

В.Н. Байбуз - управляющий партнёр адвокатского бюро "Джейнови" АПМО

Предварительный договор (Часть I)

За всю историю своего существования человечество не изобрело ничего, что могло бы дать абсолютную гарантию лицу, намеревающемуся вступить в сделку, надлежащего исполнения другой стороной в будущем каких-либо обязательств. Исключение составляет инструментарий, в основе которого лежит предварительная договоренность.

Как в предпринимательской деятельности, так и в отношениях, направленных на установление личных прав и обязанностей граждан, не связанных с коммерческой деятельностью, предварительная договоренность является ключевой составляющей будущей сделки.

"Как помажешь, так и поедешь" - гласит народная поговорка. Поэтому люди с древнейших времен предпочитают договариваться, находясь "на берегу", т.е. заблаговременно до вступления в какие-либо правоотношения.

Сложно себе представить заключение многомиллионной коммерческой сделки без подробных, предварительных согласований сторонами всех ее существенных условий и путей разрешения, возникающих в ходе ее совершения противоречий.

В настоящей статье мы попытаемся дать оценку различным видам предварительных договоренностей как облеченных в правовую форму, так и не подпадающих под действие какой-либо гражданско-правовой нормы. Предварительные договоренности в отношении бытовых сделок, и сделок M&A. Кроме того, попытаемся оценить предварительные договоренности с точки зрения законодательства чужеземных юрисдикций. И что самое на наш взгляд важное, определить ту грань, где заканчиваются гражданские правоотношения при ненадлежащем исполнении предварительных договоренностей, и начинаются уголовные.

Итак, начнем.

Самой простой, но в тоже время самой распространенной формой предварительной договоренности является устное соглашение о намерении в будущем заключить сделку (оказать услуги, выполнить работы и т.д.).

С древнейших времен люди старались различными способами зафиксировать договоренности о будущих сделках как в быту, так и в коммерции.

Предварительная договоренность, заключенная в устной форме, в древности подлежала правовой защите в случае заключения ее в присутствии установленного количества свидетелей или специально-уполномоченного лица (нотариуса и т.д.).

В современном российском законодательстве существует четко определенная форма предварительных договоренностей - предварительный договор.

Согласно ст. 429 Гражданского кодекса Российской Федерации:

1. По предварительному договору стороны обязуются

заключить в будущем договор о передаче имущества, выполнении работ или оказании услуг (основной договор) на условиях, предусмотренных предварительным договором.

2. 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.

3. Предварительный договор должен содержать условия, позволяющие установить предмет, а также другие существенные условия основного договора.

4. В предварительном договоре указывается срок, в который стороны обязуются заключить основной договор.

Если такой срок в предварительном договоре не определен, основной договор подлежит заключению в течение года с момента заключения предварительного договора.

5. В случаях, когда сторона, заключившая предварительный договор, уклоняется от заключения основного договора, применяются положения, предусмотренные пунктом 4 статьи 445 настоящего Кодекса.

6. Обязательства, предусмотренные предварительным договором, прекращаются, если до окончания срока, в который стороны должны заключить основной договор, он не будет заключен либо одна из сторон не направит другой стороне предложение заключить этот договор.

Таким образом, вышеуказанная статья Гражданского кодекса дает четкое определение того, что является предварительным договором, в какой форме должен заключаться предварительный договор применительно к той или иной сделке. В виду того, что указанная норма дает общие понятия, порядок ее применения в отношениях участников гражданских правоотношений регулируется посредством формирования соответствующей судебной практики.

В силу того, что в нашем государстве (фактически) параллельно существуют две судебные системы, судебная практика судов общей юрисдикции зачастую кардинально отличается от практики арбитражных судов, несмотря на то, что в основе регулирования правоотношений, рассматриваемых обоими судами, лежат единые гражданско-правовые нормы.

В большей степени это касается предварительных договоров в отношении купли-продажи недвижимости, а также объектов недвижимости, которые на момент заключения предварительного договора еще не созданы. А между тем, многие жизненные ситуации предполагают заключение предварительных договоров именно в отношении таких объектов.

Так, инвестиционные сделки нередко заключаются задолго не только до возникновения собственно самого объекта недвижимости, но и до окончания согласовательных работ на застройку и до момента постановки зе-

мельного участка на кадастровый учет. Таким образом, стороны сделки зачастую при заключении предварительного договора оперируют всего лишь несколькими документами, позволяющими им в какой-то степени зафиксировать свои права в отношении будущей сделки.

Аналогичная ситуация складывается, когда граждане заключают предварительные договоры купли-продажи недвижимости, права собственности на которую на момент заключения предварительного договора у них в силу различных причин отсутствуют, но имеется безусловное право на приобретение этой недвижимости в собственность (приватизация, наследство и т.д.).

Такая же ситуация складывается, когда постройки, подлежащие продаже, на момент заключения предварительного договора не введены в эксплуатацию, не зарегистрировано право собственности на них и, юридически, как объект недвижимости, они еще не существуют.

Позиция арбитражных судов из-за отсутствия каких-либо рекомендаций ВАС РФ также не однозначна. Но в большинстве судебных решений, принимаемых на уровне федеральных округов, прослеживается тенденция к признанию действительными сделок по заключению предварительных договоров на будущие объекты недвижимости.

Следует процитировать, на мой взгляд, просто замечательную фразу, используемую в последние годы Федеральными арбитражными судами Российской Федерации в своих постановлениях: "В данном случае, использование юридической конструкции предварительного договора купли-продажи имело своей целью юридически обязать стороны еще до того, как у продавца появится право на необходимое для продажи имущество, с тем, чтобы в установленный им срок восполнить отсутствие условия, необходимого для заключения договора".

Однако, есть и противоположенная судебная практика, которая также имеет право на существование (Решение АС МО от 24.03.2008, Постановление ФАС МО от 06.08.2008 N КГ-А41 / 6877-08, Постановление Десятого арбитражного апелляционного суда от 22.06.2009 по делу N А41-2843 / 09).

Высший арбитражный суд Российской Федерации наконец-то подошел вплотную к решению этой проблемы. На сегодняшний день им проведено исследование в отношении допустимости такого предмета договора как будущий объект недвижимости и иных существенных условий предварительных договоров, а также подготовлен проект пленума ВАС РФ "О некоторых вопросах, связанных с применением арбитражными судами положений законодательства о заключении договоров купли-продажи в отношении будущих объектов недвижимости".

Сущность постановления сводится к тому, что ВАС РФ занимает позицию в пользу возможности заключения договоров в отношении объектов недвижимости, которые на момент заключения договора еще не созданы и права у продавца (иного лица, на которое договором возлагается обязанность отчуждения имущества в будущем) на эти объекты не возникли.

Высший арбитражный суд предлагает следующий подход к решению вопроса:

"В связи с тем, что параграф 7 главы 30 ГК РФ не содержит положений, запрещающих заключение догово-

ров купли-продажи в отношении недвижимого имущества, право собственности продавца на которое на дату заключения договора не зарегистрировано в Едином государственном реестре прав на недвижимое имущество и сделок с ним (далее - ЕГРП) (договор купли-продажи будущей недвижимой вещи), судам следует исходить из того, что отсутствие у продавца в момент заключения договора продажи недвижимости права собственности на предмет договора само по себе не является основанием для признания такого договора недействительным.

Исходя из положений статьи 554 ГК РФ, надлежащей и достаточной индивидуализацией предмета договора купли-продажи недвижимого имущества является указание в договоре кадастрового номера объекта недвижимости (при его наличии). Если сторонами заключен договор купли-продажи будущей недвижимой вещи, то индивидуализация предмета договора может быть осуществлена путём указания иных данных, позволяющих определённо установить недвижимое имущество, подлежащее передаче покупателю по договору (например, местонахождение возводимой недвижимости, её ориентировочная площадь, иные характеристики, определённые, в том числе, в соответствии с проектной документацией).

При заключении договоров купли-продажи будущих помещений индивидуализация предмета договора должна считаться надлежащей, если договор позволяет установить также общую площадь помещений, подлежащих передаче покупателю, и цену за один квадратный метр площади помещения. В случае, если в тексте договора купли-продажи будущей недвижимой вещи недостаточно данных, индивидуализирующих проданный объект недвижимости и место его нахождения, однако соответствующие данные имеются, например, в акте приема-передачи, составленном сторонами во исполнение заключённого ими договора, то такой договор не может быть признан незаключённым. В связи с изложенным отказ органа по регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним в государственной регистрации перехода права собственности на переданное имущество к покупателю со ссылкой на то, что договор купли-продажи не может считаться заключённым, не соответствует закону и может быть признан судом недействительным в порядке главы 24 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Судам необходимо исходить из того, что разъяснения, содержащиеся в настоящем постановлении, также подлежат применению и в случаях, когда предметом договора купли-продажи будущей недвижимой вещи является земельный участок, границы которого в момент заключения договора ещё не определены в порядке, установленном федеральным законом.

В связи с тем, что в соответствии с пунктом 2 статьи 455 ГК РФ законом могут быть предусмотрены случаи, когда заключение договора купли-продажи будущей вещи не допускается, судам следует учитывать, что разъяснения, содержащиеся в настоящем Постановлении, не распространяются на отношения, вытекающие из договоров, предметом которых является привлечение денежных средств граждан, связанное с возникающим у них правом собственности на жилые помещения в много-

квартирных домах, которые на момент привлечения денежных средств не введены в эксплуатацию в порядке, установленном законодательством о градостроительной деятельности, так как данные отношения регулируются положениями Федерального закона "Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации" (статья 1 указанного Закона)".

Как видно из текста постановления, указанная правовая позиция, по мнению ВАС РФ, должна применяться арбитражными судами избирательно.

Кроме того, следует отметить, что в проекте постановления отсутствуют какие-либо ссылки на ст. 429 Гражданского кодекса Российской Федерации, из чего можно сделать вывод о смене "тренда" в арбитражной практике, в случае одобрения пленумом вышеуказанного проекта. То есть, если понимать текст проекта постановления буквально, из него следует, что ВАС РФ решил отойти от концепции заключения предварительных договоров на будущие объекты недвижимости и предлагает участникам хозяйственного оборота сразу же заключать договоры купли-продажи будущей вещи (объекта недвижимости), минуя договоры предварительные.

Как говорится: "Поживем, увидим". Однако, есть глубокие сомнения, что проект может быть одобрен в таком виде, в каком он был представлен на обозрение.

Не вдаваясь глубоко в сущность зарубежных правовых доктрин, слегка затронем правовое регулирование предварительных договоров в Соединенных Штатах Америки и в Великобритании.

Несмотря на родственность правовых систем, правовые подходы к предварительным договорам и последствиям их заключения в США и Великобритании существенно различаются.

Суды США со своими демократическими традициями и стремлением доказать всему остальному миру преимущества американского образа жизни порой создают такие прецеденты, что романы Дж. Гришамы и голливудские фильмы о преуспевающих адвокатах начинают казаться явью.

В отличие от других государств, в т.ч. и России, суды присяжных в США помимо уголовных дел так же рассматривают и гражданские дела. Таким образом, как это часто случается, судьба крупных промышленных предприятий оказывается в руках двенадцати рядовых граждан штата, а правоприменительная практика в государстве складывается на основе выносимых ими вердиктов.

Чтобы читателю было понятно, постараюсь объяснить это на более доступном примере. Допустим, гражданский суд в отношении активов нефтяной компании ЮКОС проводился бы в Ханты-Мансийском автономном округе, а судьями были бы двенадцать местных жителей, избранных путем случайного выбора. Представьте себе результат... Про уголовный процесс промолчу.

Так вот, "благодаря" таким процессуальным нормам и создаются все эти прецеденты. Вот один из них:

Техасо v. Pennzoil

В конце 1983 года Pennzoil сделало предложение о покупке акций Getty Oil по цене 100 долларов за одну ак-

цию. Совет директоров Getty Oil проголосовал за отказ от предложения Pennzoil и решил сделать контрпредложение Pennzoil о продаже по цене 110 долларов за акцию. Контрпредложение, несмотря на недовольство инвестбанка Pennzoil, было акцептовано.

После серии переговоров Pennzoil и Getty Oil составили предварительный договор (Memorandum of Agreement), в котором были отражены существенные условия сделки. После этого Getty выпустило пресс-релиз о том, что они достигли принципиального соглашения в отношении предварительного договора. Pennzoil выпустил аналогичный пресс-релиз.

Согласно условиям предварительного договора, он подлежал одобрению советами директоров компаний и представлял собой принципиальную договоренность (agreement in principle). Адвокаты Pennzoil разрабатывали проект формального соглашения по сделке (Transaction Agreement) который отражал в себе более детальное описание сделки в отличие от общих условий, содержащихся в предварительном договоре.

До момента завершения соглашения по сделке Техасо сделало предложение о покупке 100 % акций Getty Oil по цене 125 долларов за акцию. Совет директоров Getty Oil проголосовал за выход из сделки с Pennzoil, и принял предложение Техасо. Техасо сразу же выпустило пресс-релиз о слиянии Getty Oil и Техасо.

Вскоре после появления вышеуказанного пресс-релиза Pennzoil потребовало, чтобы Getty исполнило договор с Pennzoil. Getty отказалось от исполнения предварительного договора и заключило договор о слиянии с Техасо.

Pennzoil обратилось в суд с иском к Getty о нарушении условий договора, и к Техасо с деликтным иском о преднамеренном склонении менеджмента Getty к нарушению договорных обязательств. [склонение кого-то к нарушению договора с третьей стороной является деликтом и влечет за собой наказание в виде штрафных санкций]

Вердикт присяжных поразил всех: взыскать с Техасо 7 520 000 000 долларов США и 3 000 000 000 штрафных санкций. Техасо обжаловало вердикт в апелляционную инстанцию, которая в конечном итоге уменьшила общую сумму до 3 000 000 000 долларов.

В итоге Техасо подало заявление о добровольном банкротстве.

Продолжение следует