### **Свобода заключения договора**

### План:

Введение

Глава 1

Глава 2

Заключение

Используемая литература

Введение.

Свобода заключения договора – это важнейший принцип гражданского законодательства.

Имея свободу в данной области, стороны получили возможность самостоятельно выбирать своих будущих контрагентов, выбирать условия договора и порядок реализации.

Но именно заключению договора в ГК РФ уделено большое значение. Так как стороны должны выразить свою волю именно в том порядке, который для этого предусмотрен, иначе это может иметь неблагоприятные правовые последствия. Но свобода не должна быть абсолютной. Это может привести к произволу со стороны некоторых участников гражданского оборота.

Именно поэтому в ГК РФ закреплена норма об обязательном заключении договоров. Обязательное заключение договора является ограничением принципа свободы договора, но не нарушением его действия.

Поэтому обязательное заключение допускается в случаях, строго определенных законом и иными нормативными актами, а также в добровольном порядке.

Обязывая заключить тот или иной договор, законодатель руководствуется прежде всего интересами управомоченной, а не обязанной стороны, той стороны, которая может очень сильно пострадать, если обязанная сторона откажется от заключения договора. Но в то же время это не должно нарушать гражданские принципы по отношению к обязанной стороне.

Случаи обязательного заключения договора должны быть четко регламентированы законом во исполнение принципа свободы заключения договора. Эти случаи должны применять в целях обеспечения прав и законных интересов участников гражданского оборота.

Глава 1. Понятие свободы заключения договора.

Свобода договора вместе с равенством участников гражданских правоотношений и рядом иных принципов относится статьей 1 ГК РФ к числу основных начал гражданского законодательства. Нет сомнений в том, что свобода договоров превратится в фикцию, если только все другие основные принципы не будут реализованы в гражданском законодательстве и практике его применения.

Граждане (физические лица) и юридические лица свободны в установлении своих прав и обязанностей на основе договора и в определении любых не противоречащих законодательству условий договора.

Субъекты гражданских правоотношений свободны в заключении договора. При этом понуждение к заключению договора не допускается за исключением случаев, когда обязанность заключить договор предусмотрена законом или добровольно принятым обязательством (п. 1 ст. 421 ГК). Тем самым Кодекс отвергает господствовавшую на протяжении многих лет систему типовых договоров. Она представляла право соответствующему исполнительному органу – от министерства и ведомства, организации которых производили продукцию, выполняли работы, оказывали услуги, до Совета Министров СССР – издавать адресованные будущим контрагентам административные по их природе акты (фонды, наряды, титульные списки, планы перевозок и т.п.), порождающие обязанность адресата заключать договор, содержание которого предоставлялось самим актом.

Плановые акты в сфере обращения отличает то, что они одновременно адресованы двум организациям – потенциальным контрагентам. Между этими последними в силу такого планового акта возникают определенные права и обязанности еще перед заключением договора. Взаимодействие договора с таким плановым актом в значительной мере исчерпывается формулой «план – основа договора». По этой причине, в частности, плановые показатели либо непосредственно трансформировались в договорные условия (главным образом о предмете и сроках), либо, если в этом была необходимость, а содержание планового акта это позволяло, стороны при заключении договора конкретизировали и детализировали плановые показатели, тем самым обогащая их (имеется в виду, например, случай, когда в плановом акте были предусмотрены групповой ассортимент и годовые сроки с поквартальной разбивкой, а в договоре, соответственно, развернутый ассортимент, месячные, декадные или иные внутримесячные сроки).

Для более полного представления о данной системе необходимо отметить и то, что уклонение адресатов от заключения договора считалось административным правонарушением, влекущим уплату штрафа в доход государства.

Поэтому при плановом хозяйстве договор рассматривается лишь как форма, в которой должны быть воплощены положения плана. В результате чего сторонам при заключении договора не о чем было договариваться.

Отказ от договоров, опирающихся на план, был последовательно произведен впервые уже в Основах гражданского законодательства 1991г. Из этого акта было исключено всякое упоминание о плане, и хозяйственные договоры, которые в соответствии с их легальным определением должны были заключаться на основе и во исполнение плана (поставка, государственная закупка сельскохозяйственной продукции, подряд на капитальное строительство, перевозка принадлежащих организации грузов), стали разновидностями обычного гражданско-правового договора: поставка и контрактация – договор купли-продажи; подряд на капитальное строительство – договор строительного подряда; перевозка грузов, принадлежащих организации – договор перевозки. Приведенные изменения в правовом регулировании договоров получили окончательное завершение в ГК РФ.

Договор возникает по согласованию воли его сторон. Определяя юридическую и экономическую сущность договора, Карл Маркс указывал: «Чтобы данные вещи могли относиться друг к другу как товары, товаровладельцы должны относиться друг к другу как лица, воля которых распоряжаться этими вещами… Это юридическое отношение, формой которого является договор, - все равно, закреплен ли он законом или нет, - есть волевое отношение, в котором отражается экономическое отношение». С указанной точки зрения свобода формирования и выражения воли контрагентов внутренне присуща договору как таковому.

Существенным условием действительности договора является воля нескольких лиц: а)согласованная; в)взаимно усвоенная; с)допустимая.[[1]](#footnote-1)

а)Договор основывается на соглашении, которое предполагает существование в известный момент времени согласной (согласованной) воли нескольких лиц (контрагентов). Согласие это должно заключаться в соответствии, а не в однородности содержания их воли. Если одно лицо желает купить, а другое – продать, то такое соответствие намерений дает основание возникновения договора. Если же оба лица желают купить ту же самую вещь, то такое согласие не составляет условия для возникновения договора. Воля контрагентов должна соответствовать одна другой если не во всех, то в существенных моментах, то есть таких, отсутствие которых устраняет само наличие соглашения.

в)Соглашение предполагает взаимное познание этой воли, усвоение одним лицом содержания воли другого. До этого времени воля каждого лица представляет собой субъективное состояние, а потому лишена юридического значения, так как право имеет дело только объективным миром. Представим себе, что предложение заключить договор делается словесно глухому или немой предлагает письменно неграмотному вступить в договорные отношения.

с)Содержание воли сторон должно иметь юридическую цель, то есть воля должна быть направлена на установление (изменение, прекращение) юридических отношений. Для действительности договора, направленного на установление обязательственного отношения, требуется, чтобы установленное физически возможно было осуществить.

Воля также отличает договор от таких юридических фактов, как причинение вреда другому лицу, неосновательное обогащение, ненормативные акты государственных органов и органов местного самоуправления и др.

Всякий раз, когда говорят о договоре, имеют в виду еще один формирующий договор элемент: волеизъявление. И одна из основных связанных с этим проблем имеет отношение к определению относительной значимости каждого из этих элементов.

Если попытаться установить, что важнее – воля или волеизъявление, то с чисто логической точки зрения возможны строго определенные варианты решения. В этой связи, поставив вопрос: «Чему следует придавать определяющее значение – воле или волеизъявлению?», Н.В. Рабинович смогла свести взгляды всех, кто высказывался по данному вопросу, в три группы.[[2]](#footnote-2)

Первую составляют те, кто, опираясь на теорию «воли», признали, что во всех случаях, когда воля распознаваема, а ее истинный смысл может быть впоследствии установлен, при возникновении спора нужно считаться именно с волей.[[3]](#footnote-3)

Вторая группа объединила авторов, которые, наоборот, считали необходимым руководствоваться «выражением воли», имея в виду, что, если воля не была надлежащим образом проявлена, нельзя судить о ее содержании.[[4]](#footnote-4)

Третья группа авторов ограничилась указанием на необходимость соответствия волеизъявления воле и, не предлагая решения вопроса, по мнению Н.В. Рабинович, сводила лишь к общим суждениям.[[5]](#footnote-5)

Я же придерживаюсь точки зрения Брагинского М.И. и Витрянского В.В., что именно воля составляет основу договора. [[6]](#footnote-6)

Для гражданского оборота вопрос о волеизъявлении имеет особое значение. Дело в том, что его участники судят о воле потенциального контрагента именно по волеизъявлению и с этим сообразуют собственные действия.

В новом ГК значение волеизъявления усилено. Это обстоятельство отражено в ряде его новелл. Так, в частности, изменены правила о сделках, совершенных за пределами правоспособности юридического лица (ст. 173 ГК). Если ранее такие сделки были ничтожными, то отныне ничтожными по указанному основанию могут признаваться лишь сделки, совершенные некоммерческими организациями, а из числа коммерческих – унитарными предприятиями и организациями иных видов, указанными в законе.

И все-таки первенства волеизъявления не может быть перед волей, ибо следствие не может быть поставлено впереди причины.

Любое решение законодателя в пользу или воли, или волеизъявления по самой сущности своей представляет способ защиты соответствующей стороны в договоре – либо той, чья воля порочна, либо ее контрагента и, тем самым, оборота.

Общий принцип – о защите договора, совершенного с пороками воли сторон, в ряде случаев формализован в законе (ст. ст. 178, 179 ГК РФ).

Но для того, чтобы договор был заключен, необходимо, чтобы одна из сторон выразила желание на заключение, а вторая приняла такое предложение.

Для законодателя традиционным в течение длительного времени было выделение двух случаев заключения договоров. Речь идет о заключении договора между «присутствующими» и «отсутствующими».[[7]](#footnote-7) Но и в том, и в другом варианте стадия предложения (оферта) и ее принятие (акцепт) следуют одна за другой и никогда не совмещаются. Кроме того, необходим момент времени, в который бы эта воля нескольких лиц совпадала; простая последовательность еще не достаточна, нужно, чтобы принятие предложения обнаружилось тогда, когда не изменилась воля предложившего. Когда оба контрагента налицо, находятся непосредственно в присутствии друг друга, тогда момент соглашения легко наступает.

Однако развитие техники, связи привело к тому, что находящиеся в разных местах стороны получили возможность общаться безо всякого интервала во времени с помощью телефона, обмена факсами и т.д. В результате уже ГК 1922г. вынужден был прибегнуть к определению фикции, включив в ст. 131 примечание, в соответствии с которым предложение, сделанное по телефону, признавалось предложением присутствующему.

ГК 1964г. счел возможным провести дифференциацию по признаку наличия или отсутствия в оферте срока для акцепта. В случаях, когда такой срок имелся, для признания договора заключенным необходимо было, чтобы лицо, сделавшее предложение (оферент), получило от другой стороны ответ о принятии предложения в течение этого срока (ст. 162 ГК).

ГК РФ сохранил некоторые из приведенных решений, и вместе с тем ввел ряд новелл, имеющих принципиальное значение.

Кодекс начинает регулирование договоров со стадии выражения воли заключить договор, то есть выступления с офертой. Все, что предшествует этой акции, создать договор не может. Поэтому оферта является важным условием заключения договора.

Офертой является предложение, которое отличает ряд индивидуализирующих признаков и влечет за собой определенные установленные в законе последствия как для оферента, так и для акцептанта.

Первое требование – достаточная определенность оферты. Это предполагает, что из нее адресат способен сделать правильный, однозначный вывод о воле оферента.

Второе требование относится к направленности оферты: она должна выражать намерение лица, которое выступает с предложением, считать себя заключившим договор на условиях, указанных в договоре с адресатом в случае, если последний примет предложение.

Третье требование относится к содержанию оферты. Ст.435 ГК предполагает, что оферта включает существенные условия договора. Указанное требование имеет двоякое значение. Во-первых, предложение должно охватывать все существенные условия, которые однозначно определены как существенные в ст. 432 ГК либо вытекают из нее. Во-вторых, указанный в оферте набор условий является для нее максимальным. В конечном счете, смысл этого важнейшего требования к оферте состоит в том, что она, по выражению Л. Эннекцеруса, «должна быть настолько определенная, чтобы можно было путем ее принятия достигнуть соглашения обо всем договоре».[[8]](#footnote-8)

Четвертое требование связано с адресностью оферты. Иначе говоря, из нее должно быть ясно, к кому именно она обращена.

Поэтому реклама и иные предложения, адресованные неопределенному кругу лиц, рассматриваются как приглашение делать оферту, если иное прямо не указано в предложении (п. 1 ст. 437 ГК).

При публичной оферте (п. 2 ст. 437 ГК) определенность во взаимоотношениях сторон зависит от характера предложения, а значит, снять неопределенность должен тот, кто обращается с предложением.

В новейшей литературе даже после принятия нового ГК высказываются взгляды в пользу «конкретного адресата оферты», следовательно, смысл публичной оферты усматривается в том, что это предложение заключить договор обращено не к неопределенному кругу лиц, а к любому и каждому. Поэтому первый, кто отзовется на публичную оферту, акцептует ее и тем самым снимает предложение (такси, стоящее на стоянке с включенным зеленым огоньком; автоматы по продаже прохладительных напитков и т.д.).

Но с этим согласиться трудно. Одна из них, действительно, предполагает однократность оферты и, следовательно, поглощение ее заключенным договором. Это происходит на примере со стоящей одиноко автомашиной такси. Но гораздо большее значение имеют случаи множественности адресатов публичной оферты. Об этом свидетельствует другой пример: покупка лицом товаров в магазине не прекращает действия публичной оферты. Она сохраняет свою силу в полном объеме, кроме случаев, когда приобретен «последний товар». Это удачно проиллюстрировал О.С. Иоффе, выделив случай с «последним такси» и с «последним товаром в магазине».[[9]](#footnote-9)

Последствием оферты служит связанность оферента. Это означает, что если конкретный адресат оферты отзовется и в той или иной форме выразит согласие заключить договор на указанных в оферте условиях, договор будет признан заключенным.

Позиция ГК совпадает с позицией Венской конвенции о договорах международной купли-продажи товаров, которая (ст. 16) признает способной породить связанность наряду с офертой, содержащей срок ее действия, и такую оферту, в которой хотя и отсутствует срок, но содержится прямое указание на соответствующее намерение оферента или которая иным образом дает понять о безотзывности оферты.

Связанность оферента начинается не с момента направления оферты, а только с того времени, когда адресат ее получит (п. 2 ст. 435 ГК). Поэтому до этого момента сам оферент может отказаться от оферты. Он может это сделать, если извещение поступило не только ранее, но и одновременно с самой офертой. Об этом же говорит ст. 17 Венской конвенции (оферта утрачивает силу в этом случае, даже когда она является безотзывной).

Следующей стадией является акцепт, которым признается согласие лица, которому адресована оферта, принять это предложение, причем не любое согласие, а лишь такое, которое является полным и безоговорочным (п. 1 ст. 438 ГК). И поэтому ответ на иных условиях, чем предложено в оферте, не является акцептом, это встречная оферта (ст. 443 ГК).

Правила ст. 438 ГК об акцепте даны в общей форме и относятся как к письменному, так и к устному акцепту. Особые правила предусматриваются п. п. 2, 3 ст. 438 ГК для молчаливого акцепта и акцепта посредством конклюдентных действий соответственно.

Гражданский Кодекс придает молчанию разный смысл, то есть в одних случаях это означает «да», а в других – «нет».

Конструкция «молчание – да» применяется наиболее широко. Так, молчание арендатора и арендодателя в течение определенного срока рассматривается как согласие на продление арендного договора (п. 3 ст. 610 ГК); неполучение в разумный срок ответа на извещение комиссионером комитента о необходимости отступить от его указаний означает согласие на такое отступление (п. 1 ст. 995 ГК); отчет агента считается принятым, если в течение 30 дней принципал не пришлет возражений (п. 3 ст. 1008 ГК).

По модели «молчание – нет» построен п. 1 ст. 556 ГК: уклонение стороны от подписания документа о передаче проданной недвижимости независимо от того, исходило ли оно от продавца или покупателя, рассматривается как их отказ от принятия оферты и соответственно от принятия имущества.

Молчание следует отличать от бездействия. Последнее может рассматриваться исключительно как отсутствие воли адресата.

В п. 3 ст. 438 ГК к правилу п. 2 ст. 158 ГК признается возможным совершение акцепта в форме конклюдентных действий, причем в данном случае сфера их применения расширена по сравнению с п. 2 ст. 158 ГК, которым конклюдентные действия допускаются только для сделок, совершаемых устно.

Согласно п. 58 Постановления Пленумов ВС и ВАС РФ №6/18 для признания соответствующих действий акцептом не требуется выполнять условия оферты в полном объеме. Для квалификации указанных действий в качестве акцепта достаточно, чтобы лицо, получившее оферту (в том числе проект договора), приступило к ее исполнению на условиях, указанных в оферте и в установленный для ее акцепта срок. Таким действием может быть, например, отгрузка части заказанной продукции.

Применение п. 3 ст. 438 ГК ставит перед сторонами, другими участниками гражданского оборота, а также перед судом вопрос о моменте, при котором в подобной ситуации договор должен считаться заключенным. Необходимо исходить из общих принципов о моменте заключения договора, то есть договор считается заключенным, когда оферент узнал о совершении ответчиком (акцептантом) соответствующих действий.

Но для заключения договора необходимо также согласование существенных условий (п. 1 ст. 432 ГК). Эти условия, по общему правилу, не являются многочисленными и подразделяются в п. 1 ст. 432 ГК на три группы.

Во-первых, это условия, названные в законе или иных правовых актах как существенные (для всех договоров это есть условие о предмете).

Отдельные законы дают необычайно обширный перечень договорных условий, называемых существенными. Так, в ст. 10 ФЗ от 24 ноября 1996г. «Об основах туристической деятельности в РФ» перечислены 11 групп таких условий для туристического договора.

Во-вторых, условия, названные в законе или иных правовых актах как необходимые для договоров данного вида. Круг таких условий обычно вытекает из природы договора, определения в законе его предмета и основных обязанностей сторон. Существенным условием договора перевозки груза и пассажиров является пункт назначения (ст. 785, 786 ГК), подряда – задание заказчика (ст. 702 ГК), договор продажи предприятия должен содержать в качестве обязательных предложения, характеризующие продаваемое предприятие (п. 1 ст. 560, п. 2 ст. 561 ГК).

В-третьих, условия, относительно которых по заявлению одной из сторон должно быть достигнуто соглашение. Такие существенные условия зависят от вида договора, намерений одного из участников.

Для заключения некоторых договоров помимо достижения согласия о существенных условиях необходимо наличие определенных производственно-технических предпосылок. Так, договор энергоснабжения заключается с абонентом при наличии у него отвечающего техническим требованиям энергопринимающего устройства, а также средства учета потребления энергии (п. 2 ст. 539 ГК).

Однако в сфере гражданского оборота нередко встречаются такие виды договоров, где принцип свободы заключения договора нуждается в некоторых ограничениях.

Одним из таких договоров является договор присоединения. Сущность его состоит в том, что содержание договора определено одной стороной, а вторая зачастую не только не в состоянии обсуждать договорные условия, но и не имеет выбора – присоединиться или нет к такого рода договору (ст. 428 ГК). Такие договоры неизбежны в тех сферах хозяйства, где заключается множество однотипных, стандартных договоров.

Американский юрист Кесслер, анализируя роль и характеристики договора присоединения, делает вывод о том, что крупные промышленные и торговые корпорации навязывают свой собственный порядок в сфере потребительского рынка. Классическое договорное право не располагает эффективными средствами защиты экономически слабой стороны. Исключение может составить только судебная практика Германии, которая, используя каучуковые формулировки, в том числе параграф 138 Германского Гражданского Уложения, объявляющий недействительными сделки, наносящие ущерб моральным устоям общества, признает недействительными договоры с использованием монопольного положения или экономического могущества одной из сторон.

В договорах присоединения несправедливость отношений проявляется так отчетливо, что государство вносит срочные коррективы в действующее законодательство и этим пытается ограничить свободу монополий в определении содержания стандартных договоров. Практически во всех западных странах такие изменения существуют. Так, Закон Швеции, запрещающий недобросовестные договоры, действует с 1971г. В Англии такого рода нормы включены в Закон о справедливой торговле 1973г. и в Закон о несправедливых договорных условиях 1977г. В США в 1975 году был принят федеральный закон о простых договорных условиях (Закон Магнусона–Мосса). Указанные акты закрепили в интересах потребителей определенный минимум договорных гарантий.

В российском ГК договор присоединения регулируется ст. 428. Однако наличие такой статьи в практике договоров присоединения мало что изменило. Компании-монополии нередко навязывают свои условия покупателям и потребителям их продукции или товаров (городской транспорт, коммунальное, тепловое хозяйство и водоснабжение и т.д.).

Но кроме законодательного регулирования содержания стандартных договоров необходимо создавать какие-то специальные органы или возлагать эти функции на существующие: суды (Германия, Бельгия, Ирландия) или на различные органы государственного управления, в том числе на министерства (Франция, Канада) и специальные органы, созданные для охраны интересов сторон.

Российский законодатель должен подходить к решению этой проблемы со стороны мирового опыта, опыта тех стран, которым удается решать проблему стандартных договоров наилучшим образом.

Глава 2. Заключение договора в обязательном порядке.

В соответствии с принципом свободы договора, закрепленным в части первой Кодекса (ст. 1 и 421 ГК), нормы его части второй об отдельных видах договоров исключают сколько-либо широкое применение юридического понуждения сторон к вступлению в договорные отношения. Понуждение к заключению договора, согласно новым нормам, возможно лишь в случаях, когда в силу прямых указаний Кодекса или иного Федерального закона установление договорных отношений является обязательным для одной из сторон.

Как уже отмечалось, в нашей стране в течение длительного времени ситуация в гражданском обороте была прямо противоположна той, которая закреплена в новом ГК: общим правилом служило обязательное заключение договоров, а то, что укладывается в рамки свободы договоров, составляло лишь исключение.

Статья 445 ГК относится к числу тех, которые, не определяя сферы своего действия, ограничилась ссылкой на соответствующие, изданные на этот счет нормы.

Исключения из правил о договорной свободе, допускающие возможность требовать заключения договора в обязательном порядке, в самом ГК связаны, главным образом, со специальными конструкциями предварительных и публичных договоров. Одно из различий между этими двумя конструкциями состоит в том, что в первом случае использовать право требовать понуждения к заключению договора может, в принципе, любая сторона. А во втором – лишь одна из них – контрагент коммерческой организации, который удовлетворяет предусмотренным в ст. 426 ГК признакам.

Исключение из принципа договорной свободы, о которой идет речь, выражается обычно в том, что ГК или иной закон включает общую норму, которая сама же предоставляет соответствующей стороне в договоре право требовать его заключения. Вместе с тем имеют место случаи, когда в нормативном порядке допускается лишь возможность введения порядка обязательного заключения договоров. В частности, имеется в виду п. 7 ст. 3 Закона от 13 декабря 1994г. «О поставках продукции для федеральных государственных нужд». Им предусмотрено право Правительства РФ в необходимых случаях вводить режим обязательного заключения государственных контрактов на поставку продукции для федеральных государственных нужд, распространив этот режим на федеральные казенные предприятия.

Заключение договора в обязательном порядке подчиняется общим правилам заключения договора, но при этом имеет определенные особенности в порядке и сроках.

Ст. 445 ГК установила несколько вариантов заключения договора в обязательном порядке. При первом варианте оферентом выступает покупатель (заказчик, арендатор), при втором – обязанная сторона.[[10]](#footnote-10)

Ни один из этих вариантов не предусматривает срок направления оферты (проекта договора). Судебно-арбитражная практика исходит из отсутствия оснований для понуждения обязанной стороны к заключению договора, если вторая сторона предварительно не обращалась к ней с предложением заключить договор.[[11]](#footnote-11)

Как правило, оферта должна исходить от потребителя товаров, работ, услуг (покупателя, заказчика). Она может быть направлена в виде проекта договора – одного документа, подписываемого сторонами, или иного письменного документа посредством почтовой, телеграфной, телефонной, электронной или иной связи. Вторая сторона (обязанная) должна возвратить подписанный проект договора (акцептовать оферту) либо известить контрагента об отказе от акцепта или о принятии оферты на иных условиях.

При втором варианте проект договора, подписанного сторо­нами (оферту в ином виде), направляет обязанная сторона. Вто­рая сторона вправе в течение 30 дней: а)возвратить подписан­ный проект договора (извещение о принятии оферты) без возра­жений; б)возвратить договор с протоколом разногласий; в)уведомить оферента об отказе от заключения договора. Вторая сторона вправе, но не обязана заключить договор.

При принятии предложения договор считается заключенным в момент получения оферентом извещения об акцепте.

При отказе стороны, обязанной заключить договор, от его заключения или при уклонении от заключения (невозвращение подписанного проекта в установленный 30-дневный срок, неизвещение о принятии договора в редакции стороны, направившей его проект, ненаправление проекта договора при получении предложения другой стороны выслать проект договора) контрагент обязанной стороны вправе обратиться в суд с иском о понуждении заключить договор.

Обязанной стороне право на предъявление такого иска не предоставлено (п. 2 Обзора ВАС РФ практики разрешения споров, связанных с заключением, изменением и расторжением договоров, направленным информационным письмом от 5 мая 1997, №14).

Неосновательный отказ или уклонение от заключения договора обязанной стороны может повлечь для нее ряд неблагоприятных последствий, в том числе: а)возмещение убытков, причиненных необоснованным отказом или уклонением от заключения договора; б)понуждение заключить договор; в)уплату штрафа в предусмотренных законом случаях (п. п. 1 и 11 ст. 16 ФЗ «О государственном материальном резерве», п. 2 ст. 5 Закона о поставках).

§1. Условия понуждения к заключению договора.

Для того, чтобы сторона, для которой заключение договора не является обязательным, могла понудить другую сторону, для которой такое заключение обязательно, должны сложиться определенные условия. Это те условия, которые складываются во время проведения торгов, вытекают из предварительного договора и другие условия.

Возможность заключения договора на торгах предусмотрена ст. 447-449 ГК РФ. До недавнего времени основная сфера регулирования торгов находилась за пределами гражданского права. Речь шла, главным образом, о процессуальных нормах, посвященных обращению взыскания на имущество должника.[[12]](#footnote-12)

Указанные статьи восполняют определенный пробел и в процессуальном законодательстве, поскольку предусматривают (п. 6 ст. 447 ГК), что правила о торгах (ст. 448 и ст. 449 ГК) применяются к публичным торгам, проводимым в порядке исполнения решения суда, если иное не предусмотрено процессуальным законодательством.

ГК предусматривает разграничение форм проведения торгов: аукцион и конкурс. В основу разграничения положен способ определения выигравшего (победителя) торги: на аукционе им признается лицо, которое предложило наибольшую цену, а при конкурсе – тот, кто, по заключению конкурсной комиссии, назначенной организатором конкурса, предложил наилучшие условия. По другому признаку – круг возможных участников – различают торги открытые и закрытые: в первых может участвовать любое лицо, а во вторых – только тот, кто для этой цели специально приглашен.

В конкурсе и в аукционе должны участвовать 2 и большее число лиц, иначе они теряют смысл. Поэтому п. 5 ст. 447 ГК устанавливает, что аукцион и конкурс, в которых участвует только

один участник, признаются несостоявшимися. Судебная практика также констатирует фактическое отсутствие торгов при совершении сделки, подлежащей заключению посредством инвестиционных торгов, если в торгах не принимали участие другие, помимо ответчика, покупатели.[[13]](#footnote-13)

Организатором торгов может быть сам собственник вещи или же обладатель имущественного права, а также возможно обращение к услугам специализированной организации. Эта организация действует на основании договора с собственником вещи или обладателем имущественного права.

На организаторов торгов возлагаются определенные обязанности. Если иное не предусмотрено законом, извещение о проведении торгов должно быть сделано организатором не менее чем за 30 дней до их проведения. Извещение должно содержать, во всяком случае, сведения о времени, месте и форме торгов, их предмете и порядке проведения, в том числе об оформлении участия в торгах, определении лица, выигравшего торги, а также сведения о начальной цене.

В случае, если предметом торгов является только право на заключение договора, в извещении о предстоящих торгах должен быть указан предоставляемый для этого срок.

По своей сущности извещение является односторонней сделкой, порождающей определенные последствия. Так, между лицом, получившим извещение о проведении торгов, и организатором устанавливается обязательственное правоотношение, в силу которого лицо, изъявившее желание участвовать в торгах, имеет право требовать от организатора принятия и рассмотрения его предложения.

Но в то же время организатор имеет право отказать заявителю в принятии документов на участие в торгах. Об этом говорится в п. 11 Постановления Правительства РФ «Об утверждении порядка организации проведения торгов (аукционов, конкурсов) по продаже гражданам и юридическим лицам земельных участков, расположенных на территории городских и сельских поселений, или права их аренды» от 5 января 1998г.:

* заявка подана по истечении срока приема заявок, указанного в извещении;
* заявка подана лицом, не уполномоченным действовать от имени заявителя;
* предоставлены не все необходимые документы по перечню, объявленному в извещении, либо предоставлены документы, оформленные ненадлежащим образом.

Этот перечень исчерпывающий.

Вместе с тем, обязательные условия возлагаются и на участников торгов. Они обязаны внести задаток в том размере, сроки и порядке, которые указаны в извещении о проведении торгов. Эта обязанность возлагается на участников с той целью, чтобы отсечь от торгов недобросовестных участников гражданского оборота и тем самым обеспечить выполнение обязательств, возникших в результате проведения торгов.

В силу п. 4 ст. 448 ГК организатор открытых торгов вправе отказаться от проведения аукциона в любое время не позднее чем за 3 дня до наступления даты его проведения, а конкурса – не позднее, чем за 30 дней до его проведения

С торгами связан весьма широкий набор проблем. Сложность их решения возникает уже в связи с установлением правовой природы извещения о предстоящих торгах. Речь идет о необходимости определить, является ли извещение офертой или только приглашением к ней.

Из двух основных требований, предъявляемых к оферте ст. 435 ГК, - ее адресность и содержание – первое, безусловно, налицо и при закрытых, и при открытых торгах.

Остается вопрос о втором требовании – наличии в извещении существенных условий договора. Указание на предмет в извещении, несомненно, имеется. В отношении других условий следует признать, что сама по себе инструкция торгов предполагает необходимость определить при аукционе лишь цену и только при конкурсе – кроме цены и другие условия. При этом заведомо известно, что и то, и другое составляют существенные условия договора, заключенного в результате торгов, и должны содержаться именно в предложении, исходящем именно от участника. Следовательно, извещение по самой своей сущности не может считаться офертой по отношению к договору, который предполагают заключить.

Но все-таки данное извещение представляет собой оферту, из которой возникает обязанность заключить договор с адресатом на проведение торгов, обеспеченную возможностью заявить требование о возмещении убытков.

После проведения торгов лицо, их выигравшее, и их организатор подписывают в день проведения аукциона или конкурса протокол о результатах торгов, имеющий силу договора. Победитель при уклонении от подписания протокола утрачивает внесенный им задаток. Организатор за такие же действия обязан вернуть задаток в двойном размере и возместить выигравшему торги лицу убытки, причиненные участием в торгах в части, превышающей сумму задатка.

Кодекс особо выделяет случаи, когда торги объявляются не на заключение договора, а только на право заключения договора

(например, на право заключить договор аренды земельного участка).[[14]](#footnote-14) В этом случае правовое значение договора меняется: из обычного, основного договора он превращается во вспомогательный договор. Имеется в виду, что в силу п. 5 ст. 448 ГК договор между сторонами должен быть подписан в срок, предусмотренный в извещении о проведении торгов, а при отсутствии такого указания – в течение двадцати дней.

Следующим условием понуждения к заключению договора является именно предварительный договор.

Из истории Гражданских Кодексов видно, что ГК 1922г. не содержал общих норм о предварительных договорах. Однако в нем были 2 специальные нормы. Одна из них посвящалась заключению в будущем договора купли-продажи (запроданная запись), а другая – заключению договора займа.

ГК 1964г. не упоминал вообще предварительных договоров, в том числе и применительно к указанным двум договорам, которые были внесены в Кодекс 1922г.

Пробел ГК 1964г. был восполнен ст. 10 Основ гражданского законодательства 1991г. В ней определялся порядок заключения, обязательные требования к форме и содержанию предварительного договора, а также к последствиям нарушения, включая возможность заявления требования о понуждении заключить договор.

Ныне действующий Гражданский Кодекс в ст. 429 усматривает смысл предварительного договора в принятии обязанности заключить договор в будущем («основной договор»). Содержащееся в ГК указание на то, что речь идет о заключении договора о передаче имущества, выполнении работ или оказании услуг, без каких-либо оговорок подтверждает: практически предварительный договор может предшествовать заключению основного договора любого типа (вида).

Наиболее характерным является в этом смысле договор займа, как и любой другой реальный договор. Благодаря тому, что такого рода договоры для своего возникновения предполагают соглашение плюс передачу вещи, использование предварительного договора имеет целью, разделив стадию заключения договора на две, придать самостоятельное значение самому соглашению.

Похожая ситуация и с договором купли-продажи недвижимости, так как этот договор всегда требовал и требует государственную регистрацию, а значит, предоставления в момент его заключения правоустанавливающих документов. В результате создавалась ситуация, когда договор не мог быть заключен до того, как продавец приобретал на составляющую его предмет недвижимость право, надлежащим образом оформленное.

Некоторые трудности вызывает объяснение необходимости прибегать к конструкции предварительного договора для договоров консенсуальных. Ведь для консенсуального договора уже достаточно соглашения и это соглашение достаточно для признания договора заключенным.

Поэтому, на мой взгляд, предварительный договор должен предшествовать заключению реального основного договора, или такого консенсуального договора, который предполагает неоднократное заключение на его основе сделок.

Как и любой другой договор, предварительный договор должен содержать условия, которые позволяют установить предмет договора, а также иные существенные его условия. Отсутствие хотя бы одного условия парализует договор и лишает возможности обратиться с иском о понуждении контрагента заключить основной договор.

Согласно ст. 432 ГК предварительный договор считается заключенным с момента, когда стороны достигли соглашения по всем существенным условиям. П. 4 ст. 429 ГК говорит о том, что в предварительном договоре должен быть указан срок, в который стороны обязуются заключить основной договор, в противном случае – в течение 1 года с момента заключения предварительного договора. Указанный срок признается соблюденным, если до его истечения стороны заключат основной договор или, по крайней мере, одна из них направит другой предложение заключить такой договор.

Нет никаких препятствий к тому, чтобы стороны заключили основной договор и после указанного срока. И все же срок имеет важное значение, поскольку в его пределах каждая сторона может требовать от другой заключения договора на указанных в предварительном договоре условиях.

Ст. 429 ГК устанавливает еще одно требование к предварительному договору. Оно состоит в том, что такой договор заключается в форме, которая установлена для основного договора. Запасной вариант, в случае отсутствия специальных требований – письменная форма. Нарушение этих требований влечет ничтожность предварительного договора.

В соответствии с п. 2 ст. 425 ГК сторонам предоставляется право распространить условия заключенного договора на отношения, которые возникли до его заключения.

Предварительный договор является одним из условий, на основании которого сторона может понудить другую сторону заключить на его основе основной договор. Но это право стороны могут реализовать только в том случае, если в предварительном договоре будут соблюдены все предъявляемые к нему законом требования.

Еще одним условием понуждения к заключению договора может служить государственный заказ. О государственном заказе в большинстве случаев говорит специальное законодательство.

Так, Закон от 23 ноября 1994г. «О государственном материальном резерве» предусмотрено, что поставщики, которые занимают доминирующее положение на товарном рынке, а также предприятия-монополисты и предприятия, в объеме производства которых государственный оборонный заказ превышает 70%, не вправе отказаться от заключения контрактов (договоров) на поставку материальных ценностей в государственный резерв.

В Законе от 24 ноября 1995г. «О государственном оборонном заказе» предусмотрено, что в случае, если претенденты на участие в конкурсе на размещение оборонного заказа отсутствуют, а также если по результатам проведения указанного конкурса не определен основной исполнитель, оборонный заказ обязателен для принятия государственными унитарными предприятиями, а также иными организациями, занимающими доминирующее положение на товарном рынке или обладающими монополией на производство продукции (работ, услуг) по оборонному заказу при условии, что такой заказ обеспечивает установленный Правительством РФ уровень рентабельности производства этих видов продукции (работ, услуг).

Специальные указания содержатся в ряде принятых на более низком уровне актов. Так, Постановлением Правительства РФ от 3 мая 1994г. «О совершенствовании функционирования и развития системы организации воздушного движения в РФ» установлено, что предприятия, которые осуществляют авиационное обслуживание, как занимающие доминирующее положение в этой области, не вправе отказываться от заключения в установленном порядке государственных контрактов.

Из вышеприведенного видно, что в определенных условиях воля государства является обязательной для будущих контрагентов. Данное обстоятельство не является нарушением принципа свободы заключения договора. На мой взгляд, государственный контракт должен существовать всегда, так как государство обеспечивает интересы не отдельно взятых групп людей, а всего общества в целом. И именно обязательный государственный заказ может обеспечить выполнение данной, возложенной на государство функции. Так как Конституция РФ в ст. 7 говорит о том, что именно государство создает условия, обеспечивающие достойную жизнь и свободное развитие человека.

§2. Порядок реализации права на понуждение к заключению договора.

Сторона может реализовать свое право на понуждение к заключению договора другую сторону только в том случае, если последняя уклоняется от заключения договора или иным образом препятствует его заключению.

В этом случае сторона может обратиться в суд с требованием о понуждении к заключению договора.

В ГК содержатся 2 основания для возбуждения преддоговорных споров: а)уклонение стороны, на которую Кодекс или иной закон возлагает соответствующую обязанность, от заключения договора (п. 4 ст. 445 ГК) и б)передача на рассмотрение арбитража спора относительно договорных условий, по которым у сторон возникли расхождения.

Применительно к первому случаю п. 4 ст. 445 ГК возлагает на сторону, необоснованно уклонившуюся от заключения договора, помимо необходимости заключить договор возместить причиненные контрагенту убытки.

С иском о понуждении заключить договор может обратиться только контрагент обязанной стороны. Аналогичное право обязанной стороне не предоставлено. Об этом говорит ВАС РФ в своем обзоре практики разрешения споров, связанных с заключением, изменением и расторжением договоров от 5 мая 1997г. №14

Обладает правом передать спор на рассмотрение суда также лицо, которому ГК или иные законы предоставили преимущественное право заключить договор на новый срок (ст. 621, 684), на покупку доли в общей собственности, акций (паев) и прочее (ст. 85, 93, 97, 111, 250 ГК).

Возможность передачи в суд спора, возникающего при заключении договора, может быть предусмотрена сторонами в самом договоре. Такое условие в деловом обороте принято называть «арбитражной оговоркой». В ней обычно должен быть указан суд, на разрешение которого стороны договорились передать спор.

Условие, включающее «арбитражную оговорку», имеет сложную правовую природу. Как подчеркнуто в ст. 16 Закона РФ от 17 июля 1993г. «О международном коммерческом арбитраже», арбитражная оговорка должна трактоваться как соглашение сторон, не зависящее от других условий договора. Решение третейского суда о том, что договор ничтожен, не влечет за собой недействительность этой оговорки. При этом арбитражная практика считает, что и прекращение (расторжение) договора не влияет на действительность «арбитражной оговорки».[[15]](#footnote-15)

В п. 1 Обзора практики разрешения споров, связанных с заключением, изменением и расторжением договоров говорится о том, что пропуск 30-тидневного срока, установленного ст. 445 ГК РФ для передачи протокола разногласий на рассмотрение арбитражного суда, не является основанием для отказа в принятии искового заявления.

Ст. 446 ГК устанавливает юридическое значение решения суда. При принятии судом решения о понуждении заключить договор на определенных условиях договор считается заключенным даже при уклонении одной из сторон от выполнения судебного решения. Тем самым в соответствии со ст. 8 ГК решение суда признается юридическим фактом, служащим основанием возникновения гражданских прав и обязанностей.

В решении по спору о понуждении заключить договор арбитражный суд обязан указать условия, на которых стороны

Обязаны заключить договор. Такие требования к содержанию решения означают, что сторона, предъявившая иск, обязана к заявлению о понуждении заключить договор приложить проект договора[[16]](#footnote-16) (ст. 104 АПК РФ).

Если суд принимает решение о понуждении заключить договор на условиях проекта договора, предоставленного обратившейся в суд стороной, он обязан проверить соответствие условий договора ГК, иным законам и правовым актам.

При понуждении заключить договор купли-продажи недвижимости или иной договор, для которого цена является существенным условием, суд обязан указать в своем решении цену продажи.

Заключение.

Свободе заключения договора противостоят случаи обязательного заключения договора.

Свобода заключения договоров могла бы быть абсолютной, если бы все законодательные акты по этому вопросу состояли бы из диспозитивных и факультативных норм. Нетрудно предвидеть, что такой путь неизбежно бы привел к гибели экономики страны и поверг бы в хаос все общество.

Ограничение свободы заключения договора имеет позитивное значение как для контрагентов, так и для всего общества в целом.

Для этого законодательно должны быть перечислены все случаи обязательного заключения договоров, приняты новые нормативные акты, четко регламентирующие условия применения обязательного заключения договора.

При этом важное значение имеет судебное решение по данному вопросу, которое является юридическим фактом, основанием для заключения договора.

Но суды не должны руководствоваться только интересами управомоченной стороны, суд должен также, руководствуясь принципом справедливости, принимать во внимание обстоятельства, которые повлияли на поведение обязанной стороны, и выносить объективное решение.

Из этого видно, что не может быть абсолютной свободы и абсолютной обязанности заключить договор. Поэтому свобода должна быть в определенных рамках, но и обязанность должна иметь свои границы.

Важнейшей задачей законодателя является определение свободы и несвободы участников гражданского оборота в момент заключения договора в целях улучшения качества договорных отношений.

Используемая литература:

1. Конституция РФ
2. Гражданский Кодекс РФ
3. Постановление Правительства РФ от 5 января 1998г. «О порядке организации проведения торгов (аукционов, конкурсов) по продаже гражданам и юридическим лицам земельных участков, расположенных на территории городских и сельских поселений или права их аренды»
4. Конвенция ООН от 11 апреля 1980г. «О договорах международной купли-продажи товаров»
5. ФЗ от 23 ноября 1994г. «О государственном материальном резерве»
6. ФЗ от 24 ноября 1994г. «О государственном оборонном заказе»
7. ФЗ от 13 декабря 1994г. «О государственных поставках продукции для федеральных государственных нужд»
8. Постановление Правительства РФ от 3 мая 1994г. «О совершенствовании функционирования и развития системы организации воздушного движения в РФ»
9. Брагинский М.И. Витрянский В.В. Договорное право. Общие положения. М.: Статут 1999г.
10. Гражданское право. Учебник. Том 1/Под ред. Сергеева А.П., Толстого Ю.К. – М.: Проспект 1999
11. Комментарий к ГК РФ. Часть первая./Отв. Ред. Садиков О.Н. М.: Инфра-М 1998
12. Мейер Д.М. Русское гражданское право М.: Статут 2000
13. Разенков В. Завидов Б. Организация и порядок проведения торгов//Российская юстиция 1996 №10
14. Тельгарин Р. О свободе заключения договора присоединения. Анализ зарубежного и российского законодательства//Российская юстиция 1997 №1
15. Шершеневич Г.Ф. Курс гражданского права. Тула АВТОГРАФ 2001
16. Эннекцерус Л. Курс Германского гражданского права т.1 Полутом 2.

1. Шершеневич Г.Ф. Курс гражданского права. Тула 2001 С.397 [↑](#footnote-ref-1)
2. Рабинович Н.В. Недействительность сделок и ее последствия. Л., 1960 С.6 [↑](#footnote-ref-2)
3. Шахматов В.П. Основные проблемы теории сделок по советскому гражданскому праву. Автореферат кандидатской диссертации. Свердловск, 1951 С.8-9 [↑](#footnote-ref-3)
4. Новицкий И.Б. Сделки. Исковая давность. С.22 [↑](#footnote-ref-4)
5. Агарков М.М. Понятие сделки по советскому гражданскому праву.//Советское гражданское право 1946 №3/4 С.46 [↑](#footnote-ref-5)
6. Брагинский М.И. Витрянский В.В. Договорное право. Общие положения. М., 1999 С.169 [↑](#footnote-ref-6)
7. Брагинский М.И. Витрянский В.В. Договорное право. Общие положения. М., 1997 С.193 [↑](#footnote-ref-7)
8. Эннекцерус Л. Курс Германского гражданского права. Т.1, Полутом 2 С.175 [↑](#footnote-ref-8)
9. Иоффе О.С. Обязательственное право. С.50-51 [↑](#footnote-ref-9)
10. Садиков О.Н. Комментарий к части первой ГК РФ. М., 1998 С. 713 [↑](#footnote-ref-10)
11. Вестник ВАС РФ 1997, №5 С.55-56 [↑](#footnote-ref-11)
12. Брагинский М.И. Витрянский В.В. Договорное право. Общие положения. М. 1997 С.219 [↑](#footnote-ref-12)
13. Бюллетень ВС РФ 1994, №6 С.2 [↑](#footnote-ref-13)
14. Распоряжение мэра г.Москвы от 18.12.1992 №571-РМ//Вестник мэрии Москвы 1993 №4 С.6 [↑](#footnote-ref-14)
15. Розенберг М.Г. Контракт международной купли-продажи. М.: Международный центр экономического развития 1996 С.36-37 [↑](#footnote-ref-15)
16. Садиков О.Н. Комментарий к Гражданскому Кодексу. Часть первая. М.: Инфра-М 1998 С.717 [↑](#footnote-ref-16)