем одностороннего волеизъявления (для ограничения см. *Palandt - Heinrichs, BGB, 56. Aufl., Einf v § 145 Rn 19 u. 23*).»<sup>53</sup> т.д.

Таким образом, несмотря на то, что в Германии решения судов по конкретным делам и доктрина не являются источниками права, в отсутствие законодательного регулирования, на практике принимают во внимание (придают большое значение) позиции судебных органов и доктринально сформулированные выводы и основываются на них при принятии решений. С учетом сказанного в настоящей работе мы будем обращаться не только к законодательным нормам, но и к судебной практике и доктрине.

Российскому законодательству понятие предварительного договора было известно еще в дореволюционный период<sup>54</sup>. Поскольку условия заключения предварительного договора были определены на законодательном уровне, в отличие от немецкой науки в российской науке допустимость заключения предварительного договора не вызывала сомнения<sup>55</sup>.

---

<sup>52</sup> BGH, 20.09.1989 - VIII ZR 143/88. Доступ из справ.-правовой системы «JURION».

<sup>53</sup> OLG Köln NJW-RR 1998, 809. // OpenJur. Die freie juristische Datenbank. [сайт]. URL: <http://openjur.de/u/196541.html> (дата обращения: 02.02.2015).

<sup>54</sup> Законы гражданские с разъяснениями Правительствующего Сената и комментариями русских юристов. Книга третья. / Составил И.М. Тютрюмов. М., 2004. С. 230.

<sup>55</sup> Вставал вопрос о целесообразности существования предварительного договора. См. Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г.). М., 1995. С. 325. Соответствующие сомнения высказывал уже в советское время М.М. Агарков (Агарков М.М. Юридическая природа железнодорожной перевозки. // Право и жизнь. 1922. № 2. С. 29 - 40, № 3. С. 7 - 19. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс»). Вместе с тем в более поздних его работах возможность заключения предварительного договора под вопрос не

Однако законодательно предусматривалась возможность заключения предварительного договора только к одному виду договора – договору купли-продажи (такой предварительный договор получил наименование «запродажа»). В литературе отмечалось, что на вопрос о допустимости заключения предварительного договора к договорам иных видов следует отвечать положительно<sup>56</sup>. При этом в науке институт предварительного договора, как правило, рассматривался через институт запродажи.

При определении сущности договора запродажи преимущественно<sup>57</sup> использовалось понимание этого термина близкое к современному. Так, К.Д. Кавелин полагал, что по своему назначению запродажа должна обеспечить будущую куплю-продажу запродаваемого имущества, поэтому последствием ее должна была быть обязательная купля-продажа запродаваемого имущества. Если же «договор запродажи не влечет за собою обязанности непременно совершить в назначенный срок куплю-продажу, если он не есть также и начало ее, то выходит, что он не более как обещание купить и продать имущество - обещание, не влекущее за собою никаких юридических последствий, кроме уплаты неустойки, или потери задатка, если они были выговорены или получены при продаже»<sup>58</sup>. Г.Ф. Шершеневич указывал, что «запродажей называет договор, в силу которого стороны обязываются заключить в известный срок договор купли-продажи. Договор запродажи представляет собой предварительный договор о заключении другого договора»<sup>59</sup>.

Между тем в дореволюционном праве не все вопросы использования правовой конструкции предварительного договора имели современное разрешение. В частности, равно как и в немецком праве, не всегда признавалась

---

ставилась (Цит. по: Белов В.А. Образец научного юридического исследования. // Вестник гражданского права. 2008. № 4. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».).

<sup>56</sup> Анненков К.Н. Система русского гражданского права. Том IV. Отдельные обязательства. СПб., 1904. С. 37, 40.

<sup>57</sup> Встречались иные подходы к определению сущности предварительного договора. В частности, К.П. Победоносцев именовал договором запродажи договор купли-продажи (Победоносцев К.П. Курс гражданского права. Том III. М., 2003. С. 296.).

<sup>58</sup> Кавелин К.Д. Избранные произведения по гражданскому праву. М., 2003. С. 398.

<sup>59</sup> Шершеневич Г.Ф. Указ соч. С. 324.

возможность принудительного исполнения предварительного договора. Поскольку законодательство этот вопрос не регулировало, его решение оставалось на усмотрение правоприменителей. По свидетельству Л. А. Кассо, в середине 19 века «практика признавала за лицом, приобретшим обязательство из запродажи, не только иск об убытках в случае неисполнения, но прежде всего и на первом плане право требовать совершения обещанного акта. <....> Распоряжение суда заменяло обещанное волеизъявление запродавшего и имение считалось как бы проданным с публичных торгов»<sup>60</sup>. Позднее практика изменилась, что позволило считать, что запродажа не знает принудительного исполнения, возможен лишь иск об убытках, взыскании неустойки и т.п.<sup>61</sup>. Произшедшие изменения преимущественно критично оценивались в литературе<sup>62</sup>.

Проект Гражданского Уложения (далее – «Проект») будучи принят едва ли мог изменить ситуацию. В Проекте предлагалось прямо закрепить право покупателя требовать судебным порядком записи за ним запродавшего имения, если запродажа совершена у нотариуса и продавцом не выговорено право отступить от договора<sup>63</sup>. Вместе с тем, из текста самого Проекта и комментариев к нему следует, что предварительный договор по сути рассматривался не как, сделка, предваряющая заключение основной обязательственной сделки, но как сделка, могущая служить «надежной заменой предварительной обязательственной сделки продажи недвижимого имущества»<sup>64</sup>. Иными словами понимание авторами Проекта роли и места предварительного

---

<sup>60</sup> Кассо Л. Запродажа и задаток. М., 1904. С. 11-12.

<sup>61</sup> Законы гражданские с разъяснениями Правительствующего Сената и комментариями русских юристов. Книга третья. / Составил И.М. Тютрюмов. М., 2004. С. 230., Синайский В.И. Русское гражданское право. Обязательственное, семейное и наследственное право. Киев, 1918. С. 88., Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 326., Тютрюмов И.М. Гражданское право. Юрьев, 1922. С. 294. Об условиях изменения оценки последствий заключения предварительного договора см. Кассо Л. Указ. соч. С. 14-15., Данилова Е.Н. Договор запродажи и его нормировка в действующем русском праве и Проекте обязательственного права. Казань, 1916. С. 2.

<sup>62</sup> Исаченко В.Л., Исаченко В.В. Обязательства по договорам: Опыт практ. коммент. рус. гражд. законов: Коммент. 1 ч. СПб., 1914. С. 12., Кассо Л. Указ. соч. С. 14-15.

<sup>63</sup> Гражданское Уложение. Проект Высочайше учрежденной Редакционной Комиссии по составлению проекта Гражданского Уложения. / Под ред. И.М. Тютрюмова. СПб., 1910. С. 350 (ст. 1778, 1779).

<sup>64</sup> Там же. С. 352 (ст. 1779).

договора отличалось от современного. Возможность запроектировать движимых вещей вовсе не предполагалась<sup>65</sup>.

В советский период возможность заключения предварительного договора предусматривалась Гражданским кодексом РСФСР 1922 г.<sup>66</sup> При этом общих положений о предварительном договоре кодекс не содержал. Существовала лишь одна специальная норма, которая предусматривала возможность заключения предварительного договора к договору займа (ст. 218)<sup>67</sup>.

В ГК РСФСР 1964 г. отсутствовали нормы о предварительном договоре<sup>68</sup>. Тем не менее, как отмечал М.И. Брагинский, «вопрос о допустимости заключения предварительных договоров не вызывал сомнений хотя бы потому, что статья 4 Кодекса 1964 г. признавала возможность возникновения гражданских прав и обязанностей из сделок как предусмотренных законом, так хотя и не предусмотренных законом, но не противоречащих ему»<sup>69</sup>.

Общие положения о предварительном договоре появились лишь в законодательстве последнего времени. Нормой ст. 60 Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик от 31 мая 1991 г. определялось: «по предварительному договору стороны обязуются заключить в будущем договор на

---

<sup>65</sup> Там же. С. 348 (ст. 1776).

<sup>66</sup> Гражданский кодекс РСФСР 1922 г. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

<sup>67</sup> Принципиально соглашаясь с допустимостью заключения предварительного договора в случаях, не предусмотренных законом, И.Б. Новицкий отмечал, что арбитражная практика стоит на той точке зрения, что законодательству не свойственен общий принцип допустимости предварительных договоров, но что такие предварительные договоры могут иметь юридическую силу лишь в случаях, прямо предусмотренных в законе (Новицкий И.Б. Обязательство заключить договор. М., 1947. С. 21-22.).

<sup>68</sup> Гражданский кодекс РСФСР (утв. ВС РСФСР 11.06.1964). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

<sup>69</sup> Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Общие положения (книга 1). М., 2001. // Автор главы Брагинский М. И. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс». В опубликованной в 1971 году статье М.И. Брагинским также описан ряд ситуаций, в которых предварительный договор, несмотря на отсутствие законодательного регулирования, являлся востребованным на практике (Брагинский М.И. Предварительный договор в хозяйственных отношениях. // Советское государство и право. 1971. №3. С. 105-108.).

передачу товаров, выполнение работ и т.д. на условиях, предусмотренных предварительным договором»<sup>70</sup>.

Сходное определение содержится в 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. Нетрудно заметить, что нынешнее определение предварительного договора практически полностью скопировано из Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик от 31 мая 1991 г. При этом сужен круг сделок, заключение которых может быть предусмотрено предварительным договором. Такое изменение едва ли следует считать оправданным, поскольку, как отмечалось ранее, круг основных договоров не исчерпывается договорами о передаче имущества, выполнении работ и оказании услуг.

Таким образом, в российском и немецком праве сложились принципиально сходные подходы к пониманию предварительного договора: предварительный договор порождает подлежащее принудительному исполнению обязательство заключить в будущем основной договор.

### **§ 3. Виды предварительных договоров в России и Германии**

При наличии тождественного понимания назначения и юридической силы предварительного договора в российской и немецкой науке и законодательстве с разной степенью уверенности признается возможность существования тех или иных видов предварительных договоров. Поскольку этот вопрос является немаловажным для целей дальнейшего исследования, постараемся подробнее разобраться в том, какие виды предварительных договоров могут быть использованы в соответствии с российским правом, и как аналогичные вопросы решаются в немецком праве.

---

<sup>70</sup> Основы гражданского законодательства Союза ССР и республик (утв. ВС СССР 31.05.1991 № 2211-1). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

*Односторонние и двусторонние предварительные договоры*

В соответствии с немецкой доктриной и судебной практикой на основании принципа свободы договора допускается заключение как двусторонне обязывающего<sup>71</sup>, так и односторонне обязывающего предварительного договора<sup>72</sup>.

Из буквального толкования положений п. 1 ст. 429 ГК РФ следует, что обе стороны имеют право требования и обязанность по заключению основного договора. Таким образом, в соответствии с российским законодательством предварительный договор сконструирован как двусторонне обязывающий. В этой связи М.В. Кротов и И.В. Елисеев не видят возможности заключения односторонне обязывающего предварительного договора в соответствии с действующим законодательством<sup>73</sup>. Г.Ф. Шершеневич также отмечал, что запродаже присуща двусторонность<sup>74</sup>. В качестве излишней конструкцию односторонне обязывающего предварительного договора ввиду наличия связующей оферты рассматривал М.М. Агарков<sup>75</sup>. По мнению Д.В. Майдаровского, закрепление одностороннего предварительного договора не основывается на природе данных отношений и приводит к необходимости «искусственно» компенсировать отсутствующий интерес пассивной стороны

---

<sup>71</sup> См. BGH, 08.06.1962 - I ZR 6/61. Доступ из справ.-правовой системы «JURION», Staudinger J. von. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Neubearbeitung. Berlin, 2010. Доступ из справ.-правовой системы «Beck-online», Muenchener Kommentar zum BGB, Kramer 5. Auflage. 2006. Доступ из справ.-правовой системы «Beck-online».

<sup>72</sup> Bechmann A. Op. cit. S. 271 ff., Degenkolb H. Op. cit. S. 80., Göppert H. Op. cit. S. 419., Rode W. Ein Beitrag zur Lehre des Vorvertrages, insbesondere der Vorvertrag zu Konsensalkontrakten. Inaugural-Dissertation. Marburg, 1931. S. 6., Einem H. von. Die Rechtsnatur der Option. Berlin, 1974. S. 124., Bork R. in: Staudinger J. von. Op. cit. Доступ из справ.-правовой системы «Beck-online», BGH, 08.06.1962 - I ZR 6/61. Доступ из справ.-правовой системы «JURION». Так, Федеральным Верховным судом был рассмотрен спор из односторонне обязывающего безвозмездного предварительного договора, предусматривающего заключение основного договора купли-продажи земельного участка и завода по истечению срока аренды этих объектов (BGH, 18.01.1989, VIII ZR 311/87. Доступ из справ.-правовой системы «JURION»).

<sup>73</sup> Елисеев И.В., Кротов М.В. Указ. соч. С. 84.

<sup>74</sup> Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 325.

<sup>75</sup> Агарков М.М. Указ. соч. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

одностороннего предварительного договора в ограничении свободы заключения договора встречным предоставлением<sup>76</sup>.

Может быть названо не меньше сторонников выделения односторонне обязывающего предварительного договора. Л. А. Кассо указывал, что «односторонняя запродажа может сослужить службу»<sup>77</sup>. И.Б. Новицкий считал, что предварительный договор может быть как двусторонним, так и односторонним<sup>78</sup>. В опубликованной в 1971 году статье М.И. Брагинский также обращал внимание на то, что предварительный договор может иметь односторонний характер<sup>79</sup>. В последние годы в российской юридической литературе все большую поддержку получила последняя точка зрения<sup>80</sup>.

Наряду с этим, одни авторы, обращая внимание на императивность норм ст. 429 ГК РФ, считают, что для использования такой конструкции требуется внесение законодательных изменений<sup>81</sup>, другие признают возможность заключения предварительного договора в силу принципа свободы договора<sup>82</sup>. Не вдаваясь в дискуссию по данному вопросу, считаем необходимым, прежде всего, обратиться к практике. В судебной практике примером использования односторонне обязывающего предварительного договора некоторое время служило заключение договора аренды с правом последующего выкупа (ст. 624 ГК РФ)<sup>83</sup>. В науке потребность в регламентации односторонне обязывающего

---

<sup>76</sup> Майдаровский Д.В. Указ. соч. С. 41.

<sup>77</sup> Кассо Л. Указ. соч. С. 31-32.

<sup>78</sup> Новицкий И.Б., Лунц Л.А. Общее учение об обязательстве. М., 1950. С. 143.

<sup>79</sup> Брагинский М.И. Предварительный договор в хозяйственных отношениях. С. 108.

<sup>80</sup> Меньшенин П.А. Указ. соч. С. 26., Кузнецова Н.В. Предварительный договор в системе обязательных оснований заключения предпринимательских договоров. // Предпринимательские договоры – материалы ежегодных научных чтений памяти профессора С.Н. Братуся. М., 2008. С. 124., Васильев А.В. Указ. соч. С. 117-119., Павлов А.А. Обеспечение исполнения обязательств, вытекающих из предварительного договора. // Арбитражные споры. 2006. № 2.

<sup>81</sup> Васильев А.В. Указ. соч. С. 117-119., Шанаурина Ю.В. Указ. соч. С. 8-9. Соответствующий вывод сформулирован Ю.В. Шанауриной как положение, выносимое на защиту.

<sup>82</sup> Меньшенин П.А. Указ. соч. С. 26., Кузнецова Н.В. Указ. соч. С. 124., Павлов А.А. Предварительный договор. // Нотариальный вестник. 2006. № 8. С. 38.

<sup>83</sup> В научной литературе договор, включающий соответствующее условие, как правило, рассматривается как смешанный договор, содержащий элементы договора аренды и купли-продажи (См. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (учебно-практический). / Под ред. С.А. Степанова. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2009. Доступ из справ.-

предварительного договора преимущественно связывалась с необходимостью определения правового положения опционного договора<sup>84</sup>.

Действительно до недавнего времени односторонне обязывающий предварительный договор мог рассматриваться в качестве одной из немногих правовых конструкций, которая не в полной мере, но способна удовлетворить интерес стороны к заключению договора посредством односторонней инициативы. С появлением конструкции опциона в ГК РФ<sup>85</sup>, по всей видимости, следует признать, что эта ниша будет занята опционом. Мы полагаем, что в рамках нынешнего правового регулирования место предварительного договора в соответствии с российским правом в числе двусторонних организационных договоров.

#### *Возмездные и безвозмездные предварительные договоры*

На основании принципа свободы договора в соответствии с немецкой доктриной<sup>86</sup> и судебной практикой<sup>87</sup> допускается заключение безвозмездного предварительного договора. В доктрине утверждается, что предварительный договор может иметь возмездный характер<sup>88</sup>.

В российском законодательстве прямо не предусмотрена, но и не запрещена передача денежных средств по предварительному договору. В соответствии с

---

правовой системы «КонсультантПлюс»). Однако судебная практика свидетельствовала о том, что в некоторых случаях соответствующее условие о выкупе конструируется сторонами не по модели договора купли-продажи, но по модели предварительного договора купли-продажи (См. Постановление ФАС Московского округа от 22.01.2004 № КГ-А40/11320-03-П по делу № А40-29504/01-64-350. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс»).

<sup>84</sup> См. Красников Н.И. Комментарии к статье об опционном договоре, предлагаемой для закрепления в новой редакции Гражданского кодекса Российской Федерации. // Евразийский Юридический журнал. 2012. № 4 (47). URL: [http://www.eurasialaw.ru/index.php?option=com\\_content&view=article&id=3035:2012-05-11-05-52-44&catid=273:2012-05-11-04-46-14](http://www.eurasialaw.ru/index.php?option=com_content&view=article&id=3035:2012-05-11-05-52-44&catid=273:2012-05-11-04-46-14) (дата обращения: 02.02.2015)., Меньшенин П.А. Указ. соч. С. 27.

<sup>85</sup> Подробнее о правовом регулировании опциона см. § 4 главы 1 настоящей работы.

<sup>86</sup> Staudinger J. von. Op. cit. Доступ из справ.-правовой системы «Beck-online», Herzog N. R. Op. cit. S. 65.

<sup>87</sup> BGH, 18.01.1989 - VIII ZR 311/87. Доступ из справ.-правовой системы «JURION».

<sup>88</sup> Staudinger J. von. Op. cit. Доступ из справ.-правовой системы «Beck-online», Herzog N. R. Op. cit. S. 65.

доктриной<sup>89</sup> и судебной практикой<sup>90</sup> бесспорно возможно заключение безвозмездного предварительного договора. Вопрос заключения возмездного предварительного договора решается неоднозначно. Характеризуя предварительный договор в качестве организационного, Б.М. Гонгало приходит к выводу о том, что во исполнение предварительного договора не может производиться передача какого-либо имущества (в том числе и денег) одной стороной другой стороне<sup>91</sup>. Соглашаясь с Б.М. Гонгало в части регламентации двусторонне обязывающих предварительных договоров, П.А. Миньшенин 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»<sup>92</sup>.

Надо согласиться с П.А. Миньшениным в том, что о возмездности предварительного договора следует говорить тогда, когда обязанность по заключению основного договора возлагается только на одну сторону. Как мы отмечали ранее, с появлением конструкции опциона в ГК РФ, потребность в использовании односторонне обязывающего предварительного договора должна отпасть. Необходимо признать, что в российский предварительный договор является безвозмездным.

Таким образом, в соответствии с немецким правом возможно заключение как возмездных, так и безвозмездных предварительных договоров; двусторонне (многосторонне) и односторонне обязывающих предварительных договоров. Ввиду законодательного определения статуса опциона, по нашему мнению, в России отсутствует потребность в использовании конструкций односторонне обязывающего и возмездного предварительного договора.

---

<sup>89</sup> Гонгало Б.М. Учение об обеспечении обязательств. Теория и практика. М., 2004. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

<sup>90</sup> Постановление Президиума ВАС РФ от 12.02.2013 N 13585/12 по делу N А43-25969/2011. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

<sup>91</sup> Гонгало Б.М. Указ. соч. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

<sup>92</sup> Миньшенин П.А. Указ. соч. С. 91.

#### § 4. Отграничение предварительного договора от смежных правовых конструкций в России и Германии

И в российском, и немецком праве предварительный договор является не единственной правовой конструкцией, которая позволяет связать стороны на этапе, предшествующем заключению (основного, окончательного) договора. Сравнение предварительного договора со сходными правовыми конструкциями дает возможность выделить особенности предварительного договора, заставляющие контрагентов обращаться именно к предварительному договору, но не сходным конструкциям: соглашениям, не имеющим обязательной юридической силы, опционам, соглашениям о преимущественном праве или рамочным договорам.

*Отграничение предварительного договора от соглашений, не имеющих обязательной силы*

Немецкое законодательство прямо не предусматривает возможность заключения соглашений, не имеющих обязательной юридической силы. Их использование допустимо в силу принципа свободы договора. Немецкой доктрине<sup>93</sup> и практике<sup>94</sup> известно несколько вариантов таких соглашений:

1. Пунктуации (Punktuation) – о пунктуациях идет речь тогда, когда сторонами согласована лишь часть положений договора<sup>95</sup>. Нередко пунктуации именуется ключевыми положениями (head of agreements) или джентельменским соглашением (gentlemen's agreement)<sup>96</sup>;
2. Соглашение о намерениях (letter of intent) - данный термин был воспринят из англо-американской правовой системы, такое

<sup>93</sup> Bork R. in: Staudinger J. von. Op. cit. Доступ из справ.-правовой системы «Beck-online», Muenchener Kommentar zum BGB. Op. cit. Доступ из справ.-правовой системы «Beck-online».

<sup>94</sup> См. к примеру, BGH Urteil vom 9. Februar 2006 Az. IX ZR 121/03. // OpenJur. Die freie juristische Datenbank. [сайт]. URL: <http://openjur.de/u/82125.html> (дата обращения: 02.02.2015)., BGH Urteil vom 19. April 2007 Az. IX ZR 79/05. // OpenJur. Die freie juristische Datenbank. [сайт]. URL: <http://openjur.de/u/79185.html> (дата обращения: 02.02.2015)., BGH Urteil vom 26. April 2012 Az. VII ZR 25/11. // OpenJur. Die freie juristische Datenbank. [сайт]. URL: <http://openjur.de/u/399152.html> (дата обращения: 02.02.2015).

<sup>95</sup> Henrich D. Op. cit. S.101.

<sup>96</sup> Ibid. S. 107.

соглашение содержит готовность стороны заключить договор при наличии определенных предпосылок<sup>97</sup>;

3. Соглашение о порядке ведения переговоров (*instruction to proceed*) – представляет собой соглашение о ходе переговоров, в котором стороны закрепляют обязательные правила о дальнейших действиях и координации отдельных шагов в ходе переговоров. В отличие от соглашения о намерениях соглашение о порядке ведения переговоров в большей степени обязывает стороны и содержит конкретные указания к действию<sup>98</sup>.

В российской практике для такого рода соглашений используются различные обозначения: соглашения о намерениях, протоколы о намерениях, протоколы о сотрудничестве и т.д. С вступлением в силу изменений в ГК РФ законодательно определен статус соглашений о порядке ведения переговоров (п. 5 ст. 434.1. ГК РФ).

Вне зависимости от обозначений используемых конструкций в обеих правовых системах применяются тождественные подходы к определению места подобных соглашений и основаниям их отграничения от предварительного договора:

Во-первых, такие соглашения зачастую носят информационный характер, т.е. стороны желают зафиксировать на бумаге достигнутые договоренности, не считая себя юридически связанными<sup>99</sup>.

Во-вторых, заключение подобного рода соглашений не требует соблюдения какой-либо формы<sup>100</sup>.

В-третьих, как следует из названия соглашений данной группы, они не имеют обязательной юридической силы. Это фактически означает, что сторонами не могут быть заявлены требования о принудительном исполнении соглашения: о понуждении к заключению основного договора или исполнении иных

---

<sup>97</sup> Geiben N. Op. cit. S. 69.

<sup>98</sup> Ibid. S. 71.

<sup>99</sup> Ibid. S. 69.

<sup>100</sup> Ibid. S. 70.

обязательств, указанных в соглашении. В случае нарушения такого соглашения стороны могут требовать лишь возмещения убытков в качестве меры преддоговорной ответственности (*culpa in contrahendo*). Убытки могут быть заранее определены путем включения в соглашение условия о неустойке (п. 5 ст. 434.1. ГК РФ). В соответствии со ст. 431 ГК РФ в России эти соглашения также могут использоваться при толковании заключенного в последующем договора<sup>101</sup>.

### *Отграничение предварительного договора от опциона и опционного договора*

В законодательстве общее понятие опциона отсутствует. Указаны лишь отдельные случаи использования права из опциона, в частности, право выкупа проданной вещи (*Wiederkauf*), предусмотренное § 456 ГГУ<sup>102</sup>.

В немецкой доктрине под опционом обычно понимаются все правовые конструкции, которые предоставляют право владельцу опциона без содействия другой стороны посредством одностороннего волеизъявления создать или изменить дальнейшие отношения сторон<sup>103</sup>. Вопрос о правовой природе опциона и возможности использования тех или иных правовых конструкций для создания опциона является дискуссионным. Называются следующие конструкции, которые могут быть использованы для построения опциона:

1. Договор об оферте (*Angebotsvertrag*), в соответствии с которым держателю опциона предоставляется право посредством одностороннего волеизъявления ввести в действие основной договор<sup>104</sup>. Законодательно правовой статус договора об оферте не определен. Его заключение возможно в соответствии с принципом

---

<sup>101</sup> См. Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Общие положения (книга 1). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

<sup>102</sup> Staudinger J. von. Eckpfeiler des Zivilrechts. Berlin, 2005. S. 193.

<sup>103</sup> Herzog N. Op. cit. S. 94., Geiben N. Op. cit. S. 61., Henrich D. Op. cit. S. 226.

<sup>104</sup> Bork R. Allgemeiner Teil des Buergerlichen Gesetzbuchs. Tuebingen, 2006. S. 262-263., Einem H. von. Op. cit. S. 42-79., Muenchener Kommentar zum BGB. Op. cit. Доступ из справ.-правовой системы «Beck-online», Bork R. in: Staudinger J. von. Op. cit. Доступ из справ.-правовой системы «Beck-online».

свободы договора, применяемого с учетом общих норм об оферте (§ 145 ГГУ) и сроке для ее принятия (§ 148 ГГУ);

2. Основной договор с оговоркой об опционе (Hauptvertrag mit Optionsvorbehalt), являющийся договором под условием<sup>105</sup>. Возможность заключения такого договора предусмотрена § 158 ГГУ. В доктрине отмечается, что в данном случае идет речь не о потестативном условии, но о волевом условии (Wollensbedingung), поскольку условие состоит в волеизъявлении, относящемся к действию сделки, но не в поведении сторон, зависящем от их воли<sup>106</sup>;
3. Оферта, в которой установлен срок для ее принятия (Festofferte), возможность использования которой существует в силу § 148 ГГУ<sup>107</sup>;
4. Опционный договор (Optionsvertrag) – самостоятельный вид договора (sui generis), заключение которого допустимо в силу принципа свободы договора<sup>108</sup>.

В качестве правовой конструкции для создания опциона в немецкой литературе также предлагалось использовать односторонне обязывающий предварительный договор<sup>109</sup>. Однако в настоящее время господствующей является точка зрения, в соответствии с которой предварительный договор и опцион являются различными правовыми конструкциями<sup>110</sup>.

В соответствии с немецкой доктриной<sup>111</sup> принципиальное отличие данных конструкций состоит в следующем. При заключении предварительного договора

<sup>105</sup> Einem H. von. Op. cit. S. 82-122. Muenchener Kommentar zum BGB. Op. cit. Доступ из справ.-правовой системы «Beck-online», Bork R. in: Staudinger J. von. Op. cit. Доступ из справ.-правовой системы «Beck-online».

<sup>106</sup> Muenchener Kommentar zum BGB. Op. cit. Доступ из справ.-правовой системы «Beck-online».

<sup>107</sup> Einem H. von. Op. cit. S. 18 -33., Muenchener Kommentar zum BGB. Op. cit. Доступ из справ.-правовой системы «Beck-online».

<sup>108</sup> Casper M. Der Optionsvertrag. Tuebingen, 2005. S. 78.

<sup>109</sup> Einem H. von. Op. cit. S. 124-146.

<sup>110</sup> Bork R. Allgemeiner Teil des Buergerlichen Gesetzbuchs. S. 262., Henrich D. Op. cit. S. 232., Geiben N. Op. cit. S. 63., Muenchener Kommentar zum BGB. Op. cit. Доступ из справ.-правовой системы «Beck-online», Bork R. in: Staudinger J. von. Op. cit. Доступ из справ.-правовой системы «Beck-online».

<sup>111</sup> Henrich D. Op. cit. S. 232., Geiben N. Op. cit. S. 63., Fromholzer F. Consideration. Tuebingen, 1997. S. 79.

стороны обязуются заключить основной договор. Сторона, которая вправе требовать исполнения предварительного договора обладает правом требования (Forderungsrecht)<sup>112</sup>. Осуществление этого права является исполнением предварительного договора. Опцион предполагает, что основной договор может быть заключен, если управомоченное лицо посчитает это необходимым. Заключение основного договора является следствием одностороннего волеизъявления управомоченного лица. Приобретатель опциона обладает преобразовательным (секундарным) правом (Gestaltungsrecht)<sup>113</sup>. Практическое значение такого рода различий состоит в том, какое требование может быть заявлено кредитором в целях защиты своего права (в том числе судебной). При заключении предварительного договора кредитор будет вправе требовать

---

<sup>112</sup> Необходимо отметить, что в немецком праве наряду с понятием право требования (Forderungsrecht) используется понятие притязание (Anspruch). Притязание представляет собой право требовать от другого лица совершения действия или воздержания от действия (§194 ГГУ) и является видом субъективного права (Bork R. Allgemeiner Teil des Buergerlichen Gesetzbuchs. S. 116). В немецкой доктрине предпринимались попытки развести эти понятия, отмечалось, что содержание права требования состоит только в том, что кредитор имеет право на добровольные действия должника (он может «требовать» предоставления), в понятии притязания содержатся все изменения, связанные с принудительным осуществлением права кредитора (Кретчмар П. Исполнение. Часть первая. Исторические и догматические основы. // Вестник гражданского права. 2011. № 5. С. 245 - 282; № 6. С. 211 - 243; 2012. № 1. С. 171 - 220. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс»). Однако вследствие того, что в ГГУ последовательно не прослеживается разница между притязанием (Anspruch) и требованием (Forderung), в современной немецкой литературе преобладает точка зрения, в соответствии с которой между притязанием и требованием не имеется объективного различия, данные понятия имеют тождественное значение. Под требованием понимается притязание на обязательственное предоставление (Anspruch auf schuldrechtliche Leistung) (См. например, Medicus D. Allgemeiner Teil des BGB. Heidelberg, 2010. S. 38., Fikentscher W., Heinemann A. Schuldrecht. Berlin, 1997. S. 20.).

<sup>113</sup> Немецкий термин Gestaltungsrecht различно переводится на русский язык: секундарные права или преобразовательные права. Представляется, что определяясь с выбором терминологии следует согласиться с А. В. Егоровым, который считает последний термин более понятным и в большей мере отражающим содержание обозначаемого им понятия (Егоров А. В. Структура обязательственного отношения: наработки германской доктрины и их применимость в России. // Вестник гражданского права. 2011. № 3. С. 241 – 274. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс»). В настоящее время под секундарным правом в немецкой литературе понимается предоставленное на основании закона или договора право влиять на существующее правовое положение, следовательно, создавать, изменять или прекращать правоотношения для себя или для третьих лиц без того, чтобы управомоченное лицо требовало бы содействия обязанного лица или суда (Casper M. Op. cit. S. 60., Зеккель Э. Секундарные права в гражданском праве. // Вестник гражданского права. 2007. №2. С. 205-253. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс»).

заключения основного договора, в случае принудительного исполнения опциона требование держателя опциона будет направлено на исполнение основного договора, поскольку основной договор будет считаться заключенным посредством одностороннего волеизъявления держателя опциона<sup>114</sup>.

Приведенная доктринальная позиция о соотношении опциона и предварительного договора поддерживается отдельными судебными органами<sup>115</sup>. В то же время следует признать, что единообразие в судебной практике по этому вопросу не достигнуто. В некоторых случаях суды соглашались с тем, что для создания опциона все же может быть использован предварительный договор<sup>116</sup>.

В немецкой литературе также указывается на характеристики, которые являются вспомогательными при выборе той или иной правовой конструкции или толковании положений заключенного договора. Выбор договорной конструкции, в частности, определяется тем, насколько подробно определены положения основного договора. При заключении опциона предполагается, что все положения основного договора сторонами в достаточной степени определены и не требуют дополнительного уточнения и согласования. Предварительный договор требует меньшей степени определенности, он может содержать положения, которые позволяют определить предмет основного договора<sup>117</sup>.

Другим критерием является использование вознаграждения при заключении договора. В случае сомнения, является заключенный договор предварительным договором или опционом, предлагается исходить из того, что договор, предполагающий уплату вознаграждения, является опционом, если отсутствуют иные признаки, указывающие на то, что договор является предварительным<sup>118</sup>.

---

<sup>114</sup> Fromholzer F. US-amerikanisches Recht im Vergleich zum deutschen. Tuebingen, 1997. S. 79.

<sup>115</sup> OLG Köln NJW-RR 1998, 809. // OpenJur. Die freie juristische Datenbank. [сайт]. URL: <http://openjur.de/u/196541.html> (дата обращения: 02.02.2015).

<sup>116</sup> BGH Urteil vom 12. Mai 2006 Az. V ZR 97/05. // OpenJur. Die freie juristische Datenbank. [сайт]. URL: <http://openjur.de/u/81085.html> (дата обращения: 02.02.2015).

<sup>117</sup> Casper M. Op. cit. S. 81., Geiben N. Op. cit. S. 63.

<sup>118</sup> Casper M. Op. cit. S. 81.

Долгое время в России также отсутствовало единство во взглядах на природу опционного договора (опциона)<sup>119</sup>. При внесении изменений в ГК РФ законодателем было предложено следующее решение: введены две статьи, одна из которых определяет условия предоставления опциона на заключения договора (ст. 429.2. ГК РФ), другая - заключения опционного договора (ст. 429.3. ГК РФ). Только опцион предполагает заключение основного договора. В соответствии с опционным договором стороны могут договориться лишь о совершении предусмотренных опционным договором действий (в том числе уплатить денежные средства, передать или принять имущество). Таким образом, разграничение необходимо проводить между предварительным договором и опционом на заключение договора (ст. 429.2. ГК РФ).

Можно выделить несколько оснований разграничения. Во-первых, имеется принципиальная разница в цели использования: опцион используется для получения более быстрого экономического результата. Как следствие, отличаются сущности правовых конструкций. Предварительный договор представляет собой договор (ст. 429 ГК РФ), опцион – безотзывную оферту (ст. 429.2. ГК РФ). Это влияет на природу отношений. Отношения, возникающие из опциона, могут быть охарактеризованы понятием связанности, но не обязанности заключить основной договор. Должник находится в положении лица «претерпевающего», поскольку

---

<sup>119</sup> Значительно большую поддержку в литературе имела квалификация опционного договора в качестве договора особого рода (Шеленкова Н. Б. Место опционных операций в системе биржевой торговли. // Московский журнал международного права. 1993. № 2. С. 104., Толстухин М. Е. Фьючерс и опцион как объекты фондового рынка. // Объекты гражданского оборота: Сборник статей. / Отв. ред. М. А. Рожкова. М. 2007. С. 231 – 250. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс», Красников Н. О концепции опционного соглашения как предварительного договора по российскому праву. // Юрист. 2009. № 12. С. 25 – 30. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс») или односторонне обязывающего предварительного договора (Ем В., Козлова Н., Сургучева О. Фьючерсные сделки на фондовой бирже: Экономическая сущность и правовая природа. // Хозяйство и право. 1999. № 6. С. 30., Ермолова О.Н., Мотыван Е. А. Общие положения о договорах в проекте Гражданского кодекса Российской Федерации. // Гражданское право. 2011. № 1. С. 43 – 47., Ефимова Л. Г. Договор банковского счета. // Банковское право. 2000. №1. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс», Петросян Э. С. Фьючерсные договоры в классификации гражданско-правовых договоров. // Юрист. № 6. 2003. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс», Богданов В.В. Преддоговорные правоотношения в российском гражданском праве: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 М., 2011 С. 59., Меньшенин П. А. Указ. соч. С. 88-92.).

вопрос заключения основного договора (акцепта безотзывной оферты) зависит от воли кредитора по опциону. Право, возникающее из опциона, может быть признано секундарным<sup>120</sup>. При исполнении опциона правовое положение обязанной стороны изменяется «автоматически» - при наличии волеизъявления кредитора. В случае судебной защиты иск кредитора по опциону направлен на исполнение уже возникшего обязательства из основного договора.

При заключении предварительного договора у стороны возникает субъективное право – право требования<sup>121</sup>, соответственно этому праву противостоит субъективная обязанность другой стороны заключить основной договор. При этом возникшее из предварительного договора обязательство,

---

<sup>120</sup> Аналогичную позицию высказывают А. Г. Карапетов, М. А. Кокорина. См. Кокорина М. А. Правовая природа опционного соглашения. Дис. магистра частного права. – М., 2010. С. 58-59., Карапетов А. Г. Приостановление исполнения обязательства как способ защиты прав кредитора. М., 2011. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс». К. И. Скловский напротив, полагает, что право, возникающее из опционного договора, секундарным не является. См. Скловский К. И. Собственность в гражданском праве. М., 2008. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс». Необходимо отметить, что в российской правовой науке вопрос о месте секундарных прав решается неоднозначно (См, например, Агарков М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву. // Избранные труды по гражданскому праву. Т. 1. М., 2002. С. 279., Братусь С.Н. Субъекты гражданского права. М., 1950. С. 8., Халфина Р.О. Общее учение о правоотношению М., 1974. С. 234., Гражданское право: актуальные проблемы теории и практики. / Под общ. ред. В.А. Белова. М., 2007. С. 773. // Автор очерка А.Б. Бабаев., Третьяков С.В. Формирование концепции секундарных прав в германской цивилистической доктрине (к публикации русского перевода работы Э. Зеккеля «Секундарные права в гражданском праве»). // Вестник гражданского права. 2007. № 2 Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс»., Егоров А.В. Структура обязательственного отношения: наработки германской доктрины и их применимость в России. // Вестник гражданского права. 2011. № 3. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс»). Мы придерживаемся той точки зрения, что секундарные права можно выделить в отдельную группу.

<sup>121</sup> Традиционно в российской доктрине под правом требования понимается право лица требовать совершения определенных действий по передаче имущества, производству работ, оказанию услуг (выступающие в форме обязанностей активного типа) либо воздержания от конкретных действий (Гражданское право. Общая часть: Учебник. В 4 т. Т. 1. / Под ред. Е. А. Суханова. М., 2008. // Автор главы Суханов Е. А. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс»). Основной обязанностью должника по предварительному договору является обязанность заключить основной договор, но не оказать услугу, выполнить работу и т.п. Вместе с тем, по нашему мнению, применительно к предварительному договору является уместным использование указанной терминологии по той причине, что обязанность по заключению основного договора аналогично предполагает совершение должником определенных активных действий, соответственно кредитор вправе потребовать исполнения соответствующей обязанности.

предполагает наличие у должника именно обязанности, но не связанности<sup>122</sup>, заключение основного договора (наступление правовых последствий) напрямую поставлено в зависимость от его поведения – согласия на заключение основного договора. При нарушении обязанности заключить договор кредитор вправе обратиться в суд за защитой нарушенного права – заявить о понуждении к исполнению обязанности заключить (но не исполнить) основной договор в принудительном порядке.

Во-вторых, в соответствии с опционом право на заключение договора предоставляется лишь одной стороне. Законодательная конструкция предварительного договора предполагает, что предварительный договор является двусторонним. В-третьих, и опцион, и предварительный договор должны содержать условия, позволяющие определить предмет основного договора. Наряду с этим при предоставлении опциона должны быть указаны *все другие существенные условия* основного договора (п. 4 ст. 429.2. ГК РФ); при заключении предварительного договора - лишь условия основного договора, относительно которых по заявлению одной из сторон должно быть достигнуто соглашение (п. 3 ст. 429 ГК РФ в редакции, вступившей в силу 1 июня 2015 года). Иными словами, в предварительном договоре могут отсутствовать условия, названные в законе в качестве существенных для конкретного вида договора. В-четвертых, характерным (хотя и не обязательным) признаком опциона является платеж (опционная премия), предварительный договор является организационным и возмездность, как отмечалось ранее, не является признаком предварительного договора.

#### *Отграничение предварительного договора от договора о преимущественном праве*

В соответствии с немецким законодательством, доктриной и практикой договор о преимущественном праве не имеет единой очерченной правовой

---

<sup>122</sup> В российской юридической литературе высказывается мнение, согласно которому из предварительного договора также возникает секундарное право. Данный вывод формулируется автором, как положение выносимое на защиту. См. Майдаровский Д. В. Указ. соч. С. 66.

формы, но используется для описания определенной категории договоров. В доктрине под такими сделками понимают договоры, в соответствии с которыми одной стороне договора предоставляется преимущественное право перед другими заинтересованными лицами в случае, если другая сторона решит в дальнейшем заключить определенный договор<sup>123</sup>.

В целях предоставления преимущественного права могут быть использованы следующие правовые конструкции:

1. Предоставление преимущественного права покупки (*Vorkaufsrecht*), а именно предоставление права, при реализации которого заключается договор купли-продажи на тех же условиях, которые были согласованы между обязанным лицом и третьей стороной (§§463-473 ГГУ)<sup>124</sup>;
2. Предоставление права приобрести предмет (*Einloesungsrecht*) в случае, если обязанная сторона заключает с третьим лицом не договор купли-продажи, но какой-либо иной договор. Право приобрести предмет фактически представляет собой право преимущественной покупки, не урегулированное законодательно. Предоставление такого права в договорном порядке допустимо в соответствии с принципом свободы договора. Вопросы использования *Einloesungsrecht* решаются по аналогии с правилами, определяющими использование права преимущественной покупки (*Vorkaufsrecht*)<sup>125</sup>;
3. Наличие у владельца вещи договорной обязанности предложить вещь или право стороне по договору и предоставить ему преимущественное право перед другими заинтересованными лицами в случае, если он решит распорядиться этой вещью или правом (*Vorhand* или договор о

---

<sup>123</sup> Henrich D. Op. cit. S. 296.

<sup>124</sup> В данном случае имеются в виду обязательственное право преимущественной покупки, но не вещное право, использование которого урегулировано §§ 1094-1104 ГГУ.

<sup>125</sup> Henrich D. Op. cit. S. 296., Casper M. Op. cit. S. 85., Geiben N. Op. cit. S. 66.

преимущественном праве (Vorrechtsvertrag) в узком смысле)<sup>126</sup>. Такие договоры не поименованы в законодательстве, их заключение допустимо в силу принципа свободы договора.

В немецкой доктрине поддерживается точка зрения, что договор о преимущественном праве покупки (Vorkaufsrechtsvertrag) предварительным договором не является. В соответствии с договором о праве преимущественной покупки управомоченное лицо получает не только притязание на заключение договора, но и возможность привести себя в правовое положение, которое он занял бы при продаже, иначе говоря, возможность непосредственно, без содействия продавца занять место покупателя. Право преимущественное покупки является самостоятельным преобразовательным правом. Практическое значение данной квалификации проявляется в том, что управомоченное лицо имеет возможность посредством одностороннего волеизъявления заключить с обязанным лицом договор купли-продажи на тех условиях, на которых договор был заключен с третьим лицом (§§ 463, 464 ГГУ)<sup>127</sup>.

Разграничивая договор о преимущественном праве покупки (Vorkaufsrechtsvertrag) и договор о преимущественном праве в узком смысле (Vorrechtsvertrag, Vorhand) Федеральный Верховный суд<sup>128</sup> указал на то, что управомоченное лицо не имеет возможности без содействия другой стороны заключить договор. В отличие от права преимущественной покупки (Vorkaufsrecht) преимущественное право (Vorrecht) преобразовательным не является.

Как отмечается в немецкой доктрине, в соответствии со сложившейся судебной практикой договор о преимущественном праве (Vorhand) принято

---

<sup>126</sup> Henrich D. Op. cit. S. 296. К данной группе, в частности, относятся случаи, когда по договору с издательством композитор обязуется предоставить издательству преимущественное право на свое музыкальное произведение; когда собственник земельного участка предоставляет преимущественное право строительной организации на случай, если он решит застроить свой земельный участок, если такая организация предложит наиболее выгодные условия или те же (наиболее выгодные) условия, которые предложат иные лица и т.д. (Ibid. S. 298-299.).

<sup>127</sup> Ibid. S. 298-299.

<sup>128</sup> Цит. по: Ibid. S. 300.

квалифицировать в качестве договора, в соответствии с которым обязанное лицо обязуется передать или принять оферту. Совершение указанных действий поставлено в зависимость от воли одной из сторон. В этой связи в немецкой литературе господствует точка зрения, в соответствии с которой договор о преимущественном праве представляет собой предварительный договор с потестативным условием (условием, зависящим от воли одной из сторон)<sup>129</sup>.

В российской правовой науке вопрос о месте преимущественных прав является дискуссионным<sup>130</sup>. Прежде всего это обусловлено тем, что в отличие от германского законодательства, в российском законодательстве отсутствуют положения, определяющие общие условия использования какой-либо категории преимущественных прав. При этом имеется значительное число не связанных между собой норм, предусматривающих условия возникновения и осуществления отдельных преимущественных прав: преимущественное право арендатора на заключение договора на новый срок и последствия отказа арендодателя от заключения договора (ст. 621 ГК РФ), преимущественное право участника общества на покупку отчуждаемой доли (части доли) (ст. 21 Закона об «Об обществах с ограниченной ответственностью»<sup>131</sup>) и т.д.

---

<sup>129</sup> Ibid. S. 302., Herzog N. Op. cit. S. 97-98. Следует отметить, что договор о преимущественном праве, в соответствии с которым на обязанное лицо не возлагается обязанность передать или принять оферту, но возлагается обязанность уведомить управомоченное лицо о своем намерении произвести отчуждение имущества не признается предварительным договором, поскольку управомоченное лицо в таком случае имеет право требовать возмещения убытков, но не заключения основного договора (Henrich D. Op. cit. S. 304-305.).

<sup>130</sup> В.П. Грибанов выделял преимущественные права в отдельную группу субъективных гражданских прав (Грибанов В. П. Осуществление и защита гражданских прав. - М., 2000. С. 295., той же позиции придерживается Л. Ю. Леонова (Леонова Л.Ю. Преимущественные права в гражданском праве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 М., 2005. С. 6.). В. А. Белов рассматривает конструкцию преимущественного права как комплекс относительных и абсолютных прав (Белов В. А. Основы учения о преимущественных правах. // Вестник Московского университета. 2001. № 6. С. 48-52.). Л. В. Кузнецова, определяя правовую природу преимущественных прав, указывает на то, что они могут быть абсолютными или относительными, вещными, обязательственными и т.д. При этом «преимущественность» не затрагивает содержание права и отражается в действительности только на особенностях его осуществления. (Кузнецова Л. В. Преимущественное право: понятие и правовая природа. // Журнал российского права. 2010. № 10. С. 53.).

<sup>131</sup> Федеральный закон от 08.02.1998 № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» (далее – Закон об обществах с ограниченной ответственностью). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

Кроме того, в доктрине отсутствует единство в вопросе о том, допустимо ли заключение договора о преимущественном праве в случаях, не предусмотренных законом<sup>132</sup>. Признавая факт обладания преимущественными правами, не предусмотренными законом меньшей степенью защиты, по сравнению с преимущественными правами, в законе «упомянутыми» мы, тем не менее, полагаем, что предоставление таких прав по соглашению сторон следует признать востребованным оборотом и допустимым.

Во-первых, в силу п. 2 ст. 421 ГК РФ принцип свободы заключения договора выражается в том, что стороны могут заключить договор, как предусмотренный, так и не предусмотренный законом или иными правовыми актами. Несомненно, при заключении договоров о преимущественном праве следует учитывать требования иных положений законодательства, регулирующих вопросы предоставления преимуществ хозяйствующим субъектам (в частности, ст. 11 Закона «О защите конкуренции»<sup>133</sup>). Тем не менее, представляется, что необходимость соблюдения указанных требований не должна являться препятствием для использования конкретного гражданско-правового инструмента в тех случаях, когда закон это допускает (например, в силу прямого указания закона не относятся к ограничивающим конкуренцию соглашения «вертикальные» соглашения между хозяйствующими субъектами (за исключением «вертикальных» соглашений между финансовыми организациями), доля каждого из которых на любом товарном рынке не превышает двадцать

---

<sup>132</sup> В. С. Ем, В. А. Белов и ряд иных авторов полагают, что преимущественные права могут возникнуть у субъектов только в случаях, предусмотренных законом. (См. Гражданское право. Общая часть: Учебник. / Под ред. Е. А. Суханова. // Автор главы В. С. Ем. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс», Белов В. А. Указ. соч. С. 38, 54., Никольский С. Е. Правовая природа преимущественных прав в гражданском праве. // Юрист. 2004. № 4. С. 22.). Признавая отсутствие законодательного запрета на заключение договоров, не предусмотренных законом, К. Скловский, М. Смирнова, Н. В. Зубарева и др. считают, что преимущественное право может быть предоставлено в соответствии с договором (Скловский К., Смирнова М. Институт преимущественной покупки в российском и зарубежном праве. // Хозяйство и право. 2003. №11. С. 104., Кубарь И. И. Договорные преимущественные права в гражданском праве России. // Журнал российского права. 2007. № 10. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».).

<sup>133</sup> Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон о защите конкуренции). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

процентов; соглашения о предоставлении и (или) об отчуждении права использования результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации продукции, работ или услуг) и не нарушается принцип добросовестности (ч. 3 ст. 1 ГК РФ).

Во-вторых, российская доктрина<sup>134</sup> и судебная практика<sup>135</sup> допускают возможность возникновения «обязательств с отрицательным содержанием», которые предусматривают обязанность лица воздержаться от совершения определенных действий, в том числе от совершения конкретных сделок.

В-третьих, при заключении договора о преимущественном праве не ущемляются права третьих лиц, поскольку заключение такого договора может повлечь негативные последствия исключительно для сторон договора (необходимость возмещения убытков). В соответствии с таким договором не может быть совершен перевод прав на сторону, в обход интересов которой была совершена сделка.

В-четвертых, практика показывает, что с учетом положений иностранных правопорядков в ходе ведения переговоров и при заключении договора стороны все чаще стремятся получить преимущество перед другими потенциальными контрагентами<sup>136</sup>. Данное обстоятельство является существенным для одной из сторон, в связи с чем соответствующее условие должно найти отражение в договоре (ч. 1 ст. 432 ГК РФ).

В российской доктрине в качестве конструкции, которая может быть использована для оформления отношений о предоставлении преимущественного

---

<sup>134</sup> Гражданское право. Обязательственное право: Учебник. В 4 т. Т. 3. / Под ред. Е. А. Суханова. М., 2008. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

<sup>135</sup> Так, в Обзоре судебной практики разрешения споров, связанных с применением положений Гражданского кодекса Российской Федерации о кредитном договоре, ВАС РФ отмечал, что не являются ничтожными условия кредитного договора, которые устанавливают обязанность заемщика воздерживаться от совершения определенных действий, в том числе от совершения некоторых видов сделок (получение заемщиком кредитов, выдачу поручительств и передачу имущества в залог) (п. 9 Обзора судебной практики разрешения споров, связанных с применением положений Гражданского кодекса Российской Федерации о кредитном договоре, Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 13.09.2011 № 147. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».).

<sup>136</sup> Того же мнения придерживаются Скловский К. и Смирнова М. К. (Скловский К., Смирнова М. Указ. соч. С. 104.).

права, одни авторы предлагают использовать своеобразный предварительный договор (где срок не является существенным условием) под отлагательным потестативным условием<sup>137</sup>, другие основной договор с потестативным условием<sup>138</sup>.

По нашему мнению, могут быть использованы обе конструкции: основной договор с потестативным условием<sup>139</sup> и предварительный договор с потестативным условием. В выборе правовой конструкции определяющим будет являться то, имеется ли у сторон возможность исчерпывающе определить условия основного договора или такая возможность отсутствует. Если обязанность по предоставлению преимущественного права будет возложена только на одну сторону, по всей видимости, должна быть использована конструкция опциона.

*Отграничение предварительного договора от рамочного договора (генерального соглашения)*

В соответствии с новеллами 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 (ст. 429.1. ГК РФ). Тождественное понимание места и назначения рамочного договора используется в немецкой доктрине и

---

<sup>137</sup> Смирнова М. Привилегированные приобретатели. // ЭЖ-Юрист. 2003. № 28. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

<sup>138</sup> Кубарь И. И. Указ. соч. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

<sup>139</sup> В российской правовой науке и судебной практике не сложилось единого подхода к решению вопроса о допустимости заключения договоров под потестативным условием (Подробный обзор точек зрения приводится в статье А. Г. Карапетова Зависимость условия от воли сторон условной сделки в контексте реформы гражданского права. // Вестник ВАС РФ. 2009. № 7. С. 41-42.). Мы склонны согласиться с авторами, которые не видят оснований для ограничения свободы договора и запрета на заключение сделок под условием, наступление которого зависит только от одной стороны.

практике<sup>140</sup>. Немецкому законодательству данная конструкция не известна. Ее использование допускается в силу принципа свободы договора.

Российскими и немецкими правоведами приводятся аналогичные основания для разграничения предварительного и рамочного договоров:

- в отличие от предварительного договора рамочный договор не содержит обязанности заключить конкретный договор в будущем<sup>141</sup>. Если в рамочном договоре содержится обязанность заключить конкретный договор, такой договор надлежит квалифицировать в качестве предварительного<sup>142</sup>;
- в рамочном договоре отсутствует определенность относительно содержания отдельного договора<sup>143</sup>;
- в отличие от предварительного договора в соответствии с рамочным договором не может быть заявлено требование о понуждении к заключению основного договора (отдельного договора)<sup>144</sup>;
- при условии заключения основного договора, предварительный договор считается исполненным. Рамочный договор исполняется в течение определенного времени в ходе заключения отдельных договоров и до момента прекращения его действия имеет цель урегулировать отношения сторон. Предварительный договор не имеет такого регулирующего содержания<sup>145</sup>.

<sup>140</sup> Henrich D. Op. cit. S. 117., Hoffbauer C. Der Rahmenvertrag in der Lieferbeziehung. Berlin, 2010. S. 18-19., Fikentscher W., Heinemann A. Op. cit. S. 84., Wilfried K-F. Outsorsing Schluesselfaktoren der Kundenzufriedenheit. Berlin, 2005. S. 83.

<sup>141</sup> Fikentscher W., Heinemann A. Op. cit. S. 84., Ефимова Л. Г. Рамочные (организационные) договоры. М., 2006. С. 59., Семилютин Н.Г. Договор как инструмент правового регулирования портфельных инвестиций. // Регулирование инвестиций в международном частном праве. М., 2008. С. 21.

<sup>142</sup> Henrich D. Op. cit. S. 117., Fikentscher W., Heinemann A. Op. cit. S. 84.

<sup>143</sup> Henrich D. Op. cit. S. 117., Hoffbauer C. Op. cit. S. 22., Ефимова Л.Г. Указ. соч. С. 59.

<sup>144</sup> Henrich D. Op. cit. S. 117.

<sup>145</sup> Hoffbauer C. Op. cit. S. 22., Ефимова Л.Г. Рамочные (организационные) договоры на внебиржевом межбанковском рынке ценных бумаг. // Законы России: опыт, анализ, практика. 2006. № 7. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

По результатам проведенного анализа, автор пришел к следующим выводам.

1. Вне зависимости от различий в подходах в определении роли предварительного договора, имевших место в определенный исторический период, в российском и немецком праве сложилось единое понимание этой правовой конструкции. Предварительный договор рассматривается как договор о заключении основного договора в будущем. При этом, как правило, предварительный договор востребован, когда стороны ввиду правовых или фактических обстоятельств не имеют возможности заключить основной договор, но уже в текущий момент желают создать обязательство.

2. Отграничение предварительного договора от смежных правовых конструкций позволяет выделить существенные признаки, обособляющие его в самостоятельную правовую конструкцию (договор) и имеющие ценность для дальнейшего исследования:

- a) Предварительный договор порождает обязательство заключить конкретный основной договор, при нарушении которого обязанная сторона может быть понуждена к заключению основного договора.
- b) В рамках этого обязательства праву одного лица противостоит обязанность, но не связанность, другого лица заключить основной договор. Управомоченная сторона не вправе односторонним волеизъявлением изменить правовое положение другой стороны. Следовательно, из предварительного договора возникает право требования о заключении основного договора, но не право на правообразование (секундарное право).
- c) Право требовать заключения основного договора исчерпывается при заключении основного договора. И наоборот, если основной договор по вине одной из сторон не заключен или является недействительным, управомоченная сторона вправе настаивать на заключении основного договора (при наличии такой возможности) или возмещении убытков.

## Глава 2. Заключение предварительного договора в праве России и Германии

Как отмечает О.Н. Садиков, предварительный договор во всех его проявлениях надо считать гражданско-правовой сделкой (договором), к нему должны применяться общие начала договорного права, закрепленные в ГК РФ. В системе гражданско-правовых договоров предварительный договор не может подчиняться особому правовому режиму, кроме случаев, когда это ясно вытекает из прямых указаний гражданского законодательства<sup>146</sup>. Следует отметить, что случаи подчинения предварительного договора особому правовому режиму могут следовать не только из прямых указаний законодательства, но и выявляться с учетом существования обязательства, возникающего из предварительного договора. Так, едва ли можно представить себе предварительный договор, который одновременно является рамочным (ст. 429.1. ГК РФ). Нормы о предварительном договоре и рамочном договоре явным образом конкурируют между собой. Прямого запрета на заключение предварительного публичного договора в законодательстве не содержится.

Таким образом, в значительной степени заключение предварительного договора подчинено общим условиям, применимым к любому договору: должны быть определены существенные условия, соблюдена форма и учтены иные требования, при соблюдении которых договор является действительным. Если говорить об иных требованиях, то в юридической литературе и судебной практике нередко особенно подчеркивается, что при заключении предварительного договора должно соблюдаться еще одно условие - получено согласие на заключение предварительного договора (со стороны органов юридического лица, третьих лиц, государственных органов и органов местного самоуправления). Постараемся определить в том, является ли указанное условие действительности предварительного договора таковым или нет.

---

<sup>146</sup> Садиков О.Н. Предварительный договор и его условия. // Хозяйство и право. 2011. №3. С. 4.

## § 1. Содержание предварительного договора в праве России и Германии

*Определенность содержания предварительного договора. Существенные условия предварительного договора*

В соответствии с обязательственным правом Германии при заключении сделок, влияющих на права лиц, должно быть четко определено, какие именно права затрагиваются, либо договор должен содержать условия, позволяющие это определить. Этот принцип обозначается как принцип определенности<sup>147</sup>. Данный принцип является общеправовым и не нашел единообразного законодательного закрепления. Его применение прослеживается в отдельных законодательных нормах<sup>148</sup> и судебных решениях<sup>149</sup>, в доктрине<sup>150</sup> гражданского права он обозначается в качестве основополагающего при принятии решения о содержании обязательства, притязания.

Данный принцип является ключевым при формулировании условий любого договора, в том числе предварительного. В отсутствие определенности, договор является недействительным в силу §§ 154, 155 ГГУ.

Ввиду отсутствия законодательного регулирования предварительного договора долгое время вопрос об определенности предварительного договора

---

<sup>147</sup> Markesinis B., Unberath H., Johnston A.S. The German Law of Contract: A Comparative Treatise. Oxford, 2006. P. 34., Herzog N. Op. cit. S. 122. Необходимо отметить, то принцип определенности рассматривался и в российской правовой науке. При этом отмечалось, что содержание обязательства должно быть определенным или по крайней мере определимым, т.е. допускающим определение (см. Новицкий И.Б. Избранные труды по гражданскому праву. Том II. М., 2006. С. 132-133.). Однако в последнее время в качестве отдельной категории принцип определенности, как правило, не рассматривается.

<sup>148</sup> Например, в силу абз. 2 ст. 103 Конституции ФРГ ([http://www.gesetze-im-internet.de/gg/art\\_103.html](http://www.gesetze-im-internet.de/gg/art_103.html)) преступление только тогда может быть наказано, когда его наказуемость была определена законом, до его совершения. Применительно к обязательственному праву этот принцип специально законодательно не выделен.

<sup>149</sup> Судебная практика Федерального Верховного суда свидетельствует о том, что он многократно напрямую обращался к указанному принципу при разрешении гражданско-правовых дел и основывался на нем при принятии решений (см. BGH, 21.11.1983 - VIII ZR 191/82., BGHZ 21, 52, 55 f; Senatsurteil vom 24. Juni 1958 - VIII ZR 205/57 = BGHZ 28, 16, 19 f und 23.; Senatsurteil vom 27. September 1960 - VIII ZR 230/59 = LM BGB § 138 Cb Nr. 12 = WM 1960, 1223. Доступ из справ.-правовой системы «JURION».)

<sup>150</sup> Larenz K., Lehrbuch des Schuldrechts, Bd.I, Allg. Teil. München, 1987. S. 76 ff., Esser J., Schmidt E. Schuldrecht: ein Lehrbuch, Bd.I, Allg. Teil. Heidelberg, 1984. S. 209 ff.

являлся дискуссионным. В настоящее время в доктрине<sup>151</sup> и на практике<sup>152</sup> господствующей является точка зрения, в соответствии с которой предварительный договор считается определенным, если определены существенные условия (*essentialia negotii*) основного договора. Обобщая подходы к определению содержания предварительного договора, сформулированные в немецкой правовой литературе, Н. Герцог отмечает, что требования, предъявляемые к договорам, которым не предшествует заключение предварительных договоров, должны быть неизменно перенесены на содержательную определенность предварительного договора, поскольку судебное исполнение договора возможно только в том объеме, как если бы оно имело место при договоре, которому не предшествует заключение предварительного договора. Такую конвергенцию содержательных требований при основном и предварительном договорах принято называть принципом материального единства обоих договоров<sup>153</sup>.

В соответствии с п. 3 ст. 429 ГК РФ предварительный договор должен содержать условия, позволяющие установить предмет, а также те условия основного договора, относительно которых по заявлению одной из сторон должно быть достигнуто соглашение при заключении предварительного договора.

До 1 июня 2015 редакция этой статьи кодекса была иной. Предварительный договор должен был содержать условия, позволяющие установить предмет, а также другие существенные условия основного договора (п. 3 ст. 429 ГК РФ), то есть также включать условия, которые названы в законе или иных правовых актах как существенные или необходимые для договоров данного вида (п. 1 ст. 432 ГК РФ).

В Концепции совершенствования общей части обязательственного права приведены следующие доводы в пользу внесения указанных изменений: «Исходя из той модели предварительного договора, которая заложена в ст. 429 ГК РФ,

---

<sup>151</sup> Geiben N. Op. cit. S. 46, Herzog N. Op. cit. S. 150.

<sup>152</sup> См. к примеру, BGH, 30.04.1992 - VII ZR 159/91., BGH, 18.01.1989 - VIII ZR 311/87. Доступ из справ.-правовой системы «JURION».

<sup>153</sup> Herzog N. Op. cit. S. 150., Wabnitz B. Op. cit. S. 88.

стороны на этапе согласования и заключения предварительного договора фактически должны согласовать все существенные условия основного договора, что влечет за собой вполне закономерный вопрос: если стороны могут согласовать все существенные условия на этапе заключения предварительного договора, то что мешает им сразу же заключить основной договор? При подобном подходе институт предварительного договора становится излишним, а соответствующие нормы ГК РФ – неэффективными, как не обеспечивающие свободу договора, в данном случае – свободу заключения договоров в общем виде, порождающих лишь одно обязательство – обязательство о договоре, то есть обязательство в будущем согласовать и заключить основной договор, отражающий всю полноту договоренностей сторон.

Надо сказать, что стороны нередко вообще не могут на этапе заключения предварительного договора согласовать существенные условия будущего договора в силу объективных причин, например, в силу состояния рынка определенного товара. Причем запросы оборота требуют, чтобы стороны имели возможность на определенном этапе заключить предварительный договор, который бы содержал условия, например, позволяющие идентифицировать предмет основного договора, оставляя на более поздние стадии определение всех иных условий, отражающих весь комплекс будущих имущественных отношений, в том числе и существенные условия»<sup>154</sup>.

С приведенной аргументацией сложно согласиться. Во-первых, выглядит сомнительным тезис о том, что при ранее действующем правовом регулировании предварительный договор являлся излишним. В ходе анализа роли предварительного договора нами были рассмотрены различные ситуации, в

---

<sup>154</sup> Концепция совершенствования общей части обязательственного права, подготовленная Советом при Президенте Российской Федерации по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства (протокол № 66 от 26 января 2009 г.). // Портал российского частного права. URL: [http://www.privlaw.ru/index.php?section\\_id=24](http://www.privlaw.ru/index.php?section_id=24) (дата обращения: 02.02.2015). Предложенный подход нашел поддержку в юридической литературе (см. Филиппова С. Существенные условия договора в проекте ГК РФ. // ЭЖ-Юрист. 2011. № 23. С. 1, 3. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс», Меньшенин П.А. Указ. соч. С. 110-122.).

которых использование конструкции предварительного договора востребовано. И обширная судебная практика свидетельствует о том, что предварительный договор широко использовался в соответствии со старой редакцией ст. 429 ГК РФ. Во-вторых, российскому праву известен определенный набор механизмов закрепляющих договоренности сторон на преддоговорном этапе (соглашения о намерениях, соглашения о процедуре переговоров и т.д.). Притом только предварительный договор обеспечен таким механизмом защиты, как понуждение к заключению основного договора. Не в малой степени это обусловлено тем, что стороны находятся на стадии, когда достигнута соответствующая степень определенности в отношении условий будущего договора или сторонами предусмотрены способы достижения таковой. При использовании нового подхода к определению содержания договора стороны будут лишены необходимости согласовывать или определять способ согласования существенных условий будущего договора, что повлечет возложение неоправданно большой дополнительной нагрузки на судебную систему<sup>155</sup>. Кроме того, при восполнении отсутствующих условий судом условия основного договора могут существенно отличаться от тех условий, которые стороны ожидали включить в договор при заключении предварительного договора. Таким образом, по нашему мнению требования, предъявляемые к предварительному договору в соответствии с немецким правом и ранее действующей редакцией ГК РФ, являются более разумными и обоснованными.

*Условия, позволяющие установить предмет основного договора. Способы определения условий основного договора*

Если характеризуя содержание предварительного договора, сначала мы попытались ответить на вопрос о том, какие условия должны являться его содержанием, то теперь постараемся выяснить, каким образом соответствующие условия должны быть сформулированы в предварительном договоре.

---

<sup>155</sup> Тот же аргумент приводится Д. Степановым (Степанов Д. Общие положения о договоре. Заключение договора. // Хозяйство и право. 2009. № 5. С. 54-65.) и Д. В. Майдаровским (Майдаровский Д.В. Указ. соч. С. 58-59.).

Из законодательного определения предварительного договора следует, что предварительный договор не должен содержать все условия основного договора, но условия, *позволяющие установить предмет* и иные существенные условия основного договора.

В связи с этим, по нашему мнению, важно понимать должны ли условия основного договора быть определимыми в момент заключения предварительного договора или определенность должна присутствовать в момент заключения основного договора. В немецкой правовой доктрине используется второй подход<sup>156</sup>. Нам это представляется оправданным, поскольку на момент заключения предварительного договора стороны действительно не всегда могут установить достаточно определенно все существенные условия основного договора, при этом осознают, что к моменту заключения основного договора такая определенность будет достигнута, с учетом этого и заключается предварительный договор.

В немецкой и российской литературе встречаются различные точки зрения на то, каким образом может быть достигнута эта определенность.

Так, Р. Борк отмечает, что в предварительном договоре может быть установлен порядок, в соответствии с которым должно определяться недостаточно определенно обозначенное исполнение, например, в соответствии с § 315 ГГУ с участием третьего лица. Однако в отсутствие такого порядка соответствующее условие неприменимо<sup>157</sup>. Действительно при заключении предварительного договора стороны могут, к примеру, установить порядок определения цены – посредством привлечение оценщика и считать установленную оценщиком сумму ценой основного договора.

Наряду с этим Р. Борк указывает на то, что стороны вправе возложить на себя обязанность в соответствии с предварительным договором дополнить отсутствующие условия по справедливому усмотрению сторон. Вследствие этого

---

<sup>156</sup> Herzog N. Op. cit. S. 150., Manfield W. Op. cit. Доступ из справ.-правовой системы «Beck-online».

<sup>157</sup> Bork R. in: Staudinger J. von. Op.cit. Доступ из справ.-правовой системы «Beck-online».

смысл предварительного договора заключается в том, чтобы установить предпосылки, в соответствии с которыми должен быть заключен основной договор<sup>158</sup>.

Следующий способ определения условий основного договора был предложен И.Б. Новицким. По его мнению, возможно, что предварительным договором будет предоставлено в определенных пределах одному из контрагентов право односторонне установить при заключении главного договора то или иное условие<sup>159</sup>. Комментируя высказанную позицию, М.И. Брагинский отмечает, что такая возможность основана на том, что наделение стороны таким правом представляет собой лишь способ реализации согласованного условия<sup>160</sup>.

Представляется, что все указанные способы являются приемлемыми для определения условий основного договора. Однако допустимо это только, когда в предварительном договоре содержится соответствующее указание. В противном случае существенные условия предварительного договора не могут считаться согласованными (определенными), а сам договор заключенным.

Сходным образом указанный вопрос решается российскими судами. Так, в п. 3 Информационного письма от 05.05.1997 № 14 «Обзор практики разрешения споров, связанных с заключением, изменением и расторжением договоров» Высший Арбитражный Суд отмечал, что 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 ГК РФ, или требует указания в нем конкретной цены, а другая

---

<sup>158</sup> Ibid. Доступ из справ.-правовой системы «Веб-онлайн».

<sup>159</sup> Новицкий И.Б. Избранные труды по гражданскому праву. С. 171.

<sup>160</sup> Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Общие положения. Кн. 1. М., 2001. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

сторона возражает против этого, то арбитражный суд не вправе рассматривать такой спор<sup>161</sup>.

*Толкование и исполнение положений предварительного договора судом*

Вопрос судебного исполнения предварительного договора является предметом анализа в российской и немецкой юридической литературе.

В соответствии с немецким правом исполнение предварительного договора посредством судебного толкования допускается. При этом под толкованием понимается изучение смысла и содержания недостаточно понятных или неоднозначных выражений воли или договоров (§§ 133, 157 ГГУ).

§ 133 ГГУ установлено, что необходимо определить действительную волю, скрытую за волеизъявлением или за договором. § 157 ГГУ предусматривает, что договоры следует толковать в соответствии с требованиями доброй совести, принимая во внимание обычаи делового оборота<sup>162</sup>.

Как отмечает Р. Калкофен, от каждого отдельного случая зависит, используется ли при рассмотрении § 133 ГГУ с субъективным или § 157 ГГУ с объективным ориентированным на кругозор реципиента подходом<sup>163</sup>.

Толкуя нормы § 157 ГГУ, Федеральный Верховный суд установил, «что содержание предварительного договора должно быть полным, чтобы достаточно определить содержание следующего за ним основного договора или, по меньшей мере, должно поддаваться определению. <...> Предварительный договор (должен) содержать такую степень определенности, чтобы в случае спора можно было верно установить содержание договора. Предварительный договор удовлетворяет этому требованию, если положения предварительного договора имеют необходимое основание для того, чтобы дополнить якобы отсутствующее единство сторон в отношении отдельных условий»<sup>164</sup>.

---

<sup>161</sup> Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 05.05.1997 № 14 «Обзор практики разрешения споров, связанных с заключением, изменением и расторжением договоров». Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

<sup>162</sup> Там же.

<sup>163</sup> Kalkofen R. Der Vorvertrag im geltenden deutschen Recht. Würzburg, 2006. S. 12.

<sup>164</sup> Цит. по: Kalkofen R. Op. cit. S. 12-13.

С учетом изложенного можно констатировать, что в соответствии с немецким правом исполнение предварительного договора возможно только тогда, когда в предварительном договоре для этого имеются соответствующие основания.

В российской литературе вопрос судебного исполнения положений предварительного договора рассматривался П.А. Меньшениным. В своем диссертационном исследовании он, в частности, указал, что при толковании понятия «условия позволяющие установить существенные условия основного договора», необходимо руководствоваться ст. 446 ГК РФ, в соответствии с которой в случаях передачи разногласий, возникших при заключении договора, на рассмотрение суда на основании ст. 445 ГК РФ либо по соглашению сторон условия договора, по которым у сторон имелись разногласия, определяются в соответствии с решением суда. Данная норма допускает включение в предварительный договор положения о том, что условия основного договора, по которым стороны не смогут достичь соглашения, будут дополнены решением суда. Для этого в предварительном договоре следует указать, какие условия основного договора в случае недостижения по ним согласия передаются на рассмотрение суда»<sup>165</sup>.

В соответствии с новой редакцией п. 5 ст. 429 ГК РФ предусматривается общее правило, что в случае возникновения разногласий сторон относительно условий основного договора такие условия определяются в соответствии с решением суда. В связи с этим на суд фактически будет возложена обязанность своей волей определять условия основного договора.

Принципиально признавая допустимость предлагаемых подходов, мы, тем не менее, полагаем, что право суда исполнять условия основного договора должно быть ограничено. Такое исполнение должно допускаться только в том случае, если для этого имеются *достаточные основания в предварительном договоре*: сторонами определен порядок конкретизации условий основного

---

<sup>165</sup> Меньшенин П.А. Указ. соч. С. 116-117.

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 случая, когда *в законе содержатся общие положения*, позволяющие определить условия договора (положение о сроке, цене и т.д.). 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.

## **§ 2. Форма предварительного договора в праве России и Германии**

### *Общие требования к форме предварительного договора*

Пунктом 2 ст. 429 ГК РФ предусмотрено, что предварительный договор заключается в форме, установленной для основного договора, а если форма основного договора не установлена, то в письменной форме. Несоблюдение правил о форме предварительного договора влечет его ничтожность.

Таким образом, фактически законодательство предусматривает три условия определения формы предварительного договора:

- форма предварительного договора не может быть слабее письменной формы;
- форма предварительного договора не может быть слабее формы основного договора;
- форма предварительного договора определяется формой основного договора.

В отсутствие законодательного регулирования вопрос о форме предварительного договора в немецкой доктрине долгое время являлся дискуссионным<sup>166</sup>. Это обусловлено тем, что в соответствии с немецким правом

---

<sup>166</sup> Одни ученые придерживались мнения, что требования к форме договора должны переноситься с основного договора на предварительный (См., в частности, Windscheid В. *Op. cit.* S. 175.), в противном случае из предварительного договора не возникает право требования. Другие полагали, что при решении вопроса о форме предварительного договора следует учитывать смысл и цель (*Sinn und Zweck*) законодательных предписаний о форме основного договора (Degenkolb H. *Op. cit.* S. 79.).

сделки могут заключаться в свободной (любой) форме, за исключением тех случаев, когда иное определено законом или соглашением сторон (§§ 126, 126а, 126б, 128, 129 ГГУ). Законодательное требование формы служит определенным целям<sup>167</sup>. Предстояло понять, каким образом на предварительный договор влияет необходимость соблюдения требований к форме основного договора, и как связана цель законодательного закрепления формы основного договора с формой предварительного.

Ключевую роль в разрешении краугольных вопросов формы предварительного договора сыграли решения Федерального Верховного суда (Имперского суда). Так, в решении от 1899 года Имперским судом была сформулирована позиция, в соответствии с которой фактически на предварительный договор должны распространяться требования о форме, предъявляемые к основному договору<sup>168</sup>. В последующем указанный подход был пересмотрен в сторону дифференциации ситуаций, при которых форма предварительного договора должна совпадать с формой основного договора. В решении от 1914 Имперским судом было установлено, что форма предварительного договора определяется *содержанием и целью* правового предписания, которым установлена форма основного договора<sup>169</sup>. Позднее на основании этого принципа в доктрине были сформулированы правила определения формы предварительного договора: предварительный договор требует формы основного договора, если имеется цель защиты лиц, напротив требования к форме отсутствуют, если форма служит исключительно цели содержательной определенности, обеспечения доказательств, познаваемости для третьих лиц, контроля<sup>170</sup>.

---

<sup>167</sup> О функциях формы сделки и ее роли в немецком праве см., например, Шапп Я. Указ. соч. С. 269.

<sup>168</sup> Цит. по: Henrich D. Op. cit. S. 147.

<sup>169</sup> Цит. по: Ibid. S. 147.

<sup>170</sup> Rode W. Op. cit. S.10., Henrich D. Op. cit. S. 147., Bork R. in: Staudinger J. von. Op.cit. Доступ из справ.-правовой системы «Beck-online», Geiben N. Op. cit. S. 48., Herzog N. Op. cit. S. 169-170., Leipold D. BGB I Einfuehrung und Allgemeiner Teil. 5 Auflage. Tuebingen, 2008. S. 195., Boemke U. BGB Allgemeiner Teil. Heidelberg, 2014. S. 200.

С учетом указанного правила в соответствии с немецкой доктриной и судебной практикой на предварительный договор распространяются требования о форме, предъявляемые к основному договору, в случае заключения предварительного договора к следующим видам основных сделок: договор купли-продажи земельного участка<sup>171</sup>; заявление о поручительстве<sup>172</sup>; учредительный договор<sup>173</sup>; обещание совершить дарение, обещание выплачивать пожизненную ренту<sup>174</sup> и т.д. Не требуется соблюдение формы предварительного договора: к договору долгосрочного найма, поскольку положения § 550 ГГУ не защищают нанимателя, но создают информационную основу для потенциального приобретателя земельного участка<sup>175</sup>.

Из сказанного следует, что в немецком праве фактически отсутствует четкое нормативное разграничение, определяющее, в каком случае форма основного договора установлена для целей защиты прав должника, в каком случае для иных целей. Вследствие этого при заключении предварительного договора (в случаях, когда соответствующие вопросы не нашли разрешение в судебной практике и в научной литературе) требуется оценка правовых требований к форме основного договора с точки зрения цели их введения (телеологическое толкование).

Кроме того особые правила предусмотрены, когда требования к форме установлены не законом, а соглашением сторон. В соответствии с позицией Федерального Верховного суда это вопрос толкования, распространяется ли

---

<sup>171</sup> Bork R. in: Staudinger J. von. Op.cit. Доступ из справ.-правовой системы «Beck-online», BGH Urteil vom 12. Mai 2006. Az. V ZR 97/05. // OpenJur. Die freie juristische Datenbank. [сайт]. URL: <http://openjur.de/u/81085.html> (дата обращения: 02.02.2015).

<sup>172</sup> Bork R. in: Staudinger J. von. Op. cit. Доступ из справ.-правовой системы «Beck-online».

<sup>173</sup> Ibid. Доступ из справ.-правовой системы «Beck-online», BGH, 21.09.1987 - II ZR 16/87. Доступ из справ.-правовой системы «JURION».

<sup>174</sup> Herzog N. Op. cit. S. 170-171.

<sup>175</sup> Bork R. in: Staudinger J. von. Op. cit. Доступ из справ.-правовой системы «Beck-online», BGH Urteil vom 7. März 2007. Az. XII ZR 40/05. // OpenJur. Die freie juristische Datenbank. [сайт]. URL: <http://openjur.de/u/79011.html> (дата обращения: 02.02.2015).

требование о форме на предварительный договор или ограничивается только основным договором<sup>176</sup>.

Есть основания утверждать, что в немецком праве по сравнению с российским правом предъявляются принципиально иные требования к форме предварительного договора:

- форма предварительного договора может быть слабее письменной формы;
- форма предварительного договора может быть слабее формы основного договора;
- форма предварительного договора определяется формой основного договора только в том случае, если форма основного договора установлена для целей защиты стороны.

Возникает закономерный вопрос: имеет ли подход немецкой правовой доктрины и судебной практики какие-либо преимущества по сравнению с подходами, используемыми в российском праве?

Прежде всего, представляет интерес возможность заключения предварительного договора в устной форме (ч. 2 ст. 168 ГК РФ). В настоящее время предварительный договор не может быть заключен в устной форме, поскольку основной договор, который может быть заключен в устной форме, с точки зрения закона, является договором, для которого форма не установлена (ч. 2 ст. 429 ГК РФ).

Однако является ли это оправданным? С одной стороны не очевидны причины, по которым законодатель, допуская возможность заключения основного договора в устной форме, исключает такую возможность для предварительного договора. Действительно в отличие от предварительного договора основной договор предполагает реальное исполнение, в связи с чем факт его заключения, зачастую может быть подтвержден совокупностью доказательств (в том числе свидетельствующих о реальном исполнении договора). Вместе с тем отсутствие реального исполнения не исключает возможность доказывания факта заключения

---

<sup>176</sup> Цит. по: Henrich D. Op. cit. S. 148.

предварительного договора иным образом (перепиской сторон, свидетельскими показаниями и т.д.).

С другой стороны, к сожалению, в российской деловой практике еще не всегда субъекты хозяйственной деятельности желают действовать и действуют добросовестно. Поэтому на текущий момент введение возможности заключения предварительного договора в устной форме не представляется оправданным. Тем не менее, по нашему мнению, в перспективе этот вопрос должен быть решен в пользу ослабления требований к форме предварительного договора.

Следующий вопрос, который представляет интерес: целесообразно ли допускать заключение предварительного договора в форме более слабой, чем основной договор? Здесь вновь могут быть названы аргументы «за» и «против». Предварительный договор, как правило, заключается в случае, когда стороны не могут заключить основной договор, но готовы связать себя обязательствами. Предъявление более мягких требований к форме предварительного договора будет способствовать получению института предварительного договора большей гибкости. В то же время ослабление требований к форме предварительного договора может привести к тому, что любые, в том числе опрометчивые, договоренности сторон получат судебную защиту. Думаем, что оправдан немецкий подход, в соответствии с которым по общему правилу к форме предварительного договора предъявляются более мягкие требования, чем к форме основного договора. Однако требования к форме предварительного договора не могут смягчаться в случае, если квалифицированная форма предварительного договора обусловлена необходимостью защиты сторон договора.

Для разграничения случаев, при которых форма основного договора переносится на предварительный от тех, когда такой перенос требований не происходит, должна существовать возможность определить цели установления формы основного договора в каждом конкретном случае. В отличие от немецкого права<sup>177</sup> в российском праве цели установления требований к форме не

---

<sup>177</sup> См. Bork R. Allgemeiner Teil des Buergerlichen Gesetzbuchs. S. 394, Шапп Я. Указ. соч. С. 269.

различаются. Так, В.В. Витрянский называет целый ряд целей предъявления требований к форме: цель требований к форме договора состоит в том, что все они позволяют сделать отношения сторон более определенными, снять основания для споров в будущем по поводу самого факта совершения сделки и ее содержания. Некоторые нормы придают акту фиксации сделки публичный характер. С этим связан государственный контроль за ее содержанием в интересах оборота и третьих лиц, помощь сторонам в уяснении правовых последствий совершаемых ими юридических действий, а равно информация заинтересованных лиц о совершенных сделках<sup>178</sup>.

Между тем, по нашему мнению, положения российского законодательства также позволяют разграничить цели, которыми руководствуется законодатель при установлении формы сделки. По общему правилу, несоблюдение простой письменной формы сделки лишает стороны права в случае спора ссылаться в подтверждение сделки и ее условий на свидетельские показания, но не лишает их права приводить письменные и другие доказательства (ч. 1 ст. 162 ГК РФ). В ряде случаев последствием несоблюдения письменной формы сделки является ее недействительность (ст. 550 ГК РФ, ст. 820 ГК РФ, ст. 836 ГК РФ и т.д.). В силу ч. 3 ст. 163 ГК РФ несоблюдение нотариальной формы сделки влечет ее ничтожность.

Таким образом, с учетом значения формы сделки законодатель определяет различные последствия ее несоблюдения. При этом, очевидно, что во втором случае цель защиты сторон сделки или общественных интересов играет большее значение, чем в первом. Надо полагать, что в рамках российской правовой системы тоже потенциально возможно использовать дифференцированный подход к переносу требований к форме с основного договора на предварительный.

Однако ослабление письменной формы сделки означает заключение предварительного договора в устной форме. В настоящее время это прямо

---

<sup>178</sup> Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

запрещено законом. Ослабление же законодательных требований к форме предварительного договора в настоящее время едва ли является целесообразным. Следовательно, использование приведенного правила возможно только в случае ослабления требований к форме предварительного договора (если соответствующее решение будет принято в дальнейшем).

#### *Нотариальное удостоверение предварительного договора*

В соответствии с указанным ранее правилом п. 3 ст. 163 ГК РФ о переносе требований к форме с основного договора на предварительный, предварительный договор к основному договору, требующему соблюдения нотариальной формы, должен быть нотариально удостоверен. В противном случае он является ничтожным.

При этом заключение нотариально удостоверенного предварительного договора по российскому праву не исключает необходимости удостоверения основного договора под страхом его ничтожности.

В то же время в немецкой литературе последнего времени встречается позиция, в соответствии с которой аналогичное правило в немецком праве не рассматривается как абсолютное.

Н. Гайбен полагает, что вопрос нотариального удостоверения основного договора следует рассматривать во взаимосвязи с конкретизацией неопределенных положений договора. В этих случаях предполагается, что не требуется дальнейшее нотариальное удостоверение. В частности, договор купли-продажи, заключенный под условием о получении разрешения на строительство, является действительным без повторного нотариального удостоверения. Кроме того, по мнению Федерального Верховного суда, обязанность нотариального удостоверения ограничивается с учетом минимальных требований нотариальной определенности в случаях, в которых, например, деление нескольких земельных участков передается на отдельные договоры купли-продажи или ближайшее установление границ продаваемого земельного участка предоставляется определению одному из договаривающихся (§ 315 ГГУ) или третьему лицу (§ 317 ГГУ). Вследствие этого соглашения в целях конкретизации положений договора

не требуют соблюдения формы, если они только заполняют узко установленные рамки нотариально удостоверенного договора<sup>179</sup>.

С учетом сказанного, по мнению Н. Гайбена и М. Вольфа, при перенесении обязанности нотариального удостоверения на предварительный договор отпадает необходимость нотариального удостоверения основного договора в случае, если заключенный в надлежащей форме предварительный договор содержит существенные составные части основного договора<sup>180</sup>. Тогда нотариально удостоверенный предварительный договор должен рассматриваться как основной договор, так что последний достаточно выполнен посредством первого нотариального удостоверения и разъяснения сторонам договора единственной цели защиты § 311b абз.1 ГГУ с учетом последующей конкретизации<sup>181</sup>.

В качестве исключения презюмируется нотариальное удостоверение основного договора либо в случае, если это ясно предусматривалось сторонами, либо когда основной договор настолько сильно отходит от предварительного договора или предварительный договор настолько не определен, что отличное или дополнительное содержание основного договора не покрывается имеющимися в предварительном договоре разъяснениями<sup>182</sup>.

Будет правильным утверждение, что в последнее время отдельными немецкими учеными признается возможность переноса эффекта «нотариального удостоверения» с предварительного договора на основной.

Мы полагаем, что тождественный подход может быть использован в рамках российской правовой системы.

Рассматривая вопрос о целесообразности конвалидации (исцеления, оздоровления) ничтожных сделок, Д.О. Тузов называет следующие причины введения нотариальной формы:

1. контроль нотариуса за правильностью волеизъявления сторон и его соответствием их подлинной воле призван обеспечить законность,

---

<sup>179</sup> Цит. по Geiben N. Op. cit. S. 49-50.

<sup>180</sup> Ibid. S. 49 -50., Wolf M. Op. cit. Доступ из справ.-правовой системы «Beck-online».

<sup>181</sup> Geiben N. Op. cit. S. 50.

<sup>182</sup> Wolf M. Op. cit. Доступ из справ.-правовой системы «Beck-online».

действительность основания для последующих действий во исполнение сделки, связанных, как правило, с существенными имущественными затратами. При заключении предварительного договора нотариус уже проконтролировал правильность волеизъявления сторон, законность и действительность предварительного договора, а также признал возможным заключение действительного основного договора;

2. любая квалифицированная форма служит цели фиксации факта совершения сделки. В соответствии с предварительным договором уклоняющаяся сторона может быть в судебном порядке принуждена к заключению основного договора. Следовательно, уже в момент заключения предварительного договора зафиксирован факт готовности к выражению волеизъявления на заключение основного договора;
3. с установлением обязательной нотариальной формы должны быть также связаны фискальные интересы государства. Соответствующие интересы государства были удовлетворены при удостоверении предварительного договора<sup>183</sup>.

Таким образом, путем удостоверения предварительного договора удовлетворяются все интересы, с которыми связывается введение нотариальной формы сделки. Вследствие этого, по нашему мнению, было бы разумным дополнение законодательных положений, предусматривающих возможность переноса «нотариального эффекта» с предварительного договора на основной.

Такая ситуация, в частности, возможна, когда сторонами во исполнение предварительного договора заключается основной договор. При этом одна сторона уклоняется от нотариального удостоверения договора, исполнение же основной сделки еще не последовало (ч. 1 ст. 165 ГК РФ).

В то же время следует иметь в виду, что к предварительному договору предъявляются не все требования, которые должны быть соблюдены для

---

<sup>183</sup> Тузов Д.О. Теория недействительности сделок: опыт российского права в контексте европейской правовой традиции. М., 2007. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

признания основного договора действительным. К таким в частности, относятся требования об одобрении сделки<sup>184</sup>. Следовательно, перенос «нотариального эффекта» следует считать возможным только в том случае, если в соответствии с законодательством или соглашением сторон не должны выполняться дополнительные условия, при которых основной договор может считаться действительным.

Также следует учитывать, что в соответствии с новой редакцией п. 3 ст. 429 ГК РФ предварительный договор может не содержать всех условий основного договора. Для применения указанного выше правила в предварительном договоре должны содержаться все условия основного договора.

Кроме того, применимы выводы немецких ученых. Нотариальное удостоверение основного договора требуется, если это ясно предусматривалось сторонами, либо если основной договор существенно отходит от предварительного договора или предварительный договор настолько не определен, что отличное или дополнительное содержание основного договора не покрывается имеющимися в предварительном договоре разъяснениями. Соответствующие положения законодательства (абз. 2 п. 2 ст. 429 ГК РФ) могут быть сформулированы следующим образом:

«Если настоящим Кодексом или иными федеральными законами предусмотрена обязанность нотариального удостоверения договора, основной договор, не получивший нотариального удостоверения, может быть признан действительным судом, если предварительный договор, предусматривающий заключение и включающий все существенные условия такого договора, нотариально удостоверен».

#### *Государственная регистрация предварительного договора*

Вопрос государственной регистрации предварительного договора был решен Высшим Арбитражным Судом Российской Федерации применительно к договору аренды. А именно, суд указал, что предварительный договор, по

---

<sup>184</sup> Подробнее об этом см. § 3 главы 2 настоящей работы.

которому стороны обязуются в будущем заключить договор, подлежащий государственной регистрации, не подлежит государственной регистрации, поскольку 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 ст. 164 ГК РФ. Предметом предварительного договора является обязательство сторон по поводу заключения будущего договора, а не обязательства по поводу недвижимого имущества<sup>185</sup>. В настоящее время доктрина в этом вопросе следует за судебной практикой<sup>186</sup>.

В свою очередь в немецкой литературе указывается на то, что от материально-правовых предписаний формы в вещном праве следует отличать предписания формы в формальном праве поземельной книги<sup>187</sup>. Можно сделать вывод, что государственная регистрация не является элементом формы договора. По всей видимости, именно по этой причине вопрос государственной регистрации предварительного договора в немецкой литературе и судебной практике даже не поднимается.

*«Исцеление» предварительного договора вследствие недостатка формы*

Под «исцелением» формы предварительного договора понимается признание действительным предварительного договора, заключенного в ненадлежащей форме.

В немецкой доктрине вопрос исцеления формы предварительного договора вызывает дискуссии<sup>188</sup>. В последнее время все больше авторов высказывается в

---

<sup>185</sup> Пункт 14 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 16.02.2001 № 59 «Обзор практики разрешения споров, связанных с применением Федерального закона «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним». Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

<sup>186</sup> Васильев А.В. Указ. соч. С. 65., Петров Д.А. Теоретические и практические аспекты применения норм о предварительном договоре в коммерческом обороте недвижимости. // Арбитражные споры. 2009. № 3. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

<sup>187</sup> Шапп Я. Указ. соч. С. 277.

<sup>188</sup> Henrich D. Op. cit. S. 168., Herzog N. Op. cit. S. 177.

пользу допустимости исцеления предварительного договора. При этом ключевым является вопрос, в каких случаях такое исцеление допускается.

В своем монографическом труде по предварительному договору Д. Генрих отмечал, что по общему правилу в случае заключения действительного по форме основного договора исцеление недействительного по форме предварительного договора не происходит. Исцеление предварительного договора допускается только в случаях, предусмотренных законом<sup>189</sup>.

Предваряя описание этих случаев, отметим, что отчуждение недвижимого имущества в соответствии с немецким правом предполагает прохождение нескольких этапов: заключение предварительного договора (возможно, но не обязательно), заключение основного договора купли-продажи недвижимого имущества (подлежит нотариальному удостоверению), передача недвижимого имущества и внесение записи в поземельную книгу.

К числу бесспорных случаев исцеления предварительного договора относят случай, предусмотренный абз. 1 § 311 b ГГУ. В соответствии с положениями указанного параграфа договор, согласно которому одна сторона принимает обязательство передать или приобрести право собственности на земельный участок, требует нотариального удостоверения. Договор, заключенный без соблюдения этой формы, по своему содержанию действителен в целом, если состоится передача права собственности и внесение записи в поземельную книгу. На основании приведенной нормы в немецкой доктрине<sup>190</sup> и судебной практике<sup>191</sup> делается вывод о том, что в случае исцеления основного договора посредством передачи права собственности и внесения записи в поземельную книгу, происходит исцеление предварительного договора, если все требующие исцеления договоренности охватываются обоюдным согласием сторон.

---

<sup>189</sup> Henrich D. Op. cit. S. 169.

<sup>190</sup> Bork R. in: Staudinger J. von. Op. cit. Доступ из справ.-правовой системы «Beck-online», Geiben N. Op. cit. S. 51.

<sup>191</sup> BGH, 02.10.1981 - V ZR 233/80. Доступ из справ.-правовой системы « JURION », BGH Urteil vom 13. Februar 2003 Az. IX ZR 76/99. // OpenJur. Die freie juristische Datenbank. [сайт]. URL: <http://openjur.de/u/66304.html> (дата обращения: 02.02.2015).

Н. Гайбеном также исследовался вопрос допустимости использования абз. 1 § 311 b ГГУ по аналогии. В частности, он указывает на то, что посредством заключения действительного по форме договора купли-продажи собственник земельного участка будет обязан к передаче права собственности и внесению записи в поземельную книгу, так что он практически не имеет возможности препятствовать исцелению недействительного по форме предварительного договора. В этом случае, по мнению Н. Гайбена, целесообразно допустить действие исцеления до передачи права собственности, внесения записи в поземельную книгу и использование по аналогии указанных положений ГГУ, чтобы недействительный предварительный договор являлся исцеленным<sup>192</sup>.

В немецкой доктрине называются два случая, в которых исцеление предварительного договора является востребованным. В первую очередь указывается<sup>193</sup> на случаи исцеления сделок, частью которых является предварительный договор. В силу § 139 ГГУ при недействительности части сделки сделка считается недействительной в целом, если нет оснований предполагать, что сделка была бы совершена без включения ее недействительной части. Иными словами, в § 139 ГГУ закреплена презумпция полной ничтожности сделки при ничтожности одной из ее частей. Сохранение сделки в действительной части выступает результатом ее опровержения<sup>194</sup>. Ввиду сказанного вопрос исцеления предварительного договора, являющегося частью сделки и содержащего условия, в последующем не включенные в основной договор, имеет существенное значение.

Помимо этого исцеление востребовано в случае согласования в предварительном договоре условия о договорной неустойке<sup>195</sup>.

---

<sup>192</sup> Geiben N. Op. cit. S. 52.

<sup>193</sup> Ibid. S. 53., Keim C. Op. cit. Доступ из справ.-правовой системы «Beck-online».

<sup>194</sup> Bork R. Allgemeiner Teil des Buergerlichen Gesetzbuchs. S. 460., Giesen D. BGB Allgemeiner Teil: Rechtsgeschäftslehre. Berlin, 1995. S. 151., Новицкая А.А. Недействительность части сделки: сравнительно-правовой анализ российского и немецкого правового регулирования. // Вестник гражданского права. 2011. № 1. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

<sup>195</sup> Geiben N. Op. cit. S.52.

В свете сказанного применительно к немецкой правовой доктрине возникает вопрос о том, возможно ли исцеление недействительного по форме предварительного договора посредством заключения основного договора в соответствии с российским правом.

Как отмечалось выше в соответствии с российским законодательством, несоблюдение правил о форме предварительного договора влечет его ничтожность (ч. 2 ст. 429 ГК РФ). В то же время ч. 1 ст. 165 предусмотрены специальные правила «исцеления» формы сделок, совершенных в ненадлежащей форме: если одна из сторон полностью или частично исполнила сделку, требующую нотариального удостоверения, а другая сторона уклоняется от такого удостоверения сделки, суд вправе по требованию исполнившей сделку стороны признать сделку действительной.

Анализируя приведенные положения А. Васильев приходит к выводу о неприменимости этих норм к предварительному договору, т.к. заявлять соответствующие требования может только одна сторона, полностью либо частично исполнившая предварительный договор, а заключить основной договор можно только «полностью»<sup>196</sup>. С изложенной позицией следует согласиться, поскольку предварительный договор считается исполненным только в случае заключения основного договора, но не совершения действий, направленных на его заключение.

В современной российской правовой науке не рассматривается вопрос о допустимости исцеления формы предварительного договора вследствие заключения основного договора. Из буквального толкования положений п. 2 ст. 165 ГК РФ следует, что требование об исцелении сделки может быть заявлено только стороной, исполнившей сделку. В случае заключения действительного основного договора соответствующее исполнение будет стороной произведено. Таким образом, потенциально о возможности исцеления предварительного договора можно было бы говорить.

---

<sup>196</sup> Васильев А.В. Указ. соч. С. 63.

Представляется, что такая потребность отсутствует на практике. Как сказано выше, в соответствии с немецким правом практическая потребность исцеления предварительного договора вызвана необходимостью исцеления сделки, частью которой является предварительный договор, или необходимостью взыскания неустойки.

В отличие от немецкого права, согласно российскому праву недействительность части сделки не влечет недействительности прочих ее частей, если можно предположить, что сделка была бы совершена и без включения недействительной ее части (ст. 180 ГК РФ). Следовательно, отсутствует необходимость в исцелении сделки в целом, поскольку иные ее части сохраняют силу.

В соответствии с российским правом также может быть предусмотрена уплата неустойки вследствие ненадлежащего исполнения обязательства, предусмотренного предварительным договором (уклонения от заключения основного договора). Однако с нашей точки зрения, едва ли можно представить себе ситуацию, что после заключения основного договора, одной из сторон будут заявлены требования о взыскании неустойки по предварительному договору.

### **§ 3. Согласие на заключение (одобрение) предварительного договора в праве России и Германии**

Российское законодательство содержит значительное число положений, предусматривающих необходимость получения согласия на совершение сделки (со стороны третьих лиц, органов юридического лица и т.д.). В процессе реформирования ГК РФ были введены нормы, направленные на унификацию указанных правил (ст. ст. 157.1., 173.1. ГК РФ). Однако данные изменения коснулись формы и сроков получения согласия, но не содержания сделок, подлежащих одобрению. При решении вопроса о том, какие сделки требуют получения согласия, необходимо обращаться к специальным нормам.

Анализ этих норм показывает, что круг сделок и формулировки, используемые законодателем, весьма разнообразны. Так, подлежат одобрению:

- со стороны органов юридического лица (хозяйственного общества): сделка (в том числе заем, кредит, залог, поручительство) или несколько взаимосвязанных сделок, связанных с приобретением, отчуждением или возможностью отчуждения обществом прямо либо косвенно имущества, стоимость которого составляет 25 и более процентов балансовой стоимости активов общества (крупная сделка)<sup>197</sup>; сделки (в том числе заем, кредит, залог, поручительство), в совершении которых имеется заинтересованность члена совета директоров (наблюдательного совета) общества, и т.д.<sup>198</sup>;
- со стороны третьих лиц (арендатора, залогодержателя и т.д.): передача арендованного имущества в субаренду (поднаем) и прав и обязанностей по договору аренды другому лицу (перенаем), предоставление арендованного имущества в безвозмездное пользование, а также передача арендных прав в залог и внесение их в качестве вклада в уставный капитал хозяйственных товариществ и обществ или паевого взноса в производственный кооператив (п. 2 ст. 615 ГК РФ); отчуждение предмета залога, передача его в аренду или безвозмездное пользование другому лицу либо распоряжение им иным образом (п. 2 ст. 346 ГК РФ);
- со стороны государственных органов и органов местного самоуправления (антимонопольного органа, органов опеки и попечительства и т.д.): получение в собственность, пользование или во владение хозяйствующим субъектом (группой лиц) находящихся на территории Российской Федерации основных производственных средств и (или) нематериальных активов другого хозяйствующего

---

<sup>197</sup> Ст. 78 Федерального закона от 26.12.1995 № 208-ФЗ «Об акционерных обществах» (далее – Закон об акционерных обществах). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс», ст. 46 Закона об обществах с ограниченной ответственностью. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

<sup>198</sup> Ст. 81 Закона об акционерных обществах, ст. 45 Закона об обществах с ограниченной ответственностью.

субъекта (пп. 7 п. 1 ст. 28 Закона о защите конкуренции); совершение сделок по отчуждению, в том числе обмену или дарению имущества подопечного или несовершеннолетнего, сдаче его внаем (в аренду), в безвозмездное пользование или в залог, сделок, влекущих отказ от принадлежащих подопечному или несовершеннолетнему прав, раздел его имущества или выдел из него долей, а также любых других сделок, влекущих уменьшение имущества подопечного, а также несовершеннолетнего (п. 1 ст. 28, п. 2 ст. 37 ГК РФ).

Несмотря на разнообразие самих законодательных формулировок, можно заметить, что, как правило, одобрения требуют сделки, направленные на распоряжение имуществом. Как отмечалось ранее, предварительный договор направлен на заключение основного договора и не предполагает передачу имущества.

В то же время, заключая предварительный договор, стороны принимают на себя обязательство заключить основную сделку. В случае неисполнения соответствующей обязанности добровольно должник может быть понужден к заключению и исполнению основного договора или возмещению убытков. Иными словами, предварительный и основной договоры имеют общую конечную цель, как правило, связанную с передачей имущества.

Вследствие указанной двойственности, в российской доктрине и на практике используются различные подходы к решению вопроса о распространении требований об одобрении с основного договора на предварительный.

В правовой науке вопрос об одобрении предварительного договора обычно дискутируется применительно к конкретным случаям одобрения, предусмотренным законодательством (например, заключение предварительного договора, направленного на совершение крупной сделки); решения предлагаются с учетом того, какие формулировки использует законодатель. Так, в соответствии с положениями законодательства (буквальным толкованием) о крупных сделках, одобрения требуют сделки, связанные не только с отчуждением имущества, но и с

возможностью его отчуждения<sup>199</sup>. В этой связи, по мнению К.К. Лебедева, о необходимости одобрения предварительного договора в качестве крупной сделки говорит тот факт, что под понятие крупной сделки подпадают и сделки, связанные с «возможностью отчуждения имущества»<sup>200</sup>. Мотивируя обратную позицию, Д.А. Петров указывает, что предварительный договор представляет собой неимущественный договор, предметом которого являются действия, направленные на заключение основного договора, а не на приобретение или отчуждение имущества. Следовательно, на предварительный договор не должны распространяться правила о крупных сделках<sup>201</sup>.

С судебной практикой еще сложнее.

Трактуя указанные положения о крупных сделках, в одних случаях судебные органы также рассматривают одобрение как обязательное условие действительности предварительного договора, в других случаях нет<sup>202</sup>.

В соответствии с законодательством о совершении сделок с заложенным имуществом и имуществом подопечного (несовершеннолетнего) необходимость получения согласия связывается исключительно с самим фактом распоряжения имуществом, но не с возможностью распоряжения им (п. 1 ст. 28, п. 2 ст. 37 ГК РФ). Однако суды склонны признавать недействительными не получившие одобрения предварительные договоры, которые предусматривают заключение

---

<sup>199</sup> Ст. 78 Закона об акционерных обществах, ст. Закона об обществах с ограниченной ответственностью.

<sup>200</sup> Комментарий к Федеральному закону «О несостоятельности (банкротстве)» (постатейный). / Под ред. В.Ф. Попондопуло. М., 2011. // Автор главы К.К. Лебедев. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс». Той же позиции придерживается А.О. Беляева (Беляева О.А. Предпринимательское право: Учебное пособие. / Под ред. В.Б. Ляндреса. М., 2009. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».).

<sup>201</sup> Петров Д.А. Указ. соч. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс». Той же позиции придерживаются иные авторы (Меньшенин П. А. Указ. соч. С. 128., Васильев А.В. Указ. соч. С. 64.).

<sup>202</sup> Постановление ФАС Северо-Западного округа от 23.11.2006 по делу № А44-214/2006-1., Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 12.05.2006 № А19-9175/04-25-14-Ф02-2082/06-С2 по делу № А19-9175/04-25-14., Постановление ФАС Уральского округа от 06.09.2004 № Ф09-2878/2004-ГК по делу № А60-970/2004., Определение ВАС РФ от 10.03.2010 № ВАС-16363/09 по делу № А12-1570/2009., Определение ВАС РФ от 01.03.2012 № ВАС-2059/12 по делу № А12-6878/2011. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

основного договора о передаче предмета залога в аренду<sup>203</sup> или об отчуждении имущества подопечного (несовершеннолетнего)<sup>204</sup>.

Согласно тексту законов<sup>205</sup>, сделки с заинтересованностью подлежат одобрению вне зависимости от того, происходит при этом переход прав на имущество или нет. Между тем в одних случаях, суды используют буквальное толкование и приходят к выводу о распространении норм об одобрении сделок с заинтересованностью на предварительные договоры<sup>206</sup>. В других случаях не видят необходимости в получении согласия. При этом используется следующая аргументация: «Согласно статье 429 ГК РФ, лица, заключившие предварительный договор, имеют единственную обязанность заключить в будущем основной договор и право требовать от другой стороны заключения основного договора. Возникновение непосредственно из предварительного договора каких-либо имущественных прав на вещь, которая должна быть предметом основного договора, противоречит правовой природе предварительного договора. Тем самым исключается возможность применения к правоотношениям, сложившимся между сторонами по предварительному договору, норм статьи 45 Федерального закона «Об обществах с ограниченной ответственностью», регламентирующей условия совершения сделок с заинтересованностью»<sup>207</sup>.

Таким образом, в России до настоящего времени не сложилось единого подхода к вопросу о необходимости получения согласия на заключение предварительного договора, который предусматривает заключение основного договора, подлежащего согласованию.

---

<sup>203</sup> Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 03.10.2006 № Ф04-6445/2006(26993-А45-9) по делу № А45-28375/05-33/891., Кассационное определение Ярославского областного суда от 19.03.2012 по делу № 33-1542. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

<sup>204</sup> Определение Алтайского краевого суда от 01 декабря 2010 года., Решение Индустриального районного суда г. Барнаула (Алтайский край) от 12 октября 2010 года № 2-3549/2010. Доступ из справ.-правовой системы «Право.ру».

<sup>205</sup> Ст. 81 Закона об акционерных обществах, ст. 45 Закона об обществах с ограниченной ответственностью.

<sup>206</sup> Постановление Десятого арбитражного апелляционного суда от 24.07.2009 по делу № А41-6666/09. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

<sup>207</sup> Постановление ФАС Поволжского округа от 27.11.2008 по делу № А55-653/2008. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

В соответствии с немецкой доктриной решение вопроса о получении согласия на заключение предварительного договора зависит от двух факторов.

Во-первых, имеет значение, каким субъектом должно быть выдано согласие. Если для заключения основного договора требуется согласие третьего лица (*Zustimmung eines Dritten*), например, временного владельца имущества, отсутствует необходимость в получении согласия для заключения предварительного договора<sup>208</sup>. Согласие может потребоваться только если оно должно исходить от органов публичной власти (*Genehmigung*).

Во-вторых, необходимость получения согласия обусловлена целями, для достижения которых предусмотрен контроль за совершением сделок. В соответствии с этим критерием одобрения требуют только сделки, выдача разрешения на совершение которых, связана с необходимостью защиты одного или обоих контрагентов от невыгодного содержания договора (*vor einem nachteiligen Vertragsinhalt*). Если обязанность получения одобрения выполняет напротив публичные интересы, достаточно, чтобы только основной договор был представлен на согласование в государственный орган<sup>209</sup>. В частности, требуется получить согласие на заключение предварительного договора при совершении опекуном сделок с земельными участками, судами или строящимися судами, а также иных указанных в законе сделок (§§ 1821, 1822 Германского гражданского уложения (ГГУ))<sup>210</sup>.

Мы полагаем, что указанные наработки немецкой доктрины достойны внимания и могут быть полезны в России.

---

<sup>208</sup> В то же время зачастую обязанность по заключению основного договора явно или по умолчанию обусловлена получением согласия. В случае сомнения речь идет о предварительном договоре под отлагательным условием. При отсутствии согласия, отсутствует обязанность из предварительного договора. Henrich D. *Op. cit.* S. 203.

<sup>209</sup> Herzog N. *Op. cit.* S. 184., Bork R. in: Staudinger J. von. *Op.cit.* Доступ из справ.-правовой системы «Beck-online».

<sup>210</sup> О необходимости одобрения указанных сделок свидетельствует и судебная практика. OLG Köln Urteil vom 15. September 1997 Az. 19 U 210/96. // OpenJur. Die freie juristische Datenbank. [сайт]. URL: <http://openjur.de/u/196541.html> (дата обращения: 02.02.2015).

По нашему мнению, при толковании соответствующих законодательных норм следует, прежде всего, учитывать целесообразность распространения требований об одобрении сделки с основного договора на предварительный.

Об отсутствии необходимости одобрения предварительного договора говорит тот факт, что при заключении основного договора должны быть соблюдены все условия его действительности. Следовательно, до заключения основного договора сторонам сделки потребуются соблюсти необходимые корпоративные процедуры, получить согласие третьих и иных лиц.

В отсутствие такого согласия и при подаче иска о понуждении к заключению основного договора судом должна быть учтена совокупность обстоятельств и принято решение с учетом того, какие последствия совершения сделок с имуществом предусмотрены законодательством. Так, поскольку при отсутствии одобрения крупной сделки возникает риск признания основной сделки недействительной, суд не может понудить к заключению основного договора – сделки, действительность которой может быть оспорена<sup>211</sup>. Может быть удовлетворен только иск о взыскании убытков. В случае распоряжения имуществом без согласия залогодержателя, последний может потребовать досрочного исполнения обязательства, обеспеченного залогом, а если его требование не будет удовлетворено, - обратиться с иском о взыскании на предмет залога<sup>212</sup>. Следовательно, в отсутствие согласия залогодержателя может быть принято решение либо о понуждении к заключению основного договора, - как следствие, залогодержатель вправе потребовать досрочного исполнения обеспеченного залогом обязательства; либо о понуждении к заключению основного договора

---

<sup>211</sup> Мы согласны с П.А. Меньшениным в том, что по предварительному договору не всегда можно требовать понуждения заключить основной договор (Меньшенин П.А. Особенности состава и предпосылок действительности предварительного договора. // Журнал российского права. 2011. № 2. С. 110 – 118. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».).

<sup>212</sup> Постановление Президиума ВАС РФ от 08.12.2009 № 10683/09 по делу № А08-6864/2008-14. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

должно быть отказано (если имеет место злоупотребление правом со стороны кредитора по предварительному договору)<sup>213</sup>.

Таким образом, в силу обязательств из предварительного договора исключен риск перехода прав на имущество. Также не возникают специальные последствия, связанные исключительно с исполнением предварительного договора (кроме взыскания убытков), и отличные от тех, которые возникли, если бы стороны решили заключить основной договор без согласия соответствующего лица.

Далее. Заключая предварительный договор, стороны договариваются о будущей сделке. Разрыв во времени между заключением предварительного и основного договоров связан с возможным изменением обстоятельств: на момент заключения предварительного договора сделка являлась крупной, в последующем этот признак отпал; к дате заключения основного договора может быть снято обременение с имущества; основной договор может быть вовсе не заключен вследствие того, что стороны утратили интерес к предмету основного договора. Иными словами, в результате может отпасть необходимость одобрения основной сделки. В такой ситуации прохождение процедуры одобрения предварительного договора будет являться излишним.

Наконец, отсутствие необходимости одобрения предполагает предъявление «более слабых» требований к предварительному договору, что позволяет достичь большей гибкости по сравнению с основным договором. В частности, это актуально в ситуации, когда соблюдение корпоративных процедур требует продолжительного времени, предварительный же договор дает возможность связать стороны до момента, пока одобрение будет получено. Обременение имущества залогом зачастую рассматривается сторонами будущей сделки как препятствие для его отчуждения. В таком случае предварительный договор является механизмом, который позволяет создать обязательство в отношении конкретного имущества и одновременно устранить имеющееся препятствие путем

---

<sup>213</sup> См. Постановление Президиума ВАС РФ от 25.09.2012 № 6616/12 по делу № А55-8370/2010. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

прекращения залога или получения согласия от залогодержателя до заключения основного договора.

С другой стороны признание действительным не получившего одобрения предварительного договора может создавать благоприятные условия для злоупотребления со стороны лица, которому требуется согласие (единоличного исполнительного органа, залогодателя и т.д.). В то же время единственным негативным специальным последствием такого злоупотребления может быть возникновение у стороны по сделке (общества, арендатора и т.д.) обязанности возместить убытки ввиду уклонения от заключения основного договора. Однако такое последствие, не связано с отчуждением крупных активов общества и является обычным риском во взаимоотношениях: общество – генеральный директор; залогодержатель - залогодатель; арендодатель – арендатор и т.д. Иными словами при заключении любых сделок имеет место предпринимательский риск и предварительный договор не является исключением.

Таким образом, по нашему мнению, при решении вопроса о распространении на предварительный договор требований об одобрении, в первую очередь, следует принимать во внимание основное назначение предварительного договора – заключение основного договора, но не отчуждение имущества. Мы полагаем, что по общему правилу в таких случаях предварительный договор не должен подлежать одобрению.

Между тем данное утверждение справедливо не всегда. Например, взыскание убытков с несовершеннолетнего или подопечного может негативно сказаться на его имущественной сфере. Защита и охрана прав и интересов такой категории лиц должны иметь приоритетное значение. По нашему мнению, в таких случаях следует признать оправданным перенос требований о получении согласия на заключение с основного договора на предварительный договор.

Таким образом, анализ российского законодательства и практики показывает, что наработки немецкой доктрины не чужды российским реалиям и могут быть экстраполированы на российскую почву: распространение требований об одобрении сделки на предварительный договор целесообразно тогда, когда

предоставление соответствующего разрешения обусловлено социальными целями (в частности, направлено на защиту интересов лиц, не обладающих полной дееспособностью). В иных случаях требование об одобрении предварительного договора, по нашему мнению, является необоснованным.

Следует сделать одну оговорку к указанному правилу. Как указывалось выше, в соответствии с текущей редакцией законодательных норм, сделки с заинтересованностью подлежат одобрению вне зависимости от того, происходит при этом переход прав на имущество или нет. Формально предварительный договор должен подлежать одобрению со стороны органов юридического лица. Вследствие этого, отказ от одобрения предварительного договора будет явным образом противоречить законодательству.

Вместе с тем, представляется, что отсутствие обязанности по одобрению предварительного договора не исключает возможность его одобрения по своему усмотрению. В этом случае важно понимать, каково значение такого одобрения для основной сделки.

В законодательстве отсутствуют прямые положения, позволяющие исключить требования об одобрении основного договора при одобрении предварительного. Формально основной договор представляет собой самостоятельную сделку и подлежит одобрению в установленном порядке.

По мнению же Е. Макеевой, не должны применяться требования о крупных сделках к сделкам, заключенным на тех же условиях, что и предварительный договор, одобренный в порядке, предусмотренном применительно к крупным сделкам<sup>214</sup>.

Не имея возможности полностью согласиться с позицией Е. Макеевой (поскольку такой вывод из законодательства не следует), полагаем, что в данном случае целесообразно учитывать взаимосвязь предварительного и основного договоров. При одобрении предварительного договора органы юридического лица, третьи лица, государственные и муниципальные органы, если иное прямо не

---

<sup>214</sup> Макеева Е. Сделки с усложненной процедурой заключения: форма vs. содержание Корпоративный юрист. 2007. № 1. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

предусмотрено в решении об одобрении, фактически дают свое согласие на заключение основного договора на обозначенных в предварительном договоре условиях. То есть одним решением одобряют совершение двух сделок, соглашаются на потенциальное распоряжение имуществом. Следовательно, одобрение предварительного договора может рассматриваться в качестве доказательства одобрения основного договора, если последний не был надлежащим образом одобрен. При таком подходе не будут нарушаться положения российского законодательства об одобрении сделок, а также права и интересы лиц, которые вправе давать требуемое согласие.

Отметим, что сходный вопрос поднимался в немецкой литературе. Однако единого решения по нему не выработано. Одни авторы полагают, что одобрение предварительного договора не исключает необходимости одобрения основного договора<sup>215</sup>. Другие считают, что если при установлении обязанности на получение разрешения преследуются цели защиты интересов сторон, по общему правилу достаточно, если разрешение будет дано только на заключение предварительного договора<sup>216</sup>. Одновременно отмечается<sup>217</sup>, что дополнительное разрешение на заключение основного договора требуется только тогда, когда предварительный договор составлен настолько неполно, что содержание основного договора еще не может быть определимо<sup>217</sup>.

Считаем, что указанные обстоятельства должны учитываться и в России: одобрение предварительного договора может рассматриваться в качестве доказательства одобрения основного договора только при условии, что в решении об одобрении сделки отражены условия предварительного договора, включающие все условия основного договора или условия, позволяющие установить соответствующие условия основного договора.

По результатам проведенного в настоящей главе анализа автор пришел к следующим выводам.

---

<sup>215</sup> Bork R. in: Staudinger J. von. Op.cit. Доступ из справ.-правовой системы «Beck-online».

<sup>216</sup> Herzog N. Op. cit. S.184.

<sup>217</sup> Там же.

Во-первых, как следует из существа обязательства из предварительного договора и норм российского законодательства он может включать не только условия основного договора, но и условия, позволяющие установить предмет основного договора. Следует согласиться с позицией немецкой доктрины, что определенность в отношении условий основного договора должна быть достигнута к моменту заключения основного договора (но не на момент заключения предварительного договора). Сторонами могут быть использованы различные способы определения условий основного договора: предусмотрено участие третьего лица; оставлено на справедливое усмотрение сторон; одному из контрагентов может быть предоставлено право в определенных пределах односторонне установить условия основного договора. Но это допустимо только, если в предварительном договоре содержится соответствующее указание. В противном случае существенные условия предварительного договора не могут считаться согласованными (определенными).

Во-вторых, при анализе вопроса о форме предварительного договора в немецкой доктрине в последнее время все чаще обращается внимание на взаимосвязь основного договора и предварительного и как следствие на возможность переноса эффекта «нотариального удостоверения» с предварительного договора на основной. То есть фактически идет речь об исцелении недействительного по форме основного договора в ситуации, когда соответствующие требования выполнены для предварительного договора. Мы полагаем, что тождественный подход может быть использован в рамках российской правовой системы, поскольку путем удостоверения предварительного договора удовлетворяются все интересы, с которыми связывается введение нотариальной формы сделки (контроль нотариуса за правильностью волеизъявления сторон и его соответствием их подлинной воле, за законностью сделки; фиксация факта совершения сделки; фискальные интересы государства). Для применения указанного правила требуется внести изменения в законодательство.

В-третьих, в немецкой доктрине используется дифференцированный подход к оценке необходимости получения согласия на заключение предварительного договора. Учитываются два фактора: каким субъектом должно быть дано согласие на заключение основного договора; для каких целей предусмотрен контроль за совершением сделки. Анализ российского законодательства и практики показывает, что наработки немецкой доктрины не чужды российским реалиям и могут быть экстраполированы на российскую почву: распространение требований об одобрении сделки на предварительный договор целесообразно тогда, когда предоставление соответствующего разрешения обусловлено социальными целями (в частности, направлено на защиту интересов лиц, не обладающих полной дееспособностью). В иных случаях требование об одобрении предварительного договора, по нашему мнению, является необоснованным.

В-четвертых, отсутствие обязанности по одобрению предварительного договора не исключает возможность его одобрения по своему усмотрению. Полагаем, что одобрение предварительного договора может рассматриваться в качестве доказательства одобрения основного договора, если последний не был надлежащим образом одобрен. При таком подходе не будут нарушаться положения российского законодательства об одобрении сделок, а также права и интересы лиц, которые вправе давать требуемое согласие.

### **Глава 3. Особенности исполнения обязательства, возникающего из предварительного договора, а также ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение такого обязательства в праве России и Германии**

#### **§ 1. Надлежащее исполнение обязательства, возникающего из предварительного договора, в праве России и Германии**

В соответствии с российским и немецким законодательством надлежащее (должное) исполнение прекращает обязательство (п. 1 ст. 408 ГК РФ, п. 1 § 362 ГГУ). К условиям, характеризующим надлежащее исполнение обязательства, относятся требования, предъявляемые к субъекту и предмету исполнения, а также к сроку, месту и способу исполнения<sup>218</sup>.

Преимущественно вопросы надлежащего исполнения предварительного договора решаются в соответствии с общими правилами исполнения обязательства. В то же время могут быть выделены определенные особенности исполнения обязательства, возникающего именно из предварительного договора. Остановимся на этих особенностях подробнее.

#### *Предмет исполнения обязательства*

Предметом исполнения предварительного договора является заключение основного договора. В этой связи А.В. Васильев отметил, что в практическом плане это означает, что основной договор необходимо заключить именно в том виде, в котором он предусмотрен в предварительном. Право требовать заключения упомянутого договора не прекращается даже при заключении ему подобного<sup>219</sup>.

Из буквального толкования п. 1 ст. 429 ГК РФ действительно следует, что основной договор должен быть заключен на условиях, предусмотренных предварительным договором, заключение основного договора на условиях,

---

<sup>218</sup> Гражданское право. Обязательственное право: Учебник. Т. 3. / Под ред. Е.А. Суханова. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

<sup>219</sup> Васильев А.В. Указ. соч. С. 123.

отличных от условий, определенных в предварительном договоре не влечет прекращение права требования по заключению основного договора.

Тем не менее, еще в начале прошлого века В.Л. Исаченко и В.В. Исаченко высказывалась отличная точка зрения: «Раз тот договор, который по предварительному условию стороны согласились заключить, заключен, он должен почитаться вполне заменившим собой договор предварительный и отменившим или изменившим все те условия, на коих стороны желали заключить договор, но кои не нашли себе места в последнем. Это вытекает из того, что контрагенты всегда вправе изменить или отменить заключенный ими договор вполне или в части, и, если заключая тот договор, о заключении которого они условились между собой, они не повторили в нем тех условий, о коих было постановлено в предварительном, или же ввели в него новые, не бывшие в последнем, то в этом нельзя не усматривать состоявшегося между ними соглашения о замене или отмене условий предварительного договора»<sup>220</sup>.

С нашей точки зрения, последняя позиция справедлива, поскольку стороны вправе изменять согласованные ранее условия и включать в основной договор условия, не предусмотренные предварительным договором. Включение в основной договор оговорки о том, что все предыдущие договоренности сторон утрачивают силу с даты заключения основного договора внесло бы ясность в отношения. Однако такая оговорка не всегда используется. Но это не означает, что сторонами не подразумевается отмена условий предварительного договора, которые не нашли отражения в основном договоре.

Исходя из изложенного, в случае заключения основного договора на условиях, отличных от условий предварительного договора, по общему правилу право требования о заключении основного договора не должно прекращаться. Наряду с этим, если условия основного договора или

---

<sup>220</sup> Исаченко В.Л., Исаченко В.В. Указ. соч. С. 14.

обстоятельства его заключения свидетельствуют о том, что воля сторон была направлена на прекращение действия предварительного договора (например, основной договор заключен в отношении того же объекта прав), предварительный договор должен рассматриваться в качестве прекратившего свое действие.

Применительно к предмету предварительного договора также представляет интерес ответ на вопрос: исчерпывается ли право предъявления требования из предварительного договора в случае заключения недействительного основного договора при условии, что после признания основного договора недействительным срок действия предварительного договора не истек?

Аналогичный вопрос возникал в практике арбитражных судов. Заключенный между сторонами основной договор был признан судом недействительным. После чего в рамках срока действия предварительного договора истец неоднократно обращался к ответчику с предложением вновь заключить основной договор. Арбитражным судом Архангельской области в понуждении к заключению основного договора было отказано. Постановлением ФАС Северо-Западного округа решение суда первой инстанции было оставлено в силе<sup>221</sup>. Суд кассационной инстанции указал, что согласно п. 4 ст. 429 ГК РФ основанием для обращения стороны по предварительному договору с иском о понуждении к заключению основного договора является уклонение другой стороны от его заключения. При этом основной договор сторонами был заключен и полностью исполнен. Ответчик не уклонялся ни от заключения договора, ни от его исполнения, ни от государственной регистрации перехода права собственности на переданные по договору помещения.

---

<sup>221</sup> Постановление ФАС Северо-Западного округа от 19.05.2006 по делу № А05-8817/03-24. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

Поскольку единственное основание для обращения стороны по предварительному договору с иском о понуждении заключить основной договор - уклонение другой стороны от его заключения - в данном случае отсутствовало, вывод суда об отказе в удовлетворении исковых требований правомерен<sup>222</sup>.

Фактически суды пришли к выводу, что с заключением основного договора (в том числе, в последующем признанного недействительным) предварительный договор утрачивает силу. То есть, с заключением основного договора происходит исчерпание права требования из предварительного договора.

Такая позиция требует критики. Надлежащее исполнение обязательства из предварительного договора предполагает заключение *действительного* основного договора. В случае заключения сторонами недействительной сделки, обязательство из предварительного договора не может считаться исполненным надлежащим образом. Следовательно, при признании основного договора недействительной сделкой сторона предварительного договора вправе направить повторное предложение о заключении основного договора в пределах срока действия предварительного договора. В случае уклонения от заключения основного договора и при наличии возможности его заключения требование о понуждении к его заключению должно быть удовлетворено судом.

#### *Предмет предварительного договора и дополнительные обязанности*

Как указывалось ранее, в абсолютном большинстве случаев предварительный договор востребован, когда контрагенты ввиду правовых или фактических обстоятельств не имеют возможности заключить основной договор, но уже в текущий момент желают создать обязательство. Поэтому в него зачастую включаются условия, которые стороны обязуются выполнить

---

<sup>222</sup> Постановление ФАС Северо-Западного округа от 19.05.2006 по делу № А05-8817/03-24. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

до заключения основного договора. Так, практика показывает, что предварительный договор может предусматривать обязанность контрагента по получению свидетельства о государственной регистрации права собственности на недвижимое имущество<sup>223</sup>, по снятию обременения с объекта недвижимости<sup>224</sup>, по открытию аккредитива в целях оплаты товара по основному договору<sup>225</sup> и т.д.

Сходно в Германии, заключение основного договора может зависеть от того, чтобы сторонами были совершены определённые действия, или напротив стороны воздержались от совершения действий, например, должником должно быть получено разрешение уполномоченного органа<sup>226</sup>. Иными словами, наряду с основной обязанностью по предоставлению (заключению основного договора) у сторон существуют дополнительные обязанности (Nebenpflichten)<sup>227</sup>.

Однако сторонам предварительного договора важен не просто сам факт наличия указанных обязанностей (независимо от того, закреплены они в договоре или нет), но признание возможности заявления требования об их исполнении или компенсации убытков в случае, если такие обязанности не будут выполнены.

В немецкой доктрине<sup>228</sup> признается право требования об исполнении дополнительных обязанностей. И для выполнения этих обязанностей может

---

<sup>223</sup> Постановление ФАС Московского округа от 18.07.2012 по делу № А40-105671/11-28-912. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

<sup>224</sup> Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 16.05.2006 № А33-22545/05-Ф02-2242/06-С1 по делу № А33-22545/05. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

<sup>225</sup> Постановление ФАС Московского округа от 13.06.2013 по делу № А41-46269/12. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

<sup>226</sup> Henrich D. Op. cit. S. 184.

<sup>227</sup> Ibid. S.184. В Германии выделение различных групп обязанностей в структуре обязательственного отношения присуще не только предварительным, но любым обязательствам. Подробнее см., в частности, Larenz K. Op. cit. S. 8-10., Esser J., Schmidt E. Op. cit. S. 87-91. О структуре обязательственного отношения в Германии см. также Егоров А.В. Указ. соч. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

<sup>228</sup> Henrich D. Op. cit. S.185., Bork R. in: Staudinger J. von. Op.cit. Доступ из справ.-правовой системы «Beck-online».

быть заявлен иск, вне зависимости от того, явно выражена соответствующая обязанность в предварительном договоре или нет. Если при наличии дополнительных обязанностей идет речь о передаче волеизъявления, они могут быть принудительно исполнены путем применения § 894 ГПУ Германии. Когда предварительный договор предполагает совершение конкретных действий, могут быть использованы механизмы § 887 и § 888 ГПУ Германии. В силу § 887 ГПУ Германии если должник не исполняет обязанность совершить действие, которое может быть совершено третьим лицом, то осуществившим производство по делу судом первой инстанции кредитор по ходатайству должно быть предоставлено право поручить совершение этого действия за счет должника иным лицам. Названные действия должника рассматриваются как заменимые (*vertretbare Handlungen*). Согласно § 888 ГПУ Германии при невозможности третьего лица совершить действие, поскольку оно зависит исключительно от воли должника, осуществляющим производство по делу судом первой инстанции по ходатайству должно быть вынесено постановление о понуждении должника к совершению действия посредством штрафа, а в случае, если штраф не может быть взыскан, посредством заключения под стражу. Такие действия считаются незаменимыми (*nicht vertretbare Handlungen*).

Судебная практика также допускает возможность применения указанных механизмов. Так, Федеральным Верховным судом было рассмотрено дело о понуждении к заключению основного договора аренды. В предварительном договоре были в достаточной степени определены все условия основного договора с тем, чтобы он мог быть заключен. Однако требовалась детализация некоторых условий, которые истица не могла установить без содействия ответчика. Федеральным Верховным судом признано правомерным возложение на ответчика обязанности (§ 888 ГПУ Германии) по содействию в детализировании условий основного договора<sup>229</sup>.

---

<sup>229</sup> BGH, 14.06.1961 - VIII ZR 132/60. Доступ из справ.-правовой системы «JURION».

Можно заключить, что в Германии стороны вправе не только предъявлять требование другой стороне об исполнении дополнительных обязанностей, коль скоро они закреплены в предварительном договоре или их выполнение подразумевается, но и использовать механизмы принудительного исполнения соответствующих обязанностей, в том числе, с участием судебных органов.

В соответствии с российской доктриной<sup>230</sup> и судебной практикой<sup>231</sup> предмет предварительного договора – действия сторон по заключению основного договора, т.е. совместное совершение юридического акта. Подготовительные к заключению основного договора действия не входят в предмет основного договора<sup>232</sup>. Вследствие этого из предварительного договора не возникает прав в отношении таких действий.

Именно поэтому в случае, когда стороны пытаются предусмотреть договорные санкции за неисполнение дополнительных обязанностей, судебные органы признают их противоречащими законодательству. Так, суды посчитали ничтожным условие предварительного договора о «штрафной неустойке», поскольку неустойка за нарушение срока открытия торгового центра, как способ обеспечения обязательства заключить основной договор и мера имущественной ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение этого обязательства системой действующего гражданского законодательства, не предусмотрена<sup>233</sup>.

Вместе с тем несправедливо утверждение, что поведение сторон при исполнении обязательства из предварительного договора юридически безразлично. В некоторых случаях суды все же придают значение факту совершения должником действий, воздержание от которых прямо договором

---

<sup>230</sup> Васильев А.В. Указ. соч. С. 122., Скловский К.И. Собственность в гражданском праве. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

<sup>231</sup> Определение ВАС РФ от 09.02.2012 № ВАС-295/12 по делу № А55-4340/2011. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

<sup>232</sup> Васильев А.В. Указ. соч. С. 78.

<sup>233</sup> Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 28.02.2012 по делу № А79-1501/2011. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

не предусмотрено, но подразумевается в силу принципа добросовестности. Указанные вопросы, в частности, исследовались ФАС Поволжского округа по делу № А65-22365/2010<sup>234</sup>. Согласно обстоятельствам дела, между истцом и ответчиком был заключен предварительный договор купли-продажи нежилого помещения. В этот период строение, в котором находились спорные помещения, было зарегистрировано на праве собственности за ответчиком как не завершённый строительством объект. По акту приема-передачи помещение было передано истцу.

Позднее ответчик направил истцу уведомление о регистрации права собственности на завершённый строительством объект. Также указал, что в связи с незаключением основного договора в установленный предварительным договором срок, вытекающие из предварительного договора обязательства считаются прекращёнными. Истец обратился в арбитражный суд с иском о понуждении к заключению основного договора.

В период рассмотрения спора в арбитражном суде ответчик на основании договора купли-продажи передал третьему лицу здание, в котором располагались указанные помещения. При этом третье лицо на момент совершения сделки знало, что часть здания фактически занимает истец под магазин, поскольку стороны договора составили акт приема-передачи здания. Согласно договору купли-продажи с третьим лицом его стороны оценили стоимость всего здания в размере 10 000 000 руб., тогда как только 1/5 часть этого здания по условиям предварительного договора купли-продажи была оценена в размере 14 840 000 руб. По заявлению третьего лица денежные средства им по договору купли-продажи в период рассмотрения спора уплачены не были.

Проанализировав указанные обстоятельства и исходя из норм п. 1 ст. 10 ГК РФ, арбитражные суды трех инстанций пришли к выводу, что они в

---

<sup>234</sup> Постановление ФАС Поволжского округа от 21.06.2011 по делу № А65-22365/2010. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

совокупности свидетельствуют о злоупотреблении правом со стороны ответчика при заключении договора купли-продажи с третьим лицом, указанный договор был заключен исключительно с намерением причинить вред истцу в целях уклонения от заключения основного договора купли-продажи спорного помещения. Вследствие этого указанный договор купли-продажи признан недействительным в части продажи нежилого помещения. Суд также обязал ответчика заключить с истцом основной договор купли-продажи названного недвижимого имущества на условиях, предусмотренных предварительным договором<sup>235</sup>.

Из сказанного следует, что в России используется принципиально иной подход к оценке условий предварительного договора об исполнении дополнительных обязанностей. Такие обязанности не включаются в предмет предварительного договора, вследствие чего не допускается заявление требования об их принудительном исполнении.

Представляется, что применительно к российскому праву такая позиция является обоснованной. При заключении предварительного договора стороны ставят основной целью заключение основного договора, обязанность совершения дополнительных действий обусловлена необходимостью заключения действительной по форме и содержанию основной сделки. Сами же эти действия не представляют для сторон ценности в отсутствие заключения основного договора.

---

<sup>235</sup> Однако в сходной ситуации суды не увидели в действиях ответчика злоупотребления правом. Как следует из материалов дела, истец и ответчик заключили предварительный договор купли-продажи акций общества. На предложение истца заключить основной договор ответчик ответила отказом, который мотивировала тем, что у нее отсутствуют акции в необходимом количестве вследствие того, что часть акций передана по договорам дарения сыновьям. Отказывая в удовлетворении иска о признании недействительными договоров дарения и понуждении к заключению основного договора, суды указали, что наличие заключенного предварительного договора в отношении спорных акций, переданных по договорам дарения третьим лицам, не может служить основанием для признания договоров дарения недействительными по признаку ничтожности. Истец не доказал, что при заключении договоров дарения акций ответчик действовала исключительно с намерением причинить вред истцу, а также не представил доказательств причинения ему вреда (см. Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 21.10.2013 по делу № А53-2370/2013. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».).

При этом было бы неверным утверждать, что уклонение одной стороны от исполнения предусмотренных предварительным договором дополнительных действий или совершение действий, препятствующих исполнению основного договора, безразлично для другой стороны. Несмотря на то, что в России нет места для применения принудительных механизмов исполнения дополнительных обязанностей из предварительного договора, по нашему мнению, достойно внимания то уважение, которое уделяется дополнительным договоренностям сторон в Германии. При нарушении должником обязанностей по добросовестному поведению (п. 2 ст. 6 ГК РФ), его действия могут и должны быть квалифицированы как злоупотребление правом и применены соответствующие механизмы: отказ в защите права (п. 2 ст. 10 ГК РФ) или признание сделки недействительной (п. 2 ст. 10 ГК РФ, ст. 168 ГК РФ).

#### *Перемена лиц в обязательстве (уступка)*

В соответствии с немецким правом уступка прав требования возможна без согласия должника (§ 398 ГГУ). При этом уступка требования не допускается, если исполнение не первоначальному, а другому кредитору невозможно без изменения его содержания либо если по соглашению с должником уступка исключена (§ 399 ГГУ). Немецкая доктрина<sup>236</sup> и судебная практика<sup>237</sup> преимущественно исходят из того, что в случае заключения предварительного договора, изменение содержания обязательства происходит, поскольку другой стороне не безразлично, с кем заключить основной договор. В то же время, в немецкой доктрине единогласно утверждается, что положения § 399 ГГУ являются диспозитивными (поскольку нормам ГГУ присуща диспозитивность), соглашением сторон

---

<sup>236</sup> Henrich D. Op. cit. S. 220., Herzog N. Op. cit. S.223., Larenz K. Op. cit. S. 582.

<sup>237</sup> Цит. по Herzog N. Op. cit. S.223.

может быть предусмотрена возможность уступки<sup>238</sup>. Аналогичное толкование используется на практике<sup>239</sup>.

Можно сделать вывод, что в Германии признается наличие между сторонами предварительного договора особых доверительных отношений, что накладывает определенные ограничения на отношения по уступке прав из предварительного договора - уступка прав из предварительного договора допускается при наличии согласия должника.

В российской науке и практике не сложилось единого подхода к решению вопроса о допустимости перемены лиц в обязательстве, возникающем из предварительного договора и условий такой уступки.

С точки зрения П.А. Меньшенина, обязательство, возникающее из предварительного договора, является обязательством неразрывно связанным с личностью должника и кредитора. При этом неразрывность связи состоит в том, что нельзя требовать от должника, чтобы он против своей воли заключил основной договор с иным, чем изначально предполагалось лицом. Из этого, по его мнению, следует, что исполнение такого обязательства не может быть возложено на третье лицо (1) и что не допускается уступка прав требования заключить договор (2), поскольку в соответствии со ст. 383 ГК РФ не возможен переход к другому лицу прав, неразрывно связанных с личностью кредитора<sup>240</sup>.

В.Е. Васильева напротив отмечает, что каких-либо ограничений в отношении замены лиц по предварительному договору законом не предусмотрено. Поэтому перемена лиц в обязательстве по предварительному договору в принципе возможна. Однако высказанная точка зрения автором

---

<sup>238</sup> Henrich D. Op. cit. S. 220., Herzog N. Op. cit. S.223., Larenz K. Op. cit. S. 582., Berger C. Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen. Tübingen, 1998. S. 245.

<sup>239</sup> BGH, 01.02.1978 - VIII ZR 232/75. Доступ из справ.-правовой системы «JURION».

<sup>240</sup> Меньшенин П.А. Указ. соч. С. 22.

подробно не обосновывается<sup>241</sup>. В судебной практике уступка прав из предварительного договора рассматривается, как допустимая<sup>242</sup>.

Оценивая приведенные взгляды, следует отметить, что в немецкой доктрине, судебной практике, а также П.А. Меньшениным справедливо обращается внимание на характер отношений, возникающих из предварительного договора. Интерес стороны к заключению основного договора действительно обладает определенными особенностями: в ходе исполнения предварительного договора требуется содействие сторон в заключении основного договора, нередко требуется взаимодействие сторон в целях определения всех условий основного договора, которые не были определены на стадии заключения предварительного договора. Зачастую предварительным договором предусматриваются дополнительные действия, которые требуется совершить до заключения основного договора и которые имеют ценность для конкретного контрагента.

В то же время заключение любого гражданско-правового договора предполагает совершение действий, направленных на его исполнение. При этом каждая сторона заинтересована в надлежащем исполнении обязательства контрагентом. С этой точки зрения любому субъекту гражданского оборота в большинстве случаев не безразлично, кто именно будет выступать контрагентом по договору и совершать исполнение. Предварительный договор какой-либо особой спецификой в данном случае не обладает.

Признавая в некоторых случаях более тесную связь обязательства по предварительному договору с личностью стороны, мы, тем не менее, полагаем, что по общему правилу между сторонами предварительного

---

<sup>241</sup> Васильева Е.В. Предварительный договор аренды: особенности налогообложения у будущих арендаторов и арендодателей. // Бухучет в строительных организациях. 2011. № 8. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

<sup>242</sup> Постановление ФАС Московского округа от 14.05.2010 № КГ-А40/4458-10-1-2-3 по делу № А40-101596/09-113-789., Постановление Седьмого арбитражного апелляционного суда от 26.06.2009 № 07АП-4237/09 по делу № А45-3323/2009. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

договора складывается фактическое доверие, не имеющее правового значения и не отражающееся на возникающем правоотношении.

Вопреки точке зрения П.А. Меньшенина мы не видим правовых оснований для запрета уступки прав из предварительного договора. В силу ст. 383 ГК РФ не допускается переход к другому лицу прав, неразрывно связанных с личностью кредитора, в частности требований об алиментах и о возмещении вреда, причиненного жизни или здоровью. Требования, возникающие из предварительного договора, *очевидно*, не могут быть поставлены в один ряд с обязательствами по выплате алиментов и возмещению вреда, причиненного жизни и здоровью<sup>243</sup>.

*Исполнение обязательства из предварительного договора, признанного в последующем недействительным*

Немецкое законодательство прямо не определяет, каким образом недействительность предварительного договора влияет на действительность основного договора. В доктрине наибольшую поддержку получила точка зрения, в соответствии с которой, недействительность предварительного договора влечет недействительность основного договора. Так, в одном из ведущих немецких комментариев к ГГУ Р. Борк утверждает, что если предварительный договор является недействительным, заключенный во исполнение предварительного договора основной договор и произведенное в соответствии с основным договором исполнение, может быть истребовано. С этой целью могут быть применены нормы о неосновательном обогащении, предусматривающие, что лицо, которое без законного основания вследствие исполнения обязательства другим лицом или иным образом за счет последнего приобрело какое-либо имущество, обязано возвратить этому лицу

---

<sup>243</sup> Аналогичной позиции придерживается Н.Л. Клык. Клык Н.Л. Ценные бумаги как результат эволюции имущественных прав. 2010. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

полученное (§§ 812, 813, 821 ГГУ)<sup>244</sup>. К сходному заключению приходят судебные органы<sup>245</sup>. Наряду с этим в доктрине и судебной практике подчеркивается, что истребование неосновательно полученного возможно только в том случае, если основной договор заключен исключительно ввиду ошибочного принятия на себя обязательства из предварительного договора<sup>246</sup>.

Кроме того Р. Борк отмечает, что, конечно, необходимо проверить, влияют ли недостатки предварительного договора на основной и как. Так, могут быть исцелены недействительные по форме предварительные договоры посредством заключения основного договора<sup>247</sup>. Кроме того заключение основного договора может быть истолковано в соответствии с положениями §§ 141, 144 ГГУ как подтверждение предварительного договора. Отсюда требование о возврате учитывается только, если основной договор был заключен исключительно путем принятия обязанности из предварительного договора<sup>248</sup>.

В России единого подхода по рассматриваемому вопросу не сложилось. По мнению В. Богданова, основной договор - это не самостоятельное обязательство, а сделка, которая совершается во исполнение предварительного договора. Сделка, совершаемая между теми же сторонами во исполнение другого недействительного обязательства, также не может считаться действительной (поскольку недействительное обязательство не

<sup>244</sup> Bork R. in: Staudinger J. von. Op. cit. Доступ из справ.-правовой системы «Beck-online». Аналогичная точка зрения высказывалась Д. Генрихом (Henrich D. Op. cit. S.169.).

<sup>245</sup> BGH Urteil vom 5. Juni 2003 Az. I ZR 234/00. // OpenJur. Die freie juristische Datenbank. [сайт]. URL: <http://openjur.de/u/174742.html> (дата обращения: 02.02.2015).

<sup>246</sup> Brueggeman D. Causa und Synallagma im Recht des Vorvertrages. JR. 1968. S. 201, 206., Bork R. in: Staudinger J. von. Op. cit. Доступ из справ.-правовой системы «Beck-online», BGH Urteil vom 5. Juni 2003 Az. I ZR 234/00. // OpenJur. Die freie juristische Datenbank. [сайт]. URL: <http://openjur.de/u/174742.html> (дата обращения: 02.02.2015).

<sup>247</sup> Вопрос исцеления недействительных по форме предварительных договоров рассмотрен в § 2 главы 2 настоящей работы.

<sup>248</sup> Bork R. in: Staudinger J. von. Op. cit. Доступ из справ.-правовой системы «Beck-online». Сходный вывод приводится в работе В. Хау. Hau W. Vertragsanpassung und Anpassungsvertrag. Tuebingen 2003. S. 17.

влечет никаких юридических последствий). Таким образом, с точки зрения В. Богданова, недействительность предварительного договора во всех случаях влечет недействительность основного договора, заключенного в его исполнение<sup>249</sup>.

В судебной практике встречается обратная позиция. Так, передавая дело в Президиум ВАС РФ, коллегия из трех судей указала: «Предварительный договор при заключении сторонами основного утрачивает юридическую силу (выделено мной – П.В.), его признание недействительным (ничтожным) не порождает каких-либо правовых последствий (недействительность основного договора с недействительностью предварительного законом не связывается, поскольку первый имеет самостоятельное значение; двусторонняя реституция невозможна), то есть защиты или восстановления каких-либо прав истца не происходит. Принимая во внимание, что основным договор аренды сторонами был заключен, то Соглашение в части предварительного договора оценке как ничтожное вообще не подлежало»<sup>250</sup>. Последний вывод коллегии был поддержан Президиумом ВАС РФ<sup>251</sup>.

Оценивая представленные точки зрения, следует согласиться с ВАС РФ в том, что законодательно не установлена прямая зависимость между действительностью предварительного и основного договоров, в отношении основной сделки будут действовать общие правила оценки действительности, вне зависимости от того, предшествовал заключению основного договора предварительный договор или нет. Основным договор также не может быть оспорен ввиду того, что совершен под влиянием заблуждения относительно оснований его заключения, поскольку в

---

<sup>249</sup> Богданов В. О последствиях недействительности предварительного договора. // ЭЖ-Юрист. 2006. № 24. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

<sup>250</sup> Определение ВАС РФ от 03.04.2009 N ВАС-402/09 по делу N А41-К1-13707/07. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

<sup>251</sup> Постановление Президиума ВАС РФ от 14.07.2009 N 402/09 по делу N А41-К1-13707/07. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

соответствии с абз. 2 п. 1 ст. 178 ГК РФ существенное значение имеет заблуждение относительно природы сделки либо тождества или таких качеств ее предмета, которые значительно снижают возможности его использования по назначению. Заблуждение относительно мотивов сделки не имеет существенного значения. Таким образом, *de lege lata* последствием недействительности предварительного договора не может являться недействительность основного договора.

## **§ 2. Принудительное исполнение обязательства, возникающего из предварительного договора, в праве России и Германии**

В российском и немецком праве используются подобные механизмы принудительного исполнения предварительного договора. В Германии в соответствии с предварительным договором каждая сторона обязана к передаче волеизъявлений, которые являются необходимыми для возникновения основного договора<sup>252</sup>. Если одна сторона отказывается от передачи соответствующего волеизъявления, контрагент вправе предъявить иск о содействии при заключении предполагаемого основного договора согласно § 894 ГПУ Германии.

В соответствии с п. 5 ст. 429 ГК РФ, п. 4 ст. 445 ГК РФ в случаях, когда сторона, заключившая предварительный договор, уклоняется от заключения основного договора, другая сторона вправе обратиться в суд с иском о понуждении заключить договор.

### *Иск о понуждении к заключению основного договора*

В соответствии с фикцией § 894 ГПУ Германии в случае присуждения на передачу волеизъявления (заявления требования о понуждении к заключению основного договора), волеизъявление считается переданным, как только решение суда вступило в законную силу. Из указанных положений П.А. Меншениным делается вывод о том, что иск о понуждении к заключению предварительного договора рассматривается в немецком праве

---

<sup>252</sup> Henrich D. Op. cit. S. 184.

в качестве преобразовательного. Представляется, что такой вывод является не вполне корректным. Действительно в немецкой литературе встречается указание не то, что иск о понуждении к заключению основного договора является преобразовательным (*Gestaltungsurteil*)<sup>253</sup>. Вместе с тем присутствует и обратная точка зрения. В частности, Н. Герцог отмечает, что обычно судебный акт, заменяющий собой волеизъявление, понимается не как преобразовательное решение, но как решение о присуждении к исполнению обязательства (*Leistungsurteil*)<sup>254</sup>. Такое противоречие обусловлено тем, что долгое время природа судебного решения, предусмотренного положениями § 894 ГПУ Германии, являлась дискуссионной. Как отмечает Л. Панайотта, в настоящее время в качестве *общего* рассматривается мнение, в соответствии с которым решение в соответствии с § 894 ГПУ Германии является решением об исполнении, принудительное исполнение которого происходит через фикцию. В соответствии с распространенным мнением за решением о присуждении к исполнению признается конститутивное действие, которое тем не менее не реализуется при преобразовательном иске, поскольку оно (действие) является только действием, а не содержанием решения. Должна идти речь не о «из содержания решения вытекающем» (*aus dem Inhalt des Urteils fliessende*), но о «извне урегулированном» (*von aussen her beigelegt*)

<sup>253</sup> Henrich D. Op. cit. S.185. Необходимо отметить, что в России и Германии используется сходное понимание преобразовательных исков. Как указывает А. Г. Давтян, в немецком праве под преобразовательными исками понимаются иски, направленные на изменение правоотношения посредством судебного решения. Преобразовательный иск касается тех случаев, когда право на изменение правоотношения, юридического положения обратившихся в суд лиц, зависит от суда. При этом иск о преобразовании правоотношения может быть предъявлен только тогда, когда это прямо предусмотрено законом (*numerus clausus*). Исходя из нормативного содержания, преобразовательные иски имеют место: а) по искам, вытекающим из брачно-семейных правоотношений, например расторжения брака, споры по фактам рождения ребенка в законном браке и т.д., предусмотренных Законом о браке ФРГ (*Ehegesetz vom. 20.2.1946, KRAB 77.*) б) по искам, вытекающим из процессуальных правоотношений, например иски об изменении судебного решения (*die Abuenderungsklae*); в) иски против исполнения судебного решения (*die Vollstreckungsgeenklage*) (§ 765 ГПУ Германии) (Давтян А.Г. Гражданское процессуальное право Германии (основные институты): дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.15 Ереван, 2002 С. 203).

<sup>254</sup> Herzog N. Op. cit. S.195.

точнее непосредственно из закона исходящем действии<sup>255</sup>. В этой связи следует согласиться с Н. Герцогом в том, что в настоящее время решение о понуждении к заключению основного договора в соответствии с немецким правом является решением о присуждении, принудительное исполнение которого происходит автоматически, через фикцию.

В российской правовой науке отсутствует единство в вопросе о том, какова природа иска, заявляемого в целях заключения предварительного договора и природа соответствующего судебного решения.

Признавая за отношениями, связанными с обязанностью одного лица заключить договор и корреспондирующим ей правом требования другого лица, характер самостоятельного обязательства, ряд авторов определяют правовую природу иска о понуждении заключить договор разновидностью иска о присуждении исполнения обязательства в натуре<sup>256</sup>.

Другой взгляд на природу иска о понуждении к заключению основного договора также нашел поддержку в литературе<sup>257</sup>. Так, П.А. Меньшенин полагает, что иск о понуждении к заключению основного договора не может быть квалифицирован как иск о присуждении вследствие двух причин: во-первых, при таком подходе истцу для полного удовлетворения своих требований по судебному решению необходимо, чтобы ответчик действительно совершил то, к чему его обязал суд. Однако, учитывая, что действующее законодательство не предусматривает механизмов, позволяющих принудить должника к заключению договора, такой подход представляется ему неэффективным, поскольку требование о понуждении

---

<sup>255</sup> Lakkis P. Gestaltungsakte im internationalen Rechtsverkehr: Zur Prozessualen Bindung an In- und Ausländische Privatrechtsgestaltende. Urteile und Andere Privatrechtsgestaltende Hoheitsakte. Tuebingen, 2007. S. 197.

<sup>256</sup> Карапетов А.Г. Иск о присуждении к исполнению обязательства в натуре. М., 2003. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс». Слесарев В.Л. Экономические санкции в советском гражданском праве. Красноярск, 1989. С. 150., Павлов А.А. Указ. соч. С. 182., Скловский К.И. Собственность в гражданском праве. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

<sup>257</sup> Меньшенин П.А. Указ. соч. С. 136., Майдаровский Д.В. Указ. соч. С. 44.

заклучить договор оказывается неисполнимым. Во-вторых, любое непосредственное государственное понуждение к выражению воли на заключение основного договора возможно только посредством применения насильственных действий, и по этой причине является недопустимым, поскольку представляет собой вмешательство в личную свободу должника<sup>258</sup>. По его мнению, такой иск должен быть квалифицирован как преобразовательный (конституивный).

Предваряя обоснование собственной точки зрения на природу иска о понуждении к заключению основного договора, следует кратко уделить внимание используемой в российской науке классификации исков. По этому вопросу в юридической литературе по процессуальному праву высказываются диаметрально противоположные точки зрения. Одни авторы полагают, что следует выделять три категории исков: иски о присуждении, о признании и преобразовательные иски<sup>259</sup>. Авторы другой группы считают, что суд должен защищать только то право, которое у истца существовало и существует в реальной действительности, и что суд не может своим решением прекращать или изменять субъективные права и тем более создавать права или обязанности, которых у истца до решения суда не было<sup>260</sup>, по этой причине преобразовательные иски не могут быть отнесены к отдельному виду<sup>261</sup>. Поскольку вопрос классификации исков не является

---

<sup>258</sup> Этот аргумент приводится А.А. Павловым. См. Павлов А.А. Указ. соч. С. 185.

<sup>259</sup> Иск в гражданском судопроизводстве: Сборник. / Под ред. О.В. Исаенковой М., 2009. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс», Рожкова М.А. Требование о признании в арбитражном процессе. // Арбитражная практика. 2002. №11. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс», Жеченко С.П. Иски о выделе доли (в праве общей собственности). Иски и судебные решения: Сборник статей. / Под ред. М.А. Рожковой. М., 2009. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс», Комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации (постатейный) / Под ред. П.В. Крашенинникова. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс», Арбитражный процесс: учебник. / Отв. ред. Д.Х. Валеев, М.Ю. Чельшев. М., 2010. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

<sup>260</sup> Добровольский А.А., Иванова С.А. Указ. соч. С. 71.

<sup>261</sup> Саломатова Т. Виды исков о наследстве. // Российская юстиция. 2001. №7., Козлов М.А. Проблемы современной процессуально-правовой классификации исков и судебных решений. // Администратор суда. 2008. № 2. Доступ из справ.-правовой системы

предметом настоящего исследования, мы не будем вступать в дискуссию по этому вопросу и с учетом числа сторонников первой точки зрения будем исходить из принципиальной допустимости преобразовательных исков.

Из приведенных выше взглядов на природу иска о понуждении к заключению договора, наиболее обоснованным нам представляет немецкий подход. Для этого имеется несколько причин:

Во-первых, в соответствии с немецким правом основание процессуальной квалификации иска лежит в материальном праве. О заявлении преобразовательного иска идет речь тогда, когда в соответствии с материальным правом лицу предоставлено право своим волеизъявлением преобразовать существующие правоотношения. При этом в целях защиты другой стороны или третьих лиц, а также по иным причинам законодательно предусмотрен специальный порядок выражения волеизъявления, при котором требуется участие суда. Возможность предъявления преобразовательного иска, в частности, предусмотрена семейным законодательством: в случаях расторжения брака (§ 1564 ГГУ); торговым законодательством: в случаях лишения полномочия на ведение дел товарищества (§ 117 ГГУ), лишения товарища полномочия на представительство (§ 126 ТУГ); процессуальным законодательством: в случае изменения процессуального положения (§ 323 ГПУ)<sup>262</sup>.

В российской науке такой взаимосвязи между материальными и процессуальными нормами не усматривается. Вместе с тем, по нашему мнению, это не означает, что такая взаимосвязь отсутствует. К числу преобразовательных исков в российской правовой науке принято относить

---

«КонсультантПлюс», Хорунжий С.Н. Указ. соч. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс», Гражданский процесс: Учебник. / Под ред. М.К. Треушникова. // Автор главы Иванова С.А. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

<sup>262</sup> Hess B., Lent F., Jauernig O. Zivilprozessrecht. München, 2011. S. 142. Доступ из справ.-правовой системы «Beck-online».

иск о разделе общей собственности, иск о расторжении брака<sup>263</sup>. Представляется, что и в первом (п. 3 ст. 252 ГК РФ) и во втором (ст. 21 СК РФ) случае можно говорить о наличии у лица законодательно предусмотренного права на правообразование, которое может быть реализовано с привлечением суда.

В то же время, как отмечалось ранее, право, возникающее из предварительного договора, является правом требования, но не правом на правообразование. Следовательно, не может идти речи о заявлении преобразовательного иска.

Во-вторых, представляется, что исполнение судебного решения не обязательно должно сопровождаться реальным совершением сторонами каких-либо действий. В соответствии с немецким правом иск о понуждении к заключению договора является иском о присуждении в силу того, что сторона присуждается не к передаче вещи, но к передаче волеизъявления<sup>264</sup>. Передача волеизъявления подменяется судебным решением – фикцией. По нашему мнению, нет причин для отказа от использования аналогичного объяснения применительно к российскому праву.

Из сказанного следует, что иск о понуждении к заключению основного договора должен быть определен как иск о присуждении. Исполнением судебного решения при понуждении к заключению основного договора является передача волеизъявления уклоняющейся стороны на заключение договора.

#### *Иск об исполнении основного договора*

В российском и немецком праве установился подход, в соответствии с которым не может быть удовлетворен иск об исполнении основного договора до вступления его в силу. Иными словами, не может быть удовлетворен иск

---

<sup>263</sup> Гражданский процесс: Учебник. / Под ред. А.Г. Коваленко, А.А. Мохова, П.М. Филиппова. М., 2008. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

<sup>264</sup> Hess B., Lent F., Jauernig O. Op. cit. S. 142.

об исполнении основного договора до удовлетворения иска о понуждении к его заключению<sup>265</sup>.

При этом в соответствии с немецкой доктриной по основаниям процессуальной экономии, равно как в интересах быстрой правовой защиты кредитора допускается объединение исков: могут быть объединены иск о заключении основного договора и иск о его исполнении. Второй иск только тогда считается приемлемым, если удовлетворен первый. В этом случае принято говорить о неподлинном эвентуальном совпадении («uneigentlichen Eventualhäufung»)<sup>266</sup>. Судебная практика свидетельствует о том, что наряду с требованием о заключении договора купли-продажи предприятия может быть реализовано требование об уплате покупной цены<sup>267</sup>.

В российской правовой науке этот вопрос не затрагивается. Проведенный нами анализ судебной практики не позволяет сделать вывод о том, что при обращении в суд происходит объединение иска о понуждении к заключению основного договора и иска о его исполнении. По нашему мнению, такая возможность не должна исключаться. Уклонение от заключения основного договора фактически означает, что уклоняющаяся сторона не желает исполнять основной договор, что влечет повышенный риск того, что обязательство из основного договора не будет исполнено надлежащим образом. Возможность объединения исков способствовала бы защите интересов кредиторов в части оперативного получения исполнения, под угрозой принуждения в соответствии с Федеральным законом от

---

<sup>265</sup> Постановление Президиума ВАС РФ от 13.03.2001 № 7494/00., Постановление ФАС Поволжского округа от 01.10.2008 по делу № А57-21568/07. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс», Меньшенин П.А. Указ. соч. С. 134., Herzog N. Op. cit. S. 190., BGH, 11.11.1970 - VIII ZR 42/70. Доступ из справ.-правовой системы «JURION».

<sup>266</sup> Herzog N. Op. cit. S. 189., Bork R. in: Staudinger J. von. Op.cit. Доступ из справ.-правовой системы «Beck-online», Harke J. Allgemeines Schuldrecht. Heidelberg. 2010. S. 38.

<sup>267</sup> OLG Frankfurt 3. Zivilsenat Az: 3 U 184/94 31.10.1996 // Westfaelische Wilhelms-Universitaet Muenster: [сайт]. URL: <http://www.wiwi.uni-muenster.de/ctrl/dd/vertrag.htm> (дата обращения: 02.02.2015).

02.10.2007 № 229-ФЗ «Об исполнительном производстве»<sup>268</sup>. При этом не будут нарушены интересы должника, так как в соответствии с п. 13, 14 Закона об исполнительном производстве для добровольного исполнения требований кредитора должен устанавливаться специальный срок.

В то же время следует иметь в виду, что по общему правилу, иск о принудительном исполнении обязательства может быть предъявлен только в случае ненадлежащего исполнения обязательства (см., например, ст. 398 ГК РФ). В данном случае, срок исполнения обязательства из основного договора еще не наступит, что при буквальном толковании закона не позволяет предъявить требование о его принудительном исполнении. Между тем, по нашему мнению, в данном случае возможно использовать расширительное толкование, и уклонение от исполнения обязательства заключить основной договор рассматривать в качестве обстоятельства, свидетельствующего о том, что обязанность по исполнению основного договора также не будет исполнена надлежащим образом. Иными словами, учитывая тесную взаимосвязь основного и предварительного договоров, возможно «транслировать» подход к неисполнению обязательства по заключению договора на основной договор.

### **§ 3. Ответственность за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства, возникающего из предварительного договора, в праве России и Германии**

*Возмещение убытков, возникших вследствие нарушения обязательства из предварительного договора*

В силу п. 4 ст. 445 ГК РФ сторона, необоснованно уклоняющаяся от заключения договора, должна возместить другой стороне причиненные этим убытки. Иначе говоря, применительно к российскому праву условием

---

<sup>268</sup> Федеральный закон от 02.10.2007 № 229-ФЗ «Об исполнительном производстве» (далее – Закон об исполнительном производстве). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

взыскания убытков по предварительному договору является уклонение стороны от заключения основного договора.

В Германии уклонение от заключения основного договора не определяется в качестве специального основания взыскания убытков, применяются общие нормы § 280 ГГУ о нарушении обязанностей из обязательства. В то же время в доктрине перечисляется круг случаев, при которых такое взыскание возможно:

- Просрочка должника в заключении основного договора. В отношении предварительного договора применяется общее правило, согласно которому кредитор должен назначить должнику срок, на исполнение или последующее исполнение (§ 281 ГГУ)<sup>269</sup>. Если должник не осуществит исполнение или осуществит исполнение с нарушениями, кредитор вправе взамен исполнения потребовать возмещения убытков.
- Отказ от заключения договора (Erfuellungsverweigerung). Отказ от заключения договора предполагает, что сторона предварительного договора отказывается серьезно и окончательно и без того, что она была к этому управомочена, заключить основной договор или заключить договор с соответствующим содержанием<sup>270</sup>.

Представляется, что таким образом в немецкой литературе фактически приведено описание ситуаций, которые с точки зрения российского права предполагают уклонение стороны от заключения договора (п. 5 ст. 429 ГК РФ): уклонение от заключения договора бездействием (просрочка должника в заключении основного договора) или очевидный отказ от заключения основного договора (Erfuellungsverweigerung).

Другим случаем взыскания убытков в соответствии с немецкой доктриной является невозможность исполнения обязательства, возникшего из предварительного договора, если невозможность была вызвана тем, за что

---

<sup>269</sup> Henrich D. Op. cit. S. 214-215.

<sup>270</sup> Ibid. S. 195-196, 214. Сюда же относятся случаи недобросовестного поведения одной из сторон (подробнее см. Ibid. S. 196., Herzog N. Op. cit. S. 213.).

отвечает должник<sup>271</sup>. Такое возможно при заключении должником в нарушение предварительного договора сделки с третьим лицом, что делает исполнение основного договора невозможным<sup>272</sup>. То есть фактически речь идет о ситуации, при которой от должника по предварительному договору требуется совершить определенные дополнительные действия или воздержаться от их совершения. При этом действия исполняются должником ненадлежащим образом.

Как показывает практика, в России возможность удовлетворения иска о возмещении убытков в таких случаях зависит от того, каким образом соответствующие условия сформулированы в договоре. Если договором предусмотрено использование способов обеспечения в случае уклонения от заключения или невозможности заключения основного договора по вине должника – фактически заранее определен размер потенциальных убытков, взыскание убытков допускается. Например, судами признаны правомерными иски о взыскании штрафов с арендодателей, которые допустили следующие нарушения: не было зарегистрировано право собственности на здание<sup>273</sup>; часть имущества, являющаяся предметом предварительного договора аренды, утрачена (часть здания снесена)<sup>274</sup>; о взыскании двойной суммы задатка с продавца, поскольку не состоялась купля-продажа квартир ввиду того, что на объект недвижимости был наложен арест<sup>275</sup>.

Если же самим предварительным договором не предусмотрены санкции за отказ от заключения основного договора ввиду невыполнения

---

<sup>271</sup> Henrich D. Op. cit. S. 214.

<sup>272</sup> Ibid. S. 214, 219.

<sup>273</sup> Постановление Президиума ВАС РФ от 08.04.2014 № 16973/13 по делу № А40-118038/12-105-1100., Постановление ФАС Московского округа от 18.07.2012 по делу № А40-105671/11-28-912. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

<sup>274</sup> Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 23.05.2012 по делу № А19-11451/10. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

<sup>275</sup> Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 27.05.2010 № 09АП-10498/2010-ГК по делу № А40-147533/09-64-968. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс». См. также Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 21.03.2014 по делу № А53-12936/201. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

дополнительных обязанностей судебные органы не всегда признают право на возмещение убытков. Так, ввиду несвоевременного ввода в эксплуатацию здания был удовлетворен иск о взыскании убытков (реального ущерба) в размере расходов, понесенных арендатором на разработку проектной документации для внутренней отделки помещений<sup>276</sup>. По другому делу в сходной ситуации было отказано во взыскании убытков (упущенной выгоды), рассчитанных как разница между ценой аналогичных помещений на день предъявления иска и ценой помещений, определенной в предварительном договоре, то есть ценой, по которой истец мог приобрести помещения в случае заключения им договора купли-продажи с ответчиком. Суд кассационной инстанции указал, что истец не представил документы, свидетельствующие о том, что он принимал необходимые меры и сделал соответствующие приготовления для получения упущенной выгоды<sup>277</sup>. Принципиально соглашаясь с позицией судебных органов по конкретным делам, мы тем не менее полагаем, что следует признать правомерным требование о возмещении убытков в виде упущенной выгоды в случае, если стороной были совершены приготовления к заключению или исполнению основного договора. Подобная ситуация, в частности, была предметом анализа Федерального Верховного суда: в соответствии с обстоятельствами дела ответчик обязался заключить основной договор о передаче истцу прав на использование фильма. В свою очередь, истец заключил договор на предоставление одного из фильмов для показа по телевидению в Швейцарии. Ввиду того, что основной договор не был заключен и исполнен, истец обратился в суд с иском о взыскании упущенной выгоды, которую мог получить в соответствии с обычным развитием событий («nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge»), а именно как если бы был заключен и

---

<sup>276</sup> Постановление ФАС Дальневосточного округа от 21.04.2014 № Ф03-1085/2014 по делу № А51-5968/2013. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

<sup>277</sup> Определение ВАС РФ от 18.10.2010 № ВАС-13717/10 по делу № А50-26767/2009, Постановление ФАС Уральского округа от 30.06.2010 № Ф09-4881/10-СЗ по делу № А50-26767/2009. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

исполнен основной договор. Федеральный Верховный суд подтвердил правомерность удовлетворения соответствующего иска судом апелляционной инстанции<sup>278</sup>.

Итак, в соответствии с российской практикой при невозможности исполнения предварительного договора ввиду нарушения стороной предварительного договора дополнительных обязанностей возможно применение имущественных санкций в том случае, если их применение привязано к факту заключения основного договора, и при условии, что соответствующие санкции определены в предварительном договоре. Если размер убытков заранее не определен сторонами (например, путем установления неустойки), удовлетворяются иски о взыскании убытков в виде реального ущерба. По нашему мнению, при совершении кредитором действий по приготовлению к исполнению основного договора, должны также удовлетворяться иски о взыскании упущенной выгоды (при наличии установленных законодательством условий).

Кроме того, по немецкому праву тот, кто заключает предварительный договор, принимает на себя обязанность не только по заключению основного договора, но и обязанность такого поведения, что экономический результат, на который направлено заключение основного договора, не будет находиться под угрозой<sup>279</sup>. Правом на возмещение убытков сторона обладает в том случае, если нарушение создает угрозу для цели договора таким образом, что добросовестно выполнявшей обязательство стороне с учетом всех обстоятельств случая в соответствии с принципом «веры и доверия» (*Treu und Glauben*) невозможно требовать заключения основного договора<sup>280</sup>. Так, нарушает обязанности из предварительного договора тот, кто в соответствии с предварительным договором обязался сдать в аренду пекарню и до заключения основного договора открывает пекарню в соседнем здании или

---

<sup>278</sup> BGH, 15.03.1963 - Iв ZR 69/62. Доступ из справ.-правовой системы «JURION».

<sup>279</sup> Henrich D. Op. cit. S.205.

<sup>280</sup> Ibid. S. 206, 219.

кто вносит в сдаваемые в аренду помещения изменения, которые существенно негативно влияют на их пригодность к планируемому использованию<sup>281</sup>.

В России с выполнением такого рода обязанностей сложнее. Анализ немногочисленной практики по этому вопросу показывает, что судебные органы не придают правового значения таким обстоятельствам. В частности, судами признан неправомерным отказ от заключения основного договора аренды на согласованных условиях вследствие того, что подлежащий передаче в аренду магазин в торговом центре имел недостатки. В соседнем помещении был расположен кинотеатр 5D, в процессе эксплуатации которого использовались громкие звуковые эффекты, создающие повышенный шумовой фон в помещениях, где размещался магазин, и звуковой дискомфорт для покупателей<sup>282</sup>. Вопрос о взыскании убытков вследствие неисполнения должником обязанностей такого рода, насколько нам известно, в российской практике вообще не поднимался. Тем не менее, мы полагаем, что соответствующие основания в российском законодательстве имеются. Действия должника в нарушение принципа добросовестности с учетом обстоятельств должны быть квалифицированы как злоупотребление правом. Текущей редакцией ст. 10 ГК РФ прямо предусмотрена возможность взыскания убытков ввиду злоупотребления правом.

*Размер убытков, подлежащих взысканию в соответствии с предварительным договором*

Основаниями гражданско-правовой ответственности являются наличие правонарушения, самих убытков, причинной связи между правонарушением и убытками, а также презюмируемой вины должника, если законом или договором не предусмотрено иное субъективное основание ответственности.

---

<sup>281</sup> Ibid. S. 206.

<sup>282</sup> Постановление ФАС Северо-Западного округа от 09.12.2013 по делу № А13-1276/2013. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

При осуществлении предпринимательской деятельности ответственность наступает и при отсутствии вины должника (п. 3 ст. 401)<sup>283</sup>. Вместе с тем, как отмечает О. Н. Садиков вопрос определения размера убытков, на возмещение которых может претендовать потерпевшая сторона, для хозяйственной практики наиболее сложен и актуален, поскольку законодательное регулирование в этой области является кратким, а возникающие практические проявления убытков разнообразны и затрагивают различные сферы хозяйственной деятельности<sup>284</sup>. Этот вывод справедлив и в отношении предварительного договора, как в России, так и в Германии. Именно поэтому вопросу определения размера убытков из предварительного договора уделяется особое внимание.

В немецкой литературе предлагается в целях определения размера подлежащих взысканию убытков исходить из того, может ли кредитор в соответствии с предварительным договором требовать заключения основного договора. Если такое требования реализуемо, то размер подлежащих взысканию убытков следует определять, как если бы это были убытки из основного договора. Заключение основного договора в таком случае было бы бесполезным обходным маршрутом (*Umweg*)<sup>285</sup>.

В случае, когда при заключении основного договора, он может быть тотчас же вновь лишен действия, так как другая сторона может отказаться от договора (*kuendigen oder von ihm zuruecktreten*) или требовать судебной отмены договора (*gerichtliche Aufhebung*), кредитор не вправе требовать убытков вследствие неисполнения основного договора<sup>286</sup>.

В российской науке предлагались различные решения вопроса определения размера убытков из предварительного договора. В дореволюционной России, комментируя действующее законодательство,

---

<sup>283</sup> Садиков О.Н. Убытки в гражданском праве Российской Федерации. М., 2009. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

<sup>284</sup> Там же.

<sup>285</sup> Henrich D. Op. cit. S. 216, Herzog N. Op. cit. S. 205-206.

<sup>286</sup> Henrich D. Op. cit. S. 216.

Правительствующий Сенат отмечал, что в случае отказа продавца совершить купчую крепость, согласно запродажной записи, количество следуемого с него вознаграждения в пользу покупателя за причиненный ущерб должно определяться разницею между условленною ценою и действительною стоимостью имения в назначенный записью срок<sup>287</sup>. Иными словами, кредитор был вправе требовать убытки равные тем, которые мог бы заявить из основного договора.

Иначе предлагал подходить к определению размера убытков М.И. Брагинский: «Сравнивая между собой последствия нарушения предварительного и основного договоров, следует иметь в виду, что в первом случае речь идет о компенсации отрицательного интереса (интереса к заключению основного договора), а во втором - позитивного интереса к соблюдению обязательства контрагентом, нарушенного ненадлежащим исполнением обязательства, вытекающего из основного договора. Можно заранее предположить, что в первом случае убытки окажутся меньше, чем во втором. Следовательно, риск нарушения основного договора превышает заведомо тот, который связан с нарушением предварительного договора».<sup>288</sup>

По всей видимости, учитывая подход немецкой доктрины, П.А. Меньшенин предлагает дифференцированно подходить к вопросу определения размера убытков. Корректирую позицию М.И. Брагинского, он указывает на то, что она оправдана в отношении договоров, в соответствии с которыми не может быть удовлетворено требование о понуждении заключить основной договор. В этом случае подлежит компенсации отрицательный интерес (интерес к заключению основного договора). В отношении договора, который позволяет требовать заключения основного договора должны действовать иные правила. В этом случае подлежит

---

<sup>287</sup> Законы гражданские с разьяснениями Правительствующего Сената и комментариями русских юристов. / Сост. И.М. Тютрюмов. С. 234.

<sup>288</sup> Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. Соч. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

возмещению интерес к исполнению основного договора. Обратная ситуация приводила бы к тому, что для возмещения убытков, компенсирующих интерес к исполнению основного договора, сперва пришлось бы предъявить требование о понуждении заключить договор, которое оказывается лишним, если кредитор не имеет своей целью требовать его реального исполнения<sup>289</sup>.

Оценивая приведенные подходы, мы полагаем, что наиболее взвешенным действительно является немецкий. При заключении предварительного договора стороны зачастую представляют, насколько вероятно заключение основного договора с учетом обстоятельств, а именно предусмотрена, к примеру, предварительным договором необходимость совершения каких-либо дополнительных действий. В зависимости от этого определяется и размер расходов, которые стороны несут или могут понести в рамках подготовки к заключению и исполнению основного договора.

Вместе с тем признавая разумность определения размера убытков в зависимости от того, может быть заключен основной договор или нет, полагаем, что обозначенная П.А. Меньшениным позиция должна быть дополнена. В соответствии с российским правом (равно как в соответствии с немецким) о компенсации отрицательного интереса следует говорить и в том случае, когда в соответствии с законом или соглашением сторон должнику по предварительному договору предоставлено право отказаться от основного договора (см., например, п. 3 ст. 627 ГК РФ, п. 1 ст. 782 ГК РФ, абз. 2 п. 2 ст. 837 ГК РФ), поскольку заключение основного договора в таком случае не породило бы длительных отношений между сторонами, в связи с чем кредитор не смог бы получить значительных выгод за период действия основного договора.

По результатам проведенного в настоящей главе анализа автор пришел к выводу о том, что особенности исполнения обязательства, возникшего из

---

<sup>289</sup> Меньшенин П.А. Указ. соч. С. 149-150.

предварительного договора, проявляются как в случае надлежащего исполнения такого обязательства, так и при его нарушении.

Во-первых, специфика исполнения обязательства, возникшего из предварительного договора, связана с его предметом. В частности, важно насколько при заключении основного договора стороны могут отступить от условий, согласованных в предварительном договоре, с тем, чтобы он считался исполненным надлежащим образом. По нашему мнению, в случае заключения основного договора на условиях, отличных от условий предварительного договора, по общему правилу право требования о заключении основного договора не должно прекращаться. Вместе с тем, если условия основного договора или обстоятельства его заключения свидетельствуют о том, что воля сторон была направлена на прекращение действия предварительного договора (например, основной договор заключен в отношении того же объекта прав), предварительный договор должен рассматриваться в качестве прекратившего свое действие.

Кроме того, необходимо понимать, при каких условиях обязательство из предварительного договора следует считать исполненным. Главным образом этот вопрос актуален при заключении недействительного основного договора. По нашему мнению, надлежащее исполнение обязательства из предварительного договора предполагает совершение действий по заключению действительного основного договора. Если основной договор по вине одной из сторон не заключен или является недействительным, другая сторона вправе повторно настаивать на заключении основного договора (при наличии такой возможности) или возмещении убытков.

Наконец, специфика предмета предварительного договора проявляется в ограниченности его предмета – совершение действий по заключению основного договора. В соответствии с российским правом дополнительные обязанности сторон по оформлению прав на имущество, переоформлению документов и т.п. (или обязанности по воздержанию от совершения

действий) не входят в предмет предварительного договора. Вследствие этого, в отличие от Германии в России у сторон предварительного договора не возникает прав в отношении таких действий, не допускается заявление требования об их принудительном исполнении. Вместе с тем российское законодательство содержит альтернативные механизмы, позволяющие учесть интерес кредитора к выполнению должником дополнительных обязанностей. Предварительным договором могут быть предусмотрены способы обеспечения (например, неустойка), которые реализуются, если заключение основного договора становится невозможным по вине одной из сторон.

Во-вторых, как справедливо отмечается в немецкой литературе, предварительный договор не является сделкой, совершаемой повседневно. Признавая в некоторых случаях более тесную связь обязательства по предварительному договору с личностью стороны, мы полагаем, что между сторонами предварительного договора складывается фактическое доверие, не имеющее правового значения и не отражающееся на возникающем правоотношении. Соответственно отсутствуют основания для запрета на уступку прав из предварительного договора.

В-третьих, отдельное место в учении об исполнении предварительного договора занимает проблема его принудительного исполнения. В российском праве одинаково с немецким иск о понуждении к заключению основного договора должен быть определен как иск о присуждении. Исполнением судебного решения при понуждении к заключению основного договора является передача волеизъявления уклоняющейся стороны на заключение договора.

В-четвертых, имеется специфика в определении размера убытков, возникающих из предварительного договора. При решении этого вопроса в немецкой доктрине предлагается исходить из того, может ли кредитор в соответствии с предварительным договором требовать заключения основного договора. Если такое требование реализуемо, размер подлежащих взысканию

убытков следует определять, как если бы это были убытки из основного договора. Заключение основного договора в таком случае было бы бесполезным "обходным маршрутом" (Umweg). Если при заключении основного договора, он может быть тотчас же прекращен, кредитор не вправе требовать убытков вследствие неисполнения основного договора. Поскольку подход, предлагаемый в немецкой доктрине, является взвешенным и не противоречит действующему российскому законодательству, представляется целесообразным использование аналогичного подхода в российской практике: если в соответствии с предварительным договором возможно заключение основного договора, убытки из предварительного договора должны рассчитываться с учетом убытков, подлежащих возмещению по основному договору; если в силу каких-либо причин (например, отсутствие предмета основного договора) основной договор не может быть заключен или вскоре после его заключения обязательство из предварительного договора может быть прекращено (например, сторона вправе отказаться от исполнения основного договора), подлежат возмещению убытки, связанные с неисполнением только обязательства из предварительного договора.

## **Заключение**

Заключение договора нередко связано с необходимостью преодоления препятствий фактического или юридического характера. В соответствии с российским и немецким правом в таких ситуациях может быть использован предварительный договор – правовой инструмент, который позволяет закрепить уже достигнутые договоренности и рассчитывать на то, что они будут выполнены после устранения имеющихся препятствий.

В отличие от Германии в России законодательно определен статус предварительного договора, а также требования, которые должны быть выполнены при его заключении и исполнении (к форме, содержанию, сроку и т.д.). Это повышает степень правовой определенности и позволяет сторонам с большей уверенностью обращаться к предварительному договору, как инструменту, безусловно допустимому и понятному.

В Германии в отсутствие законодательного регулирования конструкции предварительного договора, стороны и правоприменители руководствуются правовыми принципами (принципом свободы договора, принципом определенности и др.) и общими положениями ГГУ о сделках. Кроме того придается большое значение доктринальным наработкам и выводам судов по конкретным делам, которыми фактически и определены правила применения предварительного договора.

Так, в немецкой доктрине и судебной практике сделаны попытки найти первостепенные различия между предварительным договором и опционом (учтен характер возникающего права); названы предпосылки, при которых возможно судебное толкование и восполнение условий предварительного договора; высказаны предложения по учету взаимосвязи основного договора и предварительного и ее влиянию на действительность предварительного или основного договора; сформулированы правила, при которых происходит перенос требований об одобрении сделки с основного договора на предварительный с учетом цели предъявления соответствующих

законодательных требований; рассмотрен вопрос об использовании правовых механизмов, посредством которых сторона может быть понуждена к выполнению дополнительных обязанностей, направленных на подготовку к заключению основного договора; обозначена категория иска о понуждении к заключению основного договора; предложены варианты определения размера убытков, возникающих из предварительного договора и т.д.

Многие из этих вопросов в российском законодательстве прямо не решены, в науке и судебной практике не всегда выработаны единые подходы. Учитывая сходство в понимании места и роли предварительного договора в системе немецкого и российского права, а также уместность в России решений, предлагаемых в немецкой доктрине и судебной практике, полагаем, что эти наработки могут быть учтены как в нормотворчестве, так и в правоприменении.

## БИБЛИОГРАФИЯ

### Список нормативных правовых актов и других документов

#### *Нормативные правовые акты Российской Федерации*

1. Гражданский кодекс Российской Федерации, часть первая от 30.11.1994 № 51-ФЗ. // Собрание законодательства РФ, 05.12.1994, № 32, ст. 3301.
2. Гражданский кодекс Российской Федерации, часть вторая от 26.01.1996 № 14-ФЗ. // Собрание законодательства РФ, 29.01.1996, № 5, ст. 410.
3. Гражданский кодекс Российской Федерации, часть четвертая от 18.12.2006 № 230-ФЗ. // Собрание законодательства РФ, 25.12.2006, № 52 (1 ч.), ст. 5496.
4. Федеральный закон от 26.12.1995 № 208-ФЗ «Об акционерных обществах». // Собрание законодательства РФ, 01.01.1996, № 1, ст. 1.
5. Федеральный закон от 02.10.2007 № 229-ФЗ «Об исполнительном производстве». // Собрание законодательства РФ, 08.10.2007, № 41, ст. 4849.
6. Федеральный закон от 08.02.1998 № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью». // Собрание законодательства РФ, 16.02.1998, № 7, ст. 785.
7. Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции». // Собрание законодательства РФ, 31.07.2006, № 31 (1 ч.), ст. 3434.

#### *Иные отечественные акты*

8. Законы гражданские с разъяснениями Правительствующего Сената и комментариями русских юристов. Книга третья. / Составил И.М. Тютрюмов. М., 2004.

9. Гражданское Уложение. Проект Высочайше учрежденной Редакционной Комиссии по составлению проекта Гражданского Уложения. / Под ред. Тютрюмова И.М. СПб., 1910.

10. Гражданский кодекс РСФСР 1922 г. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

11. Гражданский кодекс РСФСР (утв. ВС РСФСР 11.06.1964). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

12. Основы гражданского законодательства Союза ССР и республик (утв. ВС СССР 31.05.1991 № 2211-1). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

13. Концепция совершенствования общей части обязательственного права. // Портал российского частного права. URL: [http://www.privlaw.ru/index.php?section\\_id=24](http://www.privlaw.ru/index.php?section_id=24) (дата обращения: 02.02.2015).

*Нормативные правовые акты Федеративной Республики Германия*

14. Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom vom 23. Mai 1949 (Bundesgesetzblatt S. 1.). // Официальный сайт Федерального министерства юстиции и защиты потребителей ФРГ. URL: <http://www.gesetze-im-internet.de/gg/index.html> (дата обращения: 27.02.2015).

15. Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896 (Reichsgesetzblatt S. 195.). // Официальный сайт Федерального министерства юстиции и защиты потребителей ФРГ. URL: <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/index.html> (дата обращения: 27.02.2015).

16. Zivilprozessordnung vom 30. Januar 1877 (Reichsgesetzblatt S. 83.). // Официальный сайт Федерального министерства юстиции и защиты потребителей ФРГ. URL: <http://www.gesetze-im-internet.de/zpo/index.html#BJNR005330950BJNE111603160> (дата обращения: 10.03.2015).

*Судебная практика Российской Федерации*

17. Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 05.05.1997 № 14 «Обзор практики разрешения споров, связанных с заключением, изменением и расторжением договоров». Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

18. Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 16.02.2001 № 59 «Обзор практики разрешения споров, связанных с применением Федерального закона «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним». Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

19. Постановление Президиума ВАС РФ от 14.07.2009 № 402/09 по делу № А41-К1-13707/07. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

20. Определение ВАС РФ от 29.06.2007 № 7567/07 по делу № А41-К1-8763/06. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

21. Определение ВАС РФ от 03.04.2009 № ВАС-402/09 по делу № А41-К1-13707/07. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

22. Определение ВАС РФ от 15.06.2009 № ВАС-7070/09 по делу № А14-14347-20070348/1. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

23. Определение ВАС РФ от 18.10.2010 № ВАС-13717/10 по делу № А50-26767/2009. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

24. Определение ВАС РФ от 06.10.2011 № ВАС-12524/11 по делу № А65-32553/2009. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

25. Определение Алтайского краевого суда от 01 декабря. Доступ из справ.-правовой системы «Право.ru». 2010 года,

26. Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 18.01.2007 по делу № А43-43146/2005-17-1227. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

27. Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 29.01.2003 № Ф04/389-7/А75-2003. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

28. Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 06.11.2008 № Ф04-6575/2008(14964-А70-11), Ф04-6575/2008(14965-А70-11) по делу № А70-319/11-2008. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

29. Постановление ФАС Московского округа от 28.06.2005 № КГ-А40/5563-05. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

30. Постановление ФАС Московского округа от 17.10.2005, 10.10.2005 № КГ-А40/9765-05. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

31. Постановление ФАС Московского округа от 14.05.2010 № КГ-А40/4458-10-1-2-3 по делу № А40-101596/09-113-789. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

32. Постановление ФАС Московского округа от 11.01.2009 № КГ-А40/12356-08 по делу № А40-15353/08-52-132. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

33. Постановление ФАС Поволжского округа от 27.11.2008 по делу № А55-653/2008. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

34. Постановление ФАС Поволжского округа от 21.06.2011 по делу № А65-22365/2010. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

35. Постановление ФАС Северо-Западного округа от 19.05.2006 по делу № А05-8817/03-24. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

36. Постановление ФАС Северо-Западного округа от 15.09.2006 по делу № А56-44973/2005. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

37. Постановление ФАС Северо-Западного округа от 09.06.2008 по делу № А56-15598/2007. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

38. Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 15.07.2008 № Ф08-3291/2008 по делу № А53-9996/2007-С2-41. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

39. Постановление ФАС Центрального округа от 23.09.2011 по делу № А64-6196/2010. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

40. Постановление Десятого арбитражного апелляционного суда от 24.07.2009 по делу № А41-6666/09. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

41. Постановление Седьмого арбитражного апелляционного суда от 26.06.2009 № 07АП-4237/09 по делу № А45-3323/2009. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

42. Решение Арбитражного суда Московской области от 01.11.2006, 09.11.2006 по делу № А41-К1-8763/06. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

43. Решение Индустриального районного суда г. Барнаула (Алтайский край) от 12 октября 2010 года № 2-3549/2010. Доступ из справ.-правовой системы «Право.ru».

*Судебная практика Федеративной Республики Германия*

44. BGH, 15.03.1963 - Ib ZR 69/62 // NJW 1963, 1247. Доступ из справ.-правовой системы «JURION».

45. BGH, 11.11.1970 - VIII ZR 42/70. Доступ из справ.-правовой системы «JURION».

46. BGH, 02.10.1981 - V ZR 233/80. Доступ из справ.-правовой системы «JURION».

47. BGH, 21.09.1987 - II ZR 16/87. Доступ из справ.-правовой системы «JURION».

48. BGH, 18.01.1989, VIII ZR 311/87. Доступ из справ.-правовой системы «JURION».

49. BGH Urteil vom 13. Februar 2003 Az. IX ZR 76/99. // OpenJur. Die freie juristische Datenbank. [сайт]. URL: <http://openjur.de/u/66304.html> (дата обращения: 02.02.2015).

50. BGH Urteil vom 12. Mai 2006. Az. V ZR 97/05. // OpenJur. Die freie juristische Datenbank. [сайт]. URL: <http://openjur.de/u/81085.html> (дата обращения: 02.02.2015).

51. BGH Urteil vom 7. März 2007. Az. XII ZR 40/05. // OpenJur. Die freie juristische Datenbank. [сайт]. URL: <http://openjur.de/u/79011.html> (дата обращения: 02.02.2015).

52. OLG Frankfurt 3. Zivilsenat Az: 3 U 184/94 31.10.1996. // Westfaelische Wilhelms-Universitaet Muenster: [сайт]. URL: <http://www.wiwi.uni-muenster.de/ctrl/dd/vertrag.htm> (дата обращения: 02.02.2015).

53. OLG Köln NJW-RR 1998, 809. // OpenJur. Die freie juristische Datenbank. [сайт]. URL: <http://openjur.de/u/196541.html> (дата обращения: 02.02.2015).

## **Список литературы**

### *Литература на русском языке*

#### *Монографии, книги*

54. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Общие положения (книга 1). М., 2001. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

55. Гонгало Б.М. Учение об обеспечении обязательств. Теория и практика. М., 2004. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
56. Груздев В.В. Возникновение договорного обязательства по российскому гражданскому праву: монография. М., 2010. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
57. Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав. М., 2000.
58. Данилова Е.Н. Договор запродажи и его нормировка в действующем русском праве и Проекте обязательственного права. Казань, 1916.
59. Ефимова Л.Г. Рамочные (организационные) договоры М., 2006.
60. Иоффе О.С. Обязательственное право. Общее учение об обязательствах. М., 1975.
61. Кавелин К.Д. Избранные произведения по гражданскому праву. М., 2003.
62. Кассо Л. Запродажа и задаток. М., 1904.
63. Карапетов А.Г. Иск о присуждении к исполнению обязательства в натуре. М., 2003. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
64. Карапетов А.Г. Приостановление исполнения обязательства как способ защиты прав кредитора. М., 2011. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
65. Клейн Н. И. Организация договорно-хозяйственных связей. М., 1976.
66. Кучер А.Н. Теория и практика преддоговорного этапа: юридический аспект. М., 2005.
67. Новицкий И.Б. Избранные труды по гражданскому праву. М., 2006.
68. Новицкий И.Б., Лунц Л.А. Общее учение об обязательстве. М., 1950.

69. Новицкий И.Б. Обязательство заключить договор. М., 1947.
70. Павлов А.А. Присуждение к исполнению обязанности как способ защиты гражданских прав. С-Пб., 2001.
71. Садилов О.Н. Убытки в гражданском праве Российской Федерации. М., 2009. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
72. Семилютина Н.Г. Российский рынок финансовых услуг (формирование правовой модели). М., 2005.
73. Скловский К.И. Собственность в гражданском праве. М., 2008. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
74. Слесарев В.Л. Экономические санкции в советском гражданском праве. Красноярск, 1989.
75. Толстой В.С. Исполнение обязательств. М., 1973.
76. Тузов Д.О. Теория недействительности сделок: опыт российского права в контексте европейской правовой традиции. М., 2007. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
77. Шейнин Л.Б. Недвижимость: пробелы и несоответствия в правовом регулировании. М., 2011.

*Учебники, учебные пособия*

78. Анненков К.Н. Система русского гражданского права. Отдельные обязательства. С-Пб., 1904.
79. Белов В.А. Гражданское право: Общая и Особенная части: Учебник. М., 2003.
80. Гражданское право: В 4 т. Общая часть: Учебник. Т. 1. / Отв. ред. Е.А. Суханова. М., 2008. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

81. Гражданское право: В 4 т. Обязательственное право: Учебник. Т. 3. / Отв. ред. Е.А. Суханова. М., 2008. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
82. Гражданское право: Учебник (том 1). / Под ред. О.Н. Садикова. М., 2006. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
83. Гражданское право: Учебник (том 2). / Под ред. О.Н. Садикова. М., 2006. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
84. Победоносцев К.П. Курс гражданского права: В 3 т. Т. 3. М., 2003.
85. Римское частное право: Учебник. / Под ред. И.Б. Новицкого, И.С. Перетерского. М., 2004.
86. Синайский В.И. Русское гражданское право. Обязательственное, семейное и наследственное право. Киев, 1918.
87. Тютрюмов И.М. Гражданское право. Юрьев, 1922.
88. Шапп Я. Система германского гражданского права: Учебник. / Пер. с нем. С.В. Королева. М., 2006.
89. Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г.). М., 1995.

*Диссертационные исследования, авторефераты диссертаций*

90. Богданов В.В. Преддоговорные правоотношения в российском гражданском праве: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 М., 2011.
91. Давтян А.Г. Гражданское процессуальное право Германии (основные институты): дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.15 Ереван, 2002.
92. Васильев А.В. Предварительный договор в праве России и США: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 М., 2007.
93. Гницевич К.В. Преддоговорная ответственность в гражданском праве: *culpa in contrahendo*: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 Санкт-Петербург, 2009.

94. Зубарева Н.В. Преимущественное право покупки: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 М., 2007.
95. Каримов М.Р. Роль предварительного договора в формировании договорных условий участников гражданского оборота: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 М., 2002.
96. Кирсанов К.А. Гражданско-правовое регулирование организационных отношений: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 Екатеринбург, 2008.
97. Леонова Л.Ю. Преимущественные права в гражданском праве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 М., 2005.
98. Майдаровский Д.В. Предварительный договор и заключение основного договора в российском гражданском праве: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 Ростов-на-Дону, 2011.
99. Максименко А.В. Предварительный договор в обязательствах отдельных видов купли-продажи: вопросы правового регулирования и практики применения: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 М., 2013.
100. Меньшенин П.А. Предварительный договор в Российском гражданском праве: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 М., 2011.
101. Салимзянов Б.И. Обеспечительная функция предварительного договора в сфере оборота недвижимости: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 М., 2013.
102. Серова Ю.Г. Институт запродажи в российском праве XVIII - XIX вв.: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 Нижний Новгород, 2007.
103. Шанаурина Ю.В. Институт предварительного договора в гражданском праве России: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 Екатеринбург, 2006.

*Комментарии*

104. Договор: Постатейный комментарий глав 27, 28 и 29 Гражданского кодекса Российской Федерации. / Под ред. П.В. Крашенинникова. М., 2010. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

105. Исаченко В.Л., Исаченко В.В. Обязательства по договорам. Опыт практического комментария русских гражданских законов. С-Пб., 1914.

106. Комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации (постатейный). / Под ред. П.В. Крашенинникова М., 2007. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

107. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой (постатейный). / Под ред. С.П. Гришаева, А.М. Эрделевского. М., 2006. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

108. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (учебно-практический). / Под ред. С.А. Степанова. М., 2009. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

109. Комментарий к Федеральному закону «О несостоятельности (банкротстве)» (постатейный). / Под ред. В.Ф. Попондопуло. М., 2011. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

*Научные статьи и публикации в сборниках*

110. Агарков М.М. Юридическая природа железнодорожной перевозки. // Вестник гражданского права. 2008. № 4. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

111. Азми Д.М. Концепция безвиновной ответственности: содержание, трактовки, оценка. // Законодательство и экономика. 2011. № 7. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

112. Александрова С.Н. Предварительный договор аренды будущей недвижимости как организационное обязательство. // Законы России: опыт, анализ, практика. 2011. № 5.
113. Белов В.А. Основы учения о преимущественных правах. // Вестник Московского университета. 2001. № 6.
114. Богданов В. О последствиях недействительности предварительного договора. // ЭЖ-Юрист. 2006. № 24. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
115. Брагинский М.И. Предварительный договор в хозяйственных отношениях. // Советское государство и право. 1971. №3.
116. Будман Ш.И., Павлодский Е.А. Невозможность исполнения обязательства в современном договором праве. // Сборник статей. Проблемы советского гражданского права. / Отв. ред. В.Н. Литовкин, В.А. Рахмилович. М., 2000. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
117. Бутенко Е.В. Предварительный договор: проблемы теории, практики и законодательства. // Журнал российского права. 2000. № 3.
118. Васильева Е.В. Предварительный договор аренды: особенности налогообложения у будущих арендаторов и арендодателей. // Бухучет в строительных организациях. 2011. № 8. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
119. Васильченко А.П. Цессия для целей взыскания. // Вестник гражданского права. 2008. № 2. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
120. Генкин Д.М. К вопросу о влиянии на обязательство невозможности исполнения. // Сборник статей по гражданскому и торговому праву. Памяти профессора Г. Ф. Шершеневича. М., 2005.
121. Гражданское право: актуальные проблемы теории и практики. / Под общ. ред. В.А. Белова. – М., 2007.

122. Данилов И.А. Юридические и фактические требования к содержанию сделок. // Налоги. 2009. № 33. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

123. Данилова Л.Я. Организационные гражданско-правовые договоры. // Законы России: опыт, анализ, практика. 2009. №1.

124. Денисов С.А., Сенчищев В.И. К вопросу о понуждении заключить договор на условиях предварительного. // Законодательство и экономика. 1998. № 12. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

125. Егоров А.В. Структура обязательственного отношения: наработки германской доктрины и их применимость в России // Вестник гражданского права. 2011. № 3. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

126. Елисеев И.В., Кротов М.В. Предварительный договор в российском гражданском праве. // Очерки по торговому праву: Сб. науч. труд. / Под ред. Е.А. Крашенинникова. Ярославль, 2000.

127. Ем В., Козлова Н., Сургучева О. Фьючерсные сделки на фондовой бирже: Экономическая сущность и правовая природа. // Хозяйство и право. 1999. №6. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

128. Емелькина И.А. Вещное преимущественное право покупки недвижимости. // Вестник гражданского права. 2010. № 3. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

129. Ермолова О.Н., Мотыван Е.А. Общие положения о договорах в проекте Гражданского кодекса Российской Федерации. // Гражданское право. 2011. № 1. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

130. Ефимова Л.Г. Договор банковского счета. // Банковское право. 2000. №1. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

131. Ефимова Л.Г. Рамочные (организационные) договоры на внебиржевом межбанковском рынке ценных бумаг. // Законы России: опыт,

анализ, практика. 2006. № 7. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

132. Жеченко С.П. Иски о выделе доли (в праве общей собственности). // Иски и судебные решения: Сборник статей / Под ред. М.А. Рожковой. М., 2009. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

133. Заброцкая А.М. Некоторые вопросы первоначальной невозможности исполнения обязательств. // Законы России: опыт, анализ, практика. 2010. № 12. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

134. Зеккель Э. Секундарные права в гражданском праве. // Вестник гражданского права. 2007. №2. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

135. Камышанский В.П., Волкова Е.В. Осуществление преимущественных прав в отношениях по отчуждению имущества. // Современное право. 2010. № 6.

136. Карапетов А.Г. Зависимость условия от воли сторон условной сделки в контексте реформы гражданского права. // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2009. № 7.

137. Козлова Е.Б. Организационные договоры: понятие и классификация. // Законы России. 2011. №5. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

138. Козлов М.А. Проблемы современной процессуально-правовой классификации исков и судебных решений. // Администратор суда. 2008. № 2. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

139. Красавчиков О.А. Гражданские организационно-правовые отношения. // Советское государство и право. 1966. № 10.

140. Красников Н. О концепции опционного соглашения как предварительного договора по российскому праву. // Юрист. 2009. № 12.

141. Красников Н.И. Комментарии к статье об опционном договоре, предлагаемой для закрепления в новой редакции Гражданского кодекса Российской Федерации. // Евразийский Юридический журнал. 2012. № 4 (47).

142. Кубарь И.И. Договорные преимущественные права в гражданском праве России. // Журнал российского права. 2007. № 10. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

143. Кузнецова Н.В. Предварительный договор в системе обязательных оснований заключения предпринимательских договоров. // Предпринимательские договоры – материалы ежегодных научных чтений памяти профессора С.Н. Братуся. – М., 2008.

144. Кузнецова Л.В. Преимущественное право: понятие и правовая природа. // Журнал российского права 2010. № 10. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

145. Кузнецова Л.В. Невозможность исполнения обязательства как основание его прекращения. // Практика применения общих положений об обязательствах: сборник статей. / Рук. авт. кол. и отв. ред. М.А. Рожкова. М., 2011. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

146. Новоселова Л.А. Согласие должника на уступку требования. // Сделки: проблемы теории и практики: сборник статей. / Рук. авт. кол. и отв. ред. М.А. Рожкова. М.: Статут. 2008. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

147. Новицкая А.А. Недействительность части сделки: сравнительно-правовой анализ российского и немецкого правового регулирования. // Вестник гражданского права. 2011. № 1. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

148. Никольский С.Е. Правовая природа преимущественных прав в гражданском праве. // Юрист. 2004. № 4. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

149. Останина Е. А. Преобразовательные иски и приобретение вещного права // Иски и судебные решения: Сборник статей / Под ред. М.А. Рожковой. М., 2009. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

150. Павлов А.А. Обеспечение исполнения обязательств, вытекающих из предварительного договора. // Арбитражные споры. 2006. № 2. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

151. Петров Д.А. Теоретические и практические аспекты применения норм о предварительном договоре в коммерческом обороте недвижимости. // Арбитражные споры. 2009. № 3. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

152. Петросян Э.С. Фьючерсные договоры в классификации гражданско-правовых договоров. // Юрист. 2003. № 6. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

153. Рожкова М.А. Требование о признании в арбитражном процессе. // Арбитражная практика. 2002. №11. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

154. Садиков О.Н. Предварительный договор и его условия. // Хозяйство и право. 2011. №3.

155. Саломатова Т. Виды исков о наследстве. // Российская юстиция. 2001. №7. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

156. Санкин С.С. Проблемы закрепления и использования категории «преимущественное право» в российском и зарубежном законодательстве. // Российское правосудие. 2010. № 4. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

157. Семилютина Н.Г. Договор как инструмент правового регулирования портфельных инвестиций. // Регулирование инвестиций в международном частном праве: материалы конференции. М., 2008.

158. Семилютина Н.Г. Категория «финансовый инструмент»: происхождение, правовая природа и дальнейшая эволюция. // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения 2007. № 4.

159. Свит Ю.П. Прекращение договора вследствие невозможности исполнения. // Законы России: опыт, анализ, практика. 2008. № 2. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

160. Семенов М.И. Законность содержания сделки как условие ее действительности. // Юрист. 2001. №5. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

161. Скловский К., Смирнова М. Институт преимущественной покупки в российском и зарубежном праве. // Хозяйство и право. 2003. №1.

162. Смирнова М. Привилегированные приобретатели. // ЭЖ-Юрист. 2003. № 28. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

163. Степанов Д. Общие положения о договоре. Заключение договора. // Хозяйство и право. 2009. № 5. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

164. Суханов Е.А. О действительности предварительного договора аренды недвижимого имущества. // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2009. № 1. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

165. Телюкина М.В. Понятие сделки: теоретический и практический аспекты. // Адвокат. 2002. №8. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

166. Толстухин М.Е. Фьючерс и опцион как объекты фондового рынка. // Объекты гражданского оборота: Сборник статей. / Отв. ред. М.А. Рожкова. М., 2007. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

167. Третьяков С.В. Формирование концепции секундарных прав в германской цивилистической доктрине (к публикации русского перевода работы Э. Зеккеля «Секундарные права в гражданском праве»). // Вестник

гражданского права. 2007. № 2. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

168. Филиппова С. Существенные условия договора в проекте ГК РФ. // ЭЖ-Юрист, 2011, № 23. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

169. Халимовский Ю.А. Предварительный договор аренды: спорные вопросы практики. // Цивилист. 2011. № 1. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

170. Шеленкова Н.Б. Место опционных операций в системе биржевой торговли. // Московский журнал международного права. 1993. № 2. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

### *Литература на иностранном языке*

#### *Монографии и книги*

171. Arndts von Arnesberg K. Lehrbuch der Pandekten. Stuttgart, 1877.

172. Bechmann A. Kauf im gemeinen Recht. Erstes Buch. Erlangen, 1884.

173. Benedict C. Die Bestimmtheit der «kuenftigen Forderung» bei der Globalbuegschaft. Berlin, 2006.

174. Berger C. Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkunge. Tuebingen, 1998.

175. Boemke U. BGB Allgemeiner Teil. Heidelberg, 2014.

176. Bork R. Allgemeiner Teil des Buergerlichen Gesetzbuchs. 2. Aufgabe. Tuebingen, 2006.

177. Das bürgerliche Gesetzbuch: mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes: Kommentar herausgegeben von Mitgliedern des Bundesgerichtshofes. Berlin, 1982.

178. Casper M. Der Optionsvertrag. Tuebingen, 2005.

179. Degenkolb H. Zur Lehre vom Vorvertrag. Archiv fuer die civilistische Praxis. Freiburg, 1887.
180. Dernburg H. Pandekten. Obligationenrecht. Band 2. Berlin, 1903.
181. Esser J., Schmidt E. Schuldrecht: ein Lehrbuch, Bd.1, Allg. Teil. Heidelberg, 1984.
182. Fikentscher W., Heinemann A. Schuldrecht. 9. Auflage. Berlin, 1997.
183. Flume W. Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. In 2 Bänden. Zweiter Band: Das Rechtsgeschäft. Berlin, 1992.
184. Fromholzer F. Consideration. Tuebingen, 1997.
185. Fromholzer F. US-amerikanisches Recht im Vergleich zum deutschen. Tuebingen, 1997.
186. Geiben N. Der Vorvertrag im Internationalen Privatrecht. Frankfurt m Main, 2007.
187. Göppert H. Zur Lehre von den pacta de contrahendo. Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Bd. 14. 1872.
188. Hau W. Vertragsanpassung und Anpassungsvertrag. Tuebingen 2003.
189. Harke J. Allgemeines Schuldrecht. Heidelberg. 2010.
190. Heermann P. Geld und Geldgaeschaefte. Tuebingen, 2003.
191. Henrich D. Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag. Eine dogmatisch-systematische Untersuchung der vertraglichen Bindungen vor und zu einem Vertragsschluss. Berlin, 1965.
192. Hess B., Lent F., Jauernig O. Zivilprozessrecht. München, 2011.
193. Herzog N. Der Vorvertrag im schweizerischen und deutschen Schuldrecht. Zuerich, 1999.
194. Hoffbauer C. Der Rahmenvertrag in der Lieferbeziung. Berlin, 2010.
195. Holzschuher R. Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts: Ein Handbuch für Praktiker. Leipzig, 1854.
196. Kalkofen R. Der Vorvertrag im geltenden deutschen Recht. Würzburg, 2006.

197. Koetz H. Vertragsrecht. Tuebingen, 2009.
198. Larenz K., Lehrbuch des Schuldrechts, Bd.1, Allg. Teil. München, 1987.
199. Lakkis P. Gestaltungsakte im internationalen Rechtsverkehr: Zur Prozessualen Bindung an In- und Ausländische Privatrechtsgestaltende. Urteile und Andere Privatrechtsgestaltende Hoheitsakte. Tuebingen, 2007.
200. Leipold D. BGB I Einführung und Allgemeiner Teil. Tuebingen, 2008.
201. Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches fuer das deutsche Reich. Band I. Berlin und Leipzig, 1888.
202. Muenchener Kommentar zum BGB, Kramer 5. Auflage. 2006.
203. NomosKommentar BGB. Schuldrecht. Band 2. Baden-Baden, 2012.
204. Puchta G. Vorlesungen über das heutige römische Recht. 4. Aufl. Band 2. Leipzig, 1855.
205. Regelsberger F. Die Vorverhandlungen bei Verträgen. Weimar, 1868
206. Rode W. Ein Beitrag zur Lehre des Vorvertrages, insbesondere der Vorvertrag zu Konsensalkontrakten. Inaugural-Dissertation. Marburg, 1931.
207. Savigny F. Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts Band 2. Berlin, 1853.
208. Schwab D., Loenig M. Einführung in das Zivilrecht: mit BGB-Allgemeiner Teil, Schuldrecht Allgemeiner Teil, Kauf- und Deliktsrecht. Heidelberg, 2013.
209. Staudinger J. von. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Neubearbeitung. Berlin, 2010.
210. Thorsten S. Vertragsrecht. Muenchen, 2011.
211. Thoel H. Das Handelsrecht, als gemeines in Deutschland geltendes Privatrecht, mit Berücksichtigung des außerdeutschen Handelsrechts dargestellt. 1. Bd. Goettingen, 1854.
212. Einem H. von. Die Rechtsnatur der Option. Berlin, 1974.

213. Wabnitz B. Der Vorvertrag in rechtsgeschichte und rechtsvergleichender Betrachtung. Muenster, 1962.

214. Westermann H., Byblinski P., Weber R. BGB-Schuldrecht Allgemeiner Teil. Heidelberg, 2010.

215. Windscheid B. Lehrbuch des Pandektenrechts. Band 2. Düsseldorf, 1870.

216. Zimmermann R. The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition. First Edition reprinted. Juta, 1992.

*Научные статьи и публикации в сборниках*

217. Brueggeman D. Causa und Synallagma im Recht des Vorvertrages. JR. 1968. S. 201 - 209.

218. Keim C. Die Heilung formnichtiger Vorverträge über Grundstücksveräußerungen analog § 311b Abs. 1 BGB? - Anmerkungen zum Urt. des BGH v. 8. 10. 2004 - V ZR 178/03. // DNotZ. 2005. 324. Доступ из справ.-правовой системы «Beck-online».

219. Schloßmann S. Ueber den Vorvertrag und die rechtliche Natur der sogenannten Realkontrakte. // Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts. 1903. Bd. 45.

220. Wolf M. Rechtsgeschäfte im Vorfeld von Grundstücksübertragungen und ihre eingeschränkte Beurkundungsbedürftigkeit. // DNotZ. 1995. 179. Доступ из справ.-правовой системы «Beck-online»