

Д. В. Вышеславцева\*

## О ВОЗМОЖНОСТИ ЗАКЛЮЧЕНИЯ ПРЕДВАРИТЕЛЬНОГО ДОГОВОРА ЗАЛОГА

В настоящее время в юридической литературе и в материалах правоприменительной практики отсутствует единство мнений относительно возможности заключения предварительного договора залога.

Гражданский кодекс Российской Федерации (далее — ГК РФ) определяет предварительный договор как разновидность гражданско-правовых договоров наряду с договором присоединения, договором в пользу третьего лица и т. д. (ст. 429 ГК РФ).

По предварительному договору стороны обязуются заключить в будущем договор о передаче имущества, выполнении работ или об оказании услуг (основной договор) на условиях, предусмотренных предварительным договором.

Предварительный договор — это организационный договор, который содержит условия, позволяющие установить предмет и другие существенные условия основного договора, и устанавливает порядок заключения основного договора.<sup>1</sup> Целью предварительного договора является установление между сторонами обязательства по заключению в будущем основного договора на условиях, определенных предварительным.

Существуют различные точки зрения относительно того, распространяются ли положения ст. 429 ГК РФ на отношения, предметом которых является залог.

Так, В. Вятчин полагает, что указанная статья Кодекса не распространяется на соглашения о способах обеспечения обязательств, поскольку правила ст. 429 ГК РФ не допускают заключение иного договора, кроме договора о заключении в будущем договора о передаче имущества, выполнении работ или об оказании услуг.<sup>2</sup>

Однако Высший Арбитражный Суд Российской Федерации (далее — ВАС РФ) установил, что предметом предварительного договора являются обязательства сторон по поводу заключения будущего договора, а не обязательства по поводу имущества.<sup>3</sup> Данная правовая точка зрения была поддержана Федеральным арбитражным судом Западно-Сибирского округа (далее — ФАС ЗСО). ФАС ЗСО также полагает, что предварительный договор порождает только обязательство заключить основной договор в будущем.<sup>4</sup>

---

\* Вышеславцева Дарья Викторовна — аспирантка кафедры коммерческого права юридического факультета СПбГУ.

© Д. В. Вышеславцева, 2010

E-mail: lawdiva@mail.ru

<sup>1</sup> Петров Д. А. Теоретические и практические аспекты применения норм о предварительном договоре в коммерческом обороте недвижимости // Арбитражные споры. 2009. № 3.

<sup>2</sup> Вятчин В., Криворогова Т. Из практики применения Арбитражным судом Астраханской области отдельных положений законодательства об обеспечении исполнения обязательств при рассмотрении споров, вытекающих из договоров займа и кредита // Вестник ВАС РФ. 1998. № 7. С. 82.

<sup>3</sup> Пункт 14 Обзора практики разрешения споров, связанных с применением Федерального закона «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним»: информационное письмо Президиума ВАС РФ от 16.02.2001 № 59.

<sup>4</sup> Постановление Федерального арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 17.06.2004 № Ф04/3281-399/А67-2004 // ПС «Консультант».

Анализируя правовую природу предварительного залога, этот вопрос можно рассмотреть с различных сторон.

С одной стороны, гражданское законодательство не содержит норм, напрямую запрещающих предварительный залог, следовательно, в силу диспозитивного принципа «что не запрещено, то разрешено» стороны свободны в установлении своих прав и обязанностей на основе договора и в определении любых не противоречащих законодательству условий договора (пункт 2 ст. 1 ГК РФ). Поэтому усматривается, что «практически предварительный договор может предшествовать заключению договора любого типа (вида)».<sup>5</sup>

Следовательно, возможность заключения указанного вида договора ГК РФ не исключается.

Е. В. Бутенко подкрепляет указанный довод о развитии отечественного гражданского оборота, где известное распространение получила практика заключения предварительных договоров уступки прав (цессии), перевода долга (делегации), залога недвижимости (ипотеки) и т. п.<sup>6</sup>

С другой стороны, не следует упускать из виду акцессорный характер договора залога. По мнению М. И. Брагинского, именно акцессорный характер обязательства исключает возможность заключения предварительного договора залога. «Иначе пришлось бы столкнуться с ситуациями, когда стороны были бы обязаны заключить основной договор залога, в том числе и после прекращения по различным основаниям обеспечиваемого им обязательства».<sup>7</sup> Таким образом, М. И. Брагинский полагал, что в случае, если в момент заключения предварительного договора основное обязательство отсутствует, такой договор следует признать ничтожным.

Схожего мнения придерживался и И. Б. Новицкий, который полагал, что «залоговое право является правом придаточным, или дополнительным к какому-либо обязательству. Назначение залогового права сводится к тому, чтобы увеличить шансы кредитора на удовлетворение и в этом смысле обеспечить обязательство. Поэтому, если нет основного правоотношения, для укрепления которого должно служить залоговое право, не может существовать и залоговое право: не может существовать обеспечение, если нечего обеспечивать».<sup>8</sup>

Из приведенных выше доводов усматривается, что в случае если основное обязательство, которое призван обеспечить залог, действительно, то для заключения предварительного договора залога его акцессорный характер не может послужить препятствием.

Судебная практика не дает однозначного ответа на вопрос, возможен ли предварительный договор залога. Даже ВАС РФ так и не сформулировал однозначно свое видение данной проблемы. Поэтому в настоящее время есть две диаметрально противоположные точки зрения.

Согласно первой не допускается возможность заключения залоговых отношений в форме предварительного договора.

ВАС РФ в Постановлении от 23 апреля 1996 г. № 8057/95 по делу № 1563/95<sup>9</sup> явно не устанавливает, что предварительный договор залога невозможен, однако отмечает, что

<sup>5</sup> Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право: Общие положения. М., 1997. С. 186.

<sup>6</sup> Бутенко Е. В. Предварительный договор: проблемы теории, практики и законодательства // Журнал российского права. 2004. № 3. ПС «Консультант».

<sup>7</sup> Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Общие положения. М., 1997. С. 424.

<sup>8</sup> Новицкий И. Б. Избранные труды по гражданскому праву: В 2 т. М., 2006. С. 285.

<sup>9</sup> ПС «Консультант».

согласно ст. 1 Закона Российской Федерации «О залоге» залог — способ обеспечения исполнения обязательств.

Мнение ВАС РФ было учтено Федеральным арбитражным судом Уральского округа при вынесении решения по делу № Ф09-2126/06-СЗ.<sup>10</sup> В своем постановлении суд установил, что при оценке законности заключения договора залога и его действительности необходимо также учитывать акцессорный характер порождаемого им обязательства, что, в частности, исключает возможность заключения договора залога в форме предварительного соглашения.

В соответствии с п. 1 ст. 429 ГК РФ по предварительному договору стороны обязуются заключить в будущем договор о передаче имущества, выполнении работ или оказании услуг (основной договор на условиях, предусмотренных предварительным договором). Договор залога как обеспечительный, акцессорный к этой категории гражданско-правовых договоров не относится.

Поэтому апелляционная инстанция правомерно сделала вывод о ничтожности предварительного договора залога, поскольку залог является способом обеспечения обязательств.

Приведенная правовая позиция получила дальнейшее распространение, правда, только в апелляционной практике того же округа (постановления Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 14 марта 2008 г. № 17АП-1308/2008-ГК, от 4 июля 2008 г. № 17АП-3469/2008-ГК).<sup>11</sup>

В соответствии с противоположной точкой зрения допускается заключение предварительных договоров залога.

Так, положительно относятся к возможности заключения предварительного договора ипотеки Федеральный арбитражный суд Московской области (постановление ФАС МО от 1 ноября 2004 г. № КГ-А40/9785-04<sup>12</sup>) и Федеральный арбитражный суд Восточно-Сибирского округа (постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 12 июля 2001 г. № А33-5517/00-С1-Ф02-1563/01-С1<sup>13</sup>).

Девятый арбитражный апелляционный суд также полагает, что заключение предварительного договора залога отнюдь не нарушает положений действующего законодательства.

Так, в своем постановлении от 1 февраля 2008 г. № 09АП-17931/2007-ГК<sup>14</sup> он установил, что в силу 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. Предварительный договор заключается в форме, установленной для основного договора. Предварительный договор должен содержать условия, позволяющие установить предмет, а также другие существенные условия основного договора.

Содержание предварительного договора представляет собой обязательства сторон по заключению в будущем соответствующего договора на условиях, предусмотренных предварительным договором.

Как следует из текста оспариваемого дополнительного соглашения в совокупности с условиями кредитного договора, стороны установили все существенные условия

---

<sup>10</sup> Там же.

<sup>11</sup> *Петрищев В.* Договоримся о залоге? // ЭЖ-Юрист. 2009. № 40.

<sup>12</sup> ПС «Консультант».

<sup>13</sup> Там же.

<sup>14</sup> Там же.

предварительного договора залога недвижимого имущества, указанного в дополнительном соглашении.

Таким образом, при заключении оспариваемого дополнительного соглашения ответчик не распорядился недвижимым имуществом, указанным в оспариваемом дополнительном соглашении, а лишь принял на себя обязательство заключить в будущем договор залога (ипотеки).<sup>15</sup>

Обобщая имеющуюся судебную практику, можно сделать вывод о том, что арбитражные суды Российской Федерации в большей степени склонны признать возможность существования предварительного договора залога, нежели наоборот.

По мнению автора настоящей статьи, предварительный договор залога безусловно должен иметь право на существование. Последний обладает положительными чертами, которые могут благоприятно повлиять на стабильное установление и развитие гражданских правоотношений.

Данный вывод можно проиллюстрировать следующим примером. Согласно п. 3 ст. 433 ГК РФ договор, подлежащий государственной регистрации, считается заключенным с момента его регистрации, если иное не установлено законом. Следовательно, для проведения государственной регистрации сделки в регистрирующий орган необходимо представить документы, подтверждающие право распоряжения объектом, являющимся предметом регистрируемого договора. Однако в силу различных обстоятельств предоставление правоустанавливающих документов не всегда возможно, в частности, при получении прав на имущество в порядке наследования, когда свидетельство о праве на наследство выдается наследникам в любое время по истечении шести месяцев со дня открытия наследства, за исключением случаев, предусмотренных законодательством (п. 1 ст. 1163 ГК РФ), или в случае, когда предметом залога должно стать право на получение патента, которое на момент совершения сделки уполномоченным лицом еще не реализовано.

Поэтому в подобных случаях предварительный договор является единственной гарантией заключения в будущем основного договора залога.

В качестве положительного аспекта правовой конструкции предварительного залога представляет интерес мнение Е. А. Суханова, который считает, что благодаря таковому интересы кредитора, выдавшего заемщику деньги, защищаются правом требования кредитора на заключение в будущем договора залога определенного имущества после приобретения должником права собственности на него.<sup>16</sup>

Все же, несмотря на свой положительный характер, правовой институт предварительного залога имеет несколько недостатков. В частности, было бы целесообразно внести ряд изменений в положения п. 3 ст. 429 ГК, предписывающего сторонам установить в предварительном договоре все его существенные условия. Однако, учитывая беспрестанно изменяющуюся конъюнктуру рынка и экономическую ситуацию в стране, было бы более разумно обязать стороны установить лишь существо основного договора и оставить на их дальнейшее усмотрение определение остальных условий договора.

---

<sup>15</sup> Там же.

<sup>16</sup> *Гражданское право*: В 4 т.: Учебник. Т. 3. Обязательственное право / Под ред. Е. А. Суханова. М., 2008.