

**Рожкова Марина Александровна**  
профессор кафедры интеллектуальных прав Университета им. О.Е. Кутафина (МГЮА),  
доктор юридических наук

## **Протокол разногласий и некоторые другие проблемы, связанные с заключением договора: предложено ли им решение в действующем Гражданском кодексе?**

Аннотация: Статья посвящена проблематике заключения договора и, в частности вопросам применения протокола разногласий. Анализируя нормы главы 28 Гражданского кодекса Российской Федерации, а также складывающуюся практику их применения, автор стремится развенчать устоявшиеся «советские» мифы, сохраняющиеся в отечественной договорной практике, и предложить решение давно назревшим проблемам. Несмотря на несовершенство отечественного законодательства в обозначенной области вывод статьи оптимистичен: автор считает, что выявленные ею трудности «правопонимания» - явление вполне преодолимое.

Ключевые слова: заключение договора, протокол разногласий, существенные условия

### *Введение*

Происходящая реформа гражданского законодательства никого не оставляет равнодушным: юристы ругают неудачные нормы, восхищаются некоторыми новациями, пытаются уяснить сущность вводимых конструкций, разобраться с новым наполнением привычных понятий и т.п.

Но, как известно, не все главы Гражданского кодекса (ГК) РФ претерпели серьезные изменения — некоторые части Кодекса подверглись лишь небольшим правкам, что получило соответствующее обоснование еще при разработке Концепции развития гражданского законодательства. Так, в п. 2.1.2 и 2.8.1 разд. VII проекта Концепции совершенствования общих положений обязательственного права России<sup>1</sup> содержалось заключение, согласно которому «получившая отражение в российском законодательстве модель заключения гражданско-правового договора не только отражает передовой опыт, но также является хорошо проработанной и сбалансированной правовой конструкцией, обеспечивающей определенность в имущественных отношениях». При этом говорилось о том, что выявленные недостатки не имеют «концептуального свойства, а потому некоторые положения в этой части могли бы подвергнуться незначительной корректировке».

Правильность подобного заключения вызывает серьезные сомнения. Однако справедливости ради необходимо признать, что не столько сами нормы, содержащиеся в главе 28 ГК РФ, сколько практика их толкования и применения создает трудноразрешимые проблемы там, где они не возникли бы, будь законодательные нормы несколько точнее, а правопонимание — менее инертно.

Здесь же надо отметить и то, что положения Кодекса, посвященные заключению договора, по какому-то несчастливому стечению обстоятельств не слишком занимают умы отечественных цивилистов, притом что решение вопроса о том, *заключен ли*

---

<sup>1</sup> URL: <http://kolasc.net.ru/russian/tradeunion/documents/55.pdf> (дата обращения: 18.09.2015).

*сторонами договор* (равно как и является ли он действительным), должно предшествовать рассмотрению *всех дел, касающихся исполнения этого договора*<sup>2</sup>. При таких обстоятельствах сложно переоценить значимость положений, составляющих главу 28 ГК РФ.

Между тем анализ отечественной судебной практики и публикаций свидетельствует о немалом количестве вопросов, связанных с заключением договора, которые возникли практически сразу после введения в действие ГК РФ и на протяжении уже более 20 лет не могут получить внятные ответы ни от законодателя, ни от правоприменителя (в лице высших судебных органов).

Значительное число вопросов возникает у практикующих юристов в отношении *протокола разногласий*, достаточно часто применяющегося в отечественной договорной практике. На сегодняшний день превалирующим стало понимание, имеющее истоком «советское» правоприменение, согласно которому протокол разногласий «становится полноценной частью договора, его условия имеют такую же силу, что и договорные»<sup>3</sup>. Исходя из этого постулата «социалистического реализма» юристами выстраиваются всевозможные псевдоправовые конструкции, не только не основанные на действующем законодательстве, но и откровенно вредящие самим договаривающимся сторонам при защите их прав.

С учетом сказанного в настоящей статье предпринимается попытка решить существующие правоприменительные проблемы и ответить на возникающие вопросы, основываясь на анализе первопричин возникшей ситуации. Именно поэтапное исследование обозначенной проблематики с учетом обновленных норм действующего ГК РФ, думается, позволит предложить решение некоторых проблем.

*Проблема первая: глава 28 ГК РФ не предназначена для регулирования иных способов заключения договора, кроме обмена акцептом и офертой*

Действующим законодательством теперь прямо подтверждено существование самостоятельного этапа, предшествующего заключению договора, — *предварительных переговоров о заключении договора*. Этот этап, представляющий собой предпосылку для заключения договора, но не являющийся частью собственно заключения договора, длительное время не признавался на уровне законодательства, что порождало известные сложности, например при определении последствий недобросовестного поведения

---

<sup>2</sup> Это заключение подтверждено п. 1 Постановления Пленума ВАС РФ от 23.07.2009 № 57 «О некоторых процессуальных вопросах практики рассмотрения дел, связанных с неисполнением либо ненадлежащим исполнением договорных обязательств», в котором указано: «Арбитражный суд, рассматривающий дело о взыскании по договору, оценивает обстоятельства, которые свидетельствуют о его заключенности и действительности, независимо от того, заявлены возражения или встречный иск». Причем в п. 7 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 25.02.2014 № 165 «Обзор судебной практики по спорам, связанным с признанием договоров незаключенными» закреплено следующее правило: «При наличии спора о заключенности договора суд должен оценивать обстоятельства дела в их взаимосвязи в пользу сохранения, а не аннулирования обязательства, а также исходя из презумпции разумности и добросовестности участников гражданских правоотношений, закрепленной статьей 10 ГК РФ».

<sup>3</sup> *Соколова Г.* Протокол разногласий к договору // Делопроизводство и документооборот на предприятии. 2009. Октябрь. URL: <http://delo-press.ru/articles.php?n=4953> (дата обращения: 18.09.2015).

сторон при ведении переговоров о заключении договора. Теперь это упущение исправлено<sup>4</sup>.

На предварительных переговорах потенциальные стороны договора стремятся определить условия будущего договора, выявить их приемлемость и взаимовыгодность, согласовать текст заключаемого договора. В ходе переговоров стороны могут направлять друг другу различного рода уведомления, запросы, информацию, сообщения (письма) о намерениях и проч., к форме и содержанию которых законодательство не предъявляет никаких требований. Более того, в процессе переговоров стороны могут совместно подписывать документы, которые содержат лишь информацию об условиях намечаемого договора (например, соглашение о намерении), что не может признаваться заключением договора по смыслу комментируемой статьи и по общему правилу не влечет для сторон никаких правовых последствий.

Вместе с тем сами переговоры не создают обязательственное отношение между сторонами, так как юридическим фактом, порождающим такие отношения, признается собственно **совершение сделки** (заключение договора). Однако это не означает, что сама стадия предварительных переговоров, равно как и документы, подготовленные в это время сторонами (в том числе совместно), вовсе лишены юридического значения. Напротив, учитывая, что толкование договора предполагает оценку не только содержания договора, но и, в частности, предшествующих договору переговоров сторон и их переписки (см. ст. 431 ГК РФ), эти документы могут раскрыть действительную общую волю сторон. Но надо учитывать, как подчеркивал М.И. Брагинский, что «и переговоры, и переписка имеют лишь доказательственное, а не правообразующее значение»<sup>5</sup>.

С учетом сказанного для правильного применения положений главы 28 ГК РФ необходимо четкое понимание того, о каком аспекте понятия «договор» идет речь: о договоре как юридическом факте (*договор-сделка*), договоре как обязательственном отношении (*договор-правоотношение*) или договоре с точки зрения его формы (*договор-документ*).

Поскольку договор-сделка представляет собой юридический факт, для его совершения необходимо наличие всех тех предпосылок, которые позволяют сделать вывод о *действительности совершаемой сделки* (например, дееспособность сторон и соответствие сделки соответствующим нормам — см. ст. 168–179 ГК РФ).

Договор-документ представляет собой текст договора, включающий ряд пунктов, в которых отражены условия договора, о которых стороны договорились<sup>6</sup>. Причем следует иметь в виду, что договор-документ обычно содержит не все согласованные сторонами условия — некоторые из условий предопределяются, например, императивными нормами (которые не могут быть изменены договаривающимися сторонами),

---

<sup>4</sup> См. новую ст. 434.1 ГК РФ.

<sup>5</sup> Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право: Общие положения. М., 1998. С. 156 (автор главы — М.И. Брагинский).

<sup>6</sup> Как подчеркивает В.В. Витрянский, содержание правоотношения «отнодь не исчерпывается пунктами, имеющимися в тексте договора». См.: Научно-практический комментарий к части первой Гражданского кодекса Российской Федерации для предпринимателей. М., 1999. С. 561 (автор комментария — В.В. Витрянский).

диспозитивными нормами (от которых стороны решили не отступать) либо сложившимися обычаями.

Правовое регулирование, содержащееся в главе 28 ГК РФ, позволяет определиться с вопросом о возникновении между сторонами договора-правоотношения. Иными словами, вывод относительно того, имеет ли место заключение сторонами договора, по своей сути равнозначен выводу о том, *возникло между этими сторонами договорное правоотношение или нет.*

К сожалению, глава 28 ГК РФ изначально предназначалась для регулирования только такого способа заключения договора, как акцептование оферты. Вследствие этого в п. 2 ст. 432 ГК РФ прямо указывается на **единственную** возможность заключить договор — путем обмена офертой и акцептом.

Между тем указанным случаем, бесспорно, все возможные способы заключения договора не исчерпываются<sup>7</sup> — существуют и иные, в частности нижеперечисленные, способы.

Во-первых, нередко договор является результатом эффективного проведения упомянутых предварительных переговоров: когда эти переговоры заканчиваются *составлением и подписанием единого документа*, содержащего согласованные сторонами условия. В такой ситуации невозможно определить, в какой момент завершается предварительная (переговорная) часть и начинается собственно заключение договора — формируется оферта и выражается акцепт. Таким образом, подписание сторонами единого документа по результатам переговоров исключает применение к этой ситуации положений главы 28 ГК РФ об оферте и акцепте. В то же время нельзя забывать, что подписание сторонами единого документа может стать результатом акцептования оферты: это тот случай, когда оферта представляет собой составленный одной стороной проект договора, а акцепт — подписание этого договора другой стороной.

Во-вторых, *договоры в устной форме*, как известно, заключаются посредством словесно выраженного предложения о заключении договора и принятия предложения. Например, договор купли-продажи на ярмарке заключается в устной форме: увидев подходящий товар, покупатель делает предложение о продаже (оферту), а продавец принимает это предложение (акцепт). Вместе с тем устное заключение договора требует, как правило,

---

<sup>7</sup> В связи со сказанным представляется весьма удачной формулировка ст. 2.1.1 Принципов международных коммерческих договоров УНИДРУА — статьи, посвященной способам заключения договоров и предусматривающей: «Договор может быть заключен путем акцепта оферты либо в результате поведения сторон, достаточно свидетельствующих о соглашении». При этом в комментариях подчеркивается, что понятия оферты и акцепта традиционно используются для определения, было ли достигнуто соглашение, и если да, то в какой момент. Вместе с тем отмечается, что в коммерческой практике договоры могут заключаться после продолжительных переговоров без возможности установления последовательности оферты и акцепта, и в этом случае решение вопроса о том, есть ли достаточное подтверждение намерения сторон быть связанными договором, решается на основании толкования поведения сторон. Кроме того, комментарий к названной статье Принципов УНИДРУА предусматривает следующее: «Формулировка настоящей статьи достаточно широка для того, чтобы охватить случаи так называемого автоматического заключения договора, т.е. случая, когда стороны соглашаются использовать какую-то систему, предназначенную для приведения в действие автоматических электронных операций, имеющих своим результатом заключение договора без вмешательства физического лица» (Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2004. М., 2006. С. 39).

немедленного реагирования, что в большинстве случаев исключает необходимость выделения стадии оферты и акцепта и, соответственно, лишает правового значения выделение этих стадий.

В-третьих, в условиях широкого распространения (и теперь признания на законодательном уровне — см. ст. 429.1 ГК РФ) так называемых *рамочных договоров и соглашений* (именуемых нередко организационными договорами) вызывает серьезные сомнения необходимость и возможность выделения стадий оферты и акцепта при заключении таких договоров. Названные соглашения с открытыми условиями, нацеленные на создание между сторонами длительных хозяйственных связей без установления обязательств, могут предусматривать возникновение договорного обязательства в силу, например, совершения одной из сторон определенных действий, которые, собственно, и порождают договорное отношение между сторонами. Иными словами, рамочное соглашение не является полноценным договором и само по себе не порождает обязательства, но создает базу для последующего заключения сторонами конкретных соглашений, в которых будут определены сроки исполнения, объем и этапы исполнения и т.п.<sup>8</sup> Следовательно, заключение подобных договоров также не подпадает под регулирование норм, определяющих порядок обмена офертой и акцептом.

В-четвертых, вообще значение выделения стадий оферты и акцепта серьезно снижается в условиях заметного расширения практики заключения договоров *на стандартных условиях*, под которыми понимаются предварительно сформулированные условия договора, предназначенные для многократного использования<sup>9</sup>. Особенность стандартных (общих) условий в том, что они определяются одной стороной договора и *не являются результатом предварительных переговоров сторон*. В отечественном праве подобный договору на стандартных условиях договор присоединения регулируется ст. 428 ГК РФ, но регулирование, содержащееся в названной статье, не является достаточным для решения многих вопросов, возникающих при заключении договора на стандартных условиях. Важно заметить, что в зарубежных странах на стандартных (общих) условиях в различных отраслях заключается от 50 до 100% всех договоров<sup>10</sup>, однако упомянутая категория договоров, столь распространенная в зарубежном законодательстве, не нашла отражения ни в действующем ГК, ни в проекте Концепции совершенствования общих положений обязательственного права России<sup>11</sup>.

В литературе предлагается выделять и иные способы заключения договора, с обоснованностью выделения которых в качестве самостоятельных можно поспорить<sup>12</sup>. Тем не менее, не вдаваясь в дискуссию по поводу разнообразия возможностей сторон в этой сфере, можно сделать следующий значимый для нашей работы вывод. Заключение договора, приводящее к возникновению между сторонами договора-правоотношения, может осуществляться в виде:

---

<sup>8</sup> См.: п. 9 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 25.02.2014 № 165.

<sup>9</sup> Об этом см.: *Клочков А.А.* Стандартные (общие) условия договоров в коммерческом обороте: правовое регулирование в России и зарубежных странах: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2000. С. 57.

<sup>10</sup> Там же. С. 5.

<sup>11</sup> Об этом см., напр.: *Пьянкова А.Ф.* Свобода договора, заключенного на стандартных условиях // *Свобода договора*. сб. ст. / отв. ред. М.А. Рожкова. М., 2016.

<sup>12</sup> См., напр.: *Практика применения Гражданского кодекса РФ части первой* / под общ. ред. В.А. Белова. М., 2008. С. 1109–1110 (автор главы — Ю.А. Тарасенко).

— **полноценной процедуры**, предусматривающей, в частности, обмен офертой и акцептом;

— **единичных действий сторон договора**, как, например, подписание обеими сторонами одного договора-документа (когда предшествующая переговорная часть, как указывалось выше, не относится к собственно заключению договора), либо выражение согласия со стандартными условиями (вообще не являющимися результатом переговорного процесса), либо совершение конкретизирующей сделки или иного действия в условиях связывающего стороны рамочного договора.

Вместе с тем положения главы 28 ГК РФ, рассчитанные на регулирование, по сути, только одного из способов заключения договора (процедуры акцептования оферты), не дают прямых ответов на вопросы, возникающие в связи заключением договора в ином порядке. Это, бесспорно, привносит массу проблем в отечественную договорную практику.

Например, сложности нередко вызывает решение вопроса о моменте заключения договора (и возникновении между сторонами договора-правоотношения), поскольку в ст. 433 ГК РФ прямо этот вопрос урегулирован только в отношении договоров, заключаемых посредством обмена офертой и акцептом. Анализ положений ГК РФ позволяет сделать вывод о том, что договор признается заключенным:

— для договоров, заключаемых *посредством оферты и акцепта*, — в момент получения оферентом акцепта на его предложение (п. 1 ст. 433 ГК РФ);

— для договоров, в отношении которых требуется *передача имущества*, — с момента получения соответствующего имущества приобретателем (п. 2 ст. 433 ГК РФ). То есть в отличие от *консенсуального* договора, для заключения которого достаточно получения оферентом акцепта, в случаях заключения *реального* договора, для которого необходима передача имущества, моментом заключения такого договора будет получение не акцепта оферентом, а имущества — приобретателем;

— при наличии между сторонами *рамочных договоров и соглашений* — в момент совершения сделки или иного предусмотренного таким договором или соглашением действия, порождающего возникновение между сторонами конкретного договора-правоотношения (ст. 429.1 ГК РФ);

— для договоров, в отношении которых *законом требуется соблюдение специальных условий*, — с момента исполнения специального условия. Так, договор розничной купли-продажи по общему правилу считается заключенным с момента выдачи продавцом покупателю кассового или товарного чека или иного документа, подтверждающего оплату товара (ст. 493 ГК РФ); договор энергоснабжения для бытовых нужд, когда абонентом выступает гражданин, считается заключенным с момента первого фактического подключения абонента к присоединенной сети (п. 1 ст. 540 ГК РФ); договор страхования вступает в силу с момента уплаты страховой премии или первого взноса (п. 1 ст. 957 ГК РФ); договор, заключаемый по результатам торгов, считается заключенным с момента подписания протокола о результатах торгов, имеющего силу договора (п. 6 ст. 448 ГК РФ);

— для договора, условия которого *определены решением суда*, — с момента вступления решения в законную силу (см. Постановление Президиума ВАС РФ от 13.10.2011 № 4408/11). Законодательным подтверждением данной позиции является признание моментом заключения договора, *обязательного для одной из сторон* при уклонении этой стороны от такого заключения, даты вступления в законную силу решения суда по иску о понуждении заключить такой договор (п. 4 ст. 445 ГК РФ);

— для договоров, в отношении которых *согласована сторонами или предусмотрена законом определенная форма*, — в момент придания ему установленной формы (ст. 434 ГК РФ). Так, для договоров, заключаемых *в форме единого документа*, моментом заключения будет момент подписания единого документа-договора обеими сторонами (заключение договора в форме единого документа может иметь место, в частности, в случаях успешно проведенных предварительных переговоров, заключения договора на стандартных условиях и т.д.). Если законом или соглашением сторон предусмотрена *нотариальная форма договора*, моментом заключения такого договора будет момент удостоверения его нотариусом.

В отношении названного случая подписания договора *в форме единого документа* получил широкое распространение подход, согласно которому дата, указанная на первой странице договора-документа (обычно сразу под его названием), признается датой составления и подписания договора, т.е. *датой заключения договора*, вследствие чего как раз с ней связывается момент возникновения между сторонами договора-правоотношения.

Однако на практике нередки случаи, когда договор-документ подписывается сторонами не в обозначенную дату и не одновременно, а в различное время, причем каждый из контрагентов проставляет на договоре дату фактического подписания им договора — обычно на последней странице договора-документа, рядом с подписью. С учетом пробега почты (иногда значительного) это порождает проблему определения момента заключения договора и возникновения связывающего стороны договора-правоотношения.

В зависимости от того, составлен договор по результатам успешных переговоров сторон или проект договора направлялся другой стороне в качестве оферты, момент заключения договора определяется по-разному.

А. Если проект договора стал результатом эффективных переговоров, причем стороны договорились придать ему *форму единого документа*, то момент заключения такого договора определяется следующим образом.

Исходя из системного толкования ст. 432 и 434 ГК РФ в случае подписания сторонами договора-документа позднее даты, указанной на первой странице (в шапке) договора-документа, последняя утрачивает всякое юридическое значение и в таком случае представляет собой лишь техническую дату составления проекта договора. Моментом заключения договора будет *дата фактического подписания сторонами договора-документа* (указанная контрагентами на последней странице документа) — именно с этого момента стороны связывает договор-правоотношение.

Если контрагенты подписали договор-документ не в один, а в разные дни, датой заключения договора должна признаваться *самая поздняя дата подписания* — именно с этого момента между сторонами возникает договор-правоотношение. Таким образом, в подобных случаях не имеют юридического значения ни техническая дата составления проекта договора, указанная на его первой странице, ни более ранняя дата подписания договора одним из контрагентов (указанная на последней странице). Момент заключения договора определяет *последняя по времени дата подписания договора контрагентом*.

Если стороны находятся на значительном расстоянии друг от друга, то риски задержек в *пересылке* подписанных экземпляров ложатся на самих контрагентов. Это повышает значимость факта подписания договора, который стороны договорились оформить единым договором-документом, одновременно в один день.

В. Если имело место использование такого *способа заключения договора, как акцептование оферты*, причем в качестве оферты направлялся проект договора<sup>13</sup>, то здесь, как и указывалось выше, моментом заключения договора признается *получение* оферентом акцепта на его предложение (п. 1 ст. 433 ГК РФ). Собственно, в отношении этих случаев верна позиция А.Г. Карапетова: «Было бы очень странно, если бы договор считался заключенным по дате в шапке (которая на практике означает не что иное, как дату составления проекта) или по дате подписи акцептанта на акцепте. В таком случае у акцептанта не было бы никакого смысла возвращать акцепт. Оферент оказывался бы в диком положении. Договор вроде бы заключен и ему надо его исполнять, но он не может быть в этом уверен, пока не получит экземпляр. При этом акцептанта может вовсе его не вернуть или вернуть через годы и затем предъявить иск из длительной просрочки. Эти соображения заставили все европейские правовые порядки (Англия и США не в счет — у них по общему правилу договор заключен, когда акцептанта сдал акцепт на почту, т.н. *mailing rule*) достаточно давно принять нормы, аналогичные нашим нормам п. 1 ст. 433 ГК (договор заключен в момент возврата оференту акцепта) и п. 1 ст. 441 ГК (акцепт должен вернуться в разумный срок, если конкретный срок на акцепт в оферте не прописан)»<sup>14</sup>.

*Проблема вторая: в законе нечетко и неполно определено, что следует понимать под существенными условиями договора*

По смыслу ст. 432 ГК РФ для признания договора заключенным должны быть соблюдены два основных требования: (1) *сторонами было достигнуто соглашение по всем существенным условиям договора* и (2) *форма договора соответствует предъявляемым требованиям*. То есть только при выполнении этих требований допустимо говорить о возникновении между сторонами договорного обязательства (договора-правоотношения).

---

<sup>13</sup> А.Г. Карапетов подчеркивает, что только подписанный проект договора может рассматриваться в качестве оферты, тогда как неподписанный представляет собой лишь предложение делать оферту (*Карапетов А.Г. Момент заключения договора при обмене экземплярами: можно ли примирить ГК и практику договорной работы?* URL: [http://zakon.ru/blog/2015/02/10/moment\\_zaklyucheniya\\_dogovora\\_pri\\_obmene\\_ekzempljarami\\_mozhno\\_li\\_pri\\_mirit\\_gk\\_i\\_praktiku\\_dogovornoj\\_r](http://zakon.ru/blog/2015/02/10/moment_zaklyucheniya_dogovora_pri_obmene_ekzempljarami_mozhno_li_pri_mirit_gk_i_praktiku_dogovornoj_r) (дата обращения: 18.09.2015)).

<sup>14</sup> Там же.



Под упоминаемыми в абз. 2 п. 1 ст. 432 ГК РФ *существенными условиями* следует понимать такие условия договора, согласование которых необходимо и достаточно для возникновения между сторонами договора-правоотношения. Эти условия можно разделить на три основные группы.

Первую группу составляют условия, которые являются существенными вследствие *нормативных предписаний*. К этой группе существенных условий, которые составляют видообразующие признаки для соответствующего договорного обязательства, почему и включаются законодателем в определение того или иного договора, традиционно относят:

1) условие о *предмете договора* — действиях (или бездействии), которые должна совершить обязанная сторона (или от совершения которых она должна воздержаться). Так, предметом договора подряда являются действия подрядчика по выполнению определенной работы по заданию заказчика и действия заказчика по принятию и оплате результата работ (ст. 702 ГК РФ).

Вместе с тем специального упоминания заслуживают и условия, входящие в состав условий о предмете договора и определяющие непосредственный *объект договора* — всякое имущество (в том числе имущественные права), пригодное к обороту<sup>15</sup>. Так, существенным условием договора купли-продажи является не только сам предмет договора (действия продавца по передаче недвижимого имущества в собственность покупателя и действия покупателя по его принятию и уплате соответствующей цены), но и подлежащий передаче объект недвижимости. В случае отсутствия данных, позволяющих определенно установить передаваемый объект, предмет договора считается несогласованным, а договор — незаключенным (ст. 554 ГК РФ). При этом надо признать, что ст. 554 ГК РФ не содержит требования об обязательном указании в договоре всех иных характеристик недвижимого имущества, в частности кадастрового номера объекта, года постройки и проч.

Аналогичным образом предметом договора доверительного управления являются действия учредителя по передаче доверительному управляющему имущества в доверительное управление и действия управляющего по управлению этим имуществом в интересах учредителя или иного выгодоприобретателя (п. 1 ст. 1012 ГК РФ); объектом — само передаваемое имущество, условие о составе которого становится существенным условием договора (п. 1 ст. 1016 ГК РФ)<sup>16</sup>;

2) условия, в отношении которых есть специальное указание *в законах или иных правовых актах* о том, что они являются *существенными или необходимыми (обязательными)* для

---

<sup>15</sup> См.: комментарий к ст. 128–129 ГК РФ в кн.: Гражданский кодекс Российской Федерации. Постатейный комментарий к главам 6–12 / под ред. Л.В. Санниковой. М., 2014. С. 11–29 (автор комментария — М.А. Рожкова).

<sup>16</sup> Определенности требует, в частности, и объект договора уступки права на страховую выплату: в п. 23 Постановления Пленума ВС РФ от 29.01.2015 № 2 указано, что такой договор считается заключенным, если возможно установить, в отношении какого права (из какого договора) произведена уступка (причем отсутствие в договоре указания точного размера уступаемого права требования не является основанием для признания договора незаключенным). Схожая позиция ранее высказывалась ВАС РФ (см. п. 12 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 30.10.2007 № 120 «Обзор практики применения арбитражными судами положений главы 24 Гражданского кодекса РФ»).

*договоров данного вида.* Эти существенные условия, как правило, обусловлены спецификой природы самого договора, его предмета и основных обязанностей сторон. Так, существенным условием договора перевозки груза и пассажира является пункт назначения (ст. 785, 786 ГК РФ), подряда — задание заказчика (ст. 702 ГК РФ), договора доверительного управления — срок действия (п. 1 ст. 1016 ГК РФ).

В то же время нельзя не замечать, что некоторые законодательные акты содержат чрезмерно обширный перечень условий, которые в них названы существенными. Так, в ст. 10 Федерального закона от 24.11.1996 № 132-ФЗ «Об основах туристской деятельности в Российской Федерации» упоминается девять существенных условий так называемого договора о реализации туристского продукта (причем некоторые из них явно не могут признаваться существенными, а их отсутствие не может влечь недействительности договора, например неуказание реестрового номера туроператора или сроков предъявления туристом претензий).

Вторая группа существенных условий — это условия, которые *являются необходимыми для договоров данного вида в силу самой правовой конструкции, но не получившие подтверждения на нормативном уровне.* Поясняя сказанное, можно процитировать В.В. Витрянского, указавшего, что «наряду с существенными условиями договора, которые были признаны таковыми по закону, традиционно выделялись в качестве самостоятельных существенные условия договора, которые хотя и не признаны таковыми по закону, но необходимы для договоров данного вида»<sup>17</sup>.

Так, условие договора поставки о сроках или сроках передачи поставщиком товара покупателю прямо не отнесено законом к существенным (необходимым или обязательным), но является таковым по признаку необходимости; существенным условием договора купли-продажи недвижимости признается условие о цене, притом что законом это условие к существенным не отнесено. Или, например, п. 2 ст. 539 ГК РФ предусматривает возможность заключения договора энергоснабжения только при наличии у абонента отвечающего установленным техническим требованиям энергопринимающего устройства и другого необходимого оборудования, прямо не относя это условие к существенным или необходимым.

Названная группа условий в ранее действовавшем законодательстве признавалась в качестве самостоятельного источника определения существенных условий договора<sup>18</sup>. Но, как указывалось в п. 2.8.2 проекта Концепции совершенствования общих положений обязательственного права России, в результате редакторской ошибки эта группа условий («условий, которые необходимы для договора отдельного типа или вида в силу самого существа договорной конструкции») не получила отражения в действующем Кодексе. В проекте Концепции подчеркивалось, что исходя из системного прочтения абз. 2 п. 1 ст. 432 ГК в действующей редакции существенные условия должны прямо называться в законе или ином правовом акте как необходимые для конкретного вида договора. Однако анализируемые условия не только не должны, но зачастую не могут в силу правил

---

<sup>17</sup> Научно-практический комментарий к части первой Гражданского кодекса Российской Федерации для предпринимателей. С. 564 (автор комментария — В.В. Витрянский).

<sup>18</sup> Согласно абз. 2 ст. 162 ГК РСФСР 1964 г. существенными признавались «те пункты договора, которые признанными такими по закону или необходимы для договоров данного вида, а также все те пункты, относительно которых по заявлению одной из сторон должно быть достигнуто соглашение».

юридической техники указываться как существенные — напротив, «подобные условия могут выводиться из толкования закона или договора».

С учетом сказанного в п. 7.9 раздела «Общие положения о договоре. Заключение договора» Концепции развития гражданского законодательства<sup>19</sup> предлагалось внести изменения в п. 1 комментируемой статьи, изложив его в следующей редакции: «Существенными являются условия о предмете договора, условия, которые названы в законе или иных правовых актах как существенные, условия, необходимые для договоров данного вида, а также все те условия, относительно которых по заявлению одной из сторон должно быть достигнуто соглашение». Но данное предложение не нашло отражения в ГК РФ;

3) третья группа существенных условий по смыслу п. 1 ст. 432 ГК РФ — это условия, в отношении которых одной из договаривающихся сторон было *заявлено о необходимости достигнуть договоренности под угрозой отказа от заключения договора*. Иными словами, в качестве существенных рассматриваются не любые упомянутые сторонами условия, а такие, в отношении которых по заявлению стороны должно быть достигнуто соглашение, ибо в противном случае она отказывается быть связанной данным договорным обязательством<sup>20</sup>. К существенным, таким образом, могут быть отнесены условия об обеспечении исполнения обязательства (залог, поручительство и т.п.), об особенностях исполнения договорных обязательств (порядок проверки поставляемых товаров, условия оплаты и т.д.), если одна из сторон считает эти условия настолько важными, что при их несогласовании отказывается от заключения договора.

В дополнение к изложенному необходимо указать следующее. В комментарии к ст. 2.1.13 Принципов международных коммерческих договоров УНИДРУА (далее — Принципы УНИДРУА) подчеркивается, что договор заключается при условии достижения сторонами соглашения об условиях, являющихся существенными для данного договора, в то время как вопросы по малозначительным условиям, не урегулированным сторонами, могут быть впоследствии решены либо в силу обстоятельств, либо в силу норм права. При этом не исключена ситуация, когда какое-либо из условий является для одной из сторон принципиально важным: «Стороны могут тем не менее в данном случае рассматривать какие-то специфические вопросы, имеющие такое значение, что у них будет отсутствовать намерение вступить в обязывающий их договор, если эти вопросы не будут урегулированы в удовлетворительной форме... Используя выражение „настаивает“, настоящая статья проясняет, что для сторон не будет достаточным заявить о своем намерении, имеющим такие последствия, просто мимоходом: это должно быть сделано однозначно»<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации (одобрена Советом при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства 7 октября 2009 г.).

<sup>20</sup> В.В. Витрянский указывает: «К существенным условиям арбитражно-судебная практика относит далеко не все условия договора, по которым при его заключении возникают разногласия сторон. Для этого требуется, чтобы в отношении соответствующего условия одной из сторон было прямо заявлено о необходимости достижения соглашения под угрозой отказа от заключения договора» (Научно-практический комментарий к части первой Гражданского кодекса Российской Федерации для предпринимателей. С. 566 (автор комментария — В.В. Витрянский)).

<sup>21</sup> Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2004. С. 60.

С учетом этого для заключения договора недостаточно только намерения заключить договор — стороны должны недвусмысленно достигнуть согласия по всем существенным условиям подлежащего заключению договора (п. 2.8.1 проекта Концепции совершенствования общих положений обязательственного права России). То есть значимость существенных условий состоит в том, что *при отсутствии соглашения сторон хотя бы в отношении одного из таких условий* договор не считается заключенным, а договорное обязательство (договор-правоотношение) — возникшим.

В рамках настоящей части данной статьи хотелось бы уделить некоторое внимание одной из наиболее распространенных форм договора — простой письменной. В п. 2 ст. 434 ГК РФ прямо упоминаются две разновидности этой формы, в то же время в судебной практике сложился подход, что по смыслу данной статьи следует выделять **три формы**, к которым могут быть отнесены:

во-первых, упоминавшееся заключение договора в форме *одного (единого) документа*, подписанного сторонами или их представителями, имеющими надлежащие полномочия. Эта форма применима и в случаях, когда в качестве оферты контрагентом представляется проект договора и когда договор-документ является результатом успешно проведенных переговоров, т.е. для различных способов заключения договора;

во-вторых, подписание обеими сторонами (или их представителями) *нескольких взаимосвязанных документов*<sup>22</sup>, что по смыслу весьма близко к первому случаю, но не идентично ему. Например, такая форма применима для случаев заключения договоров в условиях рамочных соглашений;

в-третьих, обмен *односторонне составленными документами*, в том числе электронными (письмами, телеграммами, факсами, *e-mail* и проч.). Такая форма применяется прежде всего при обмене офертой и акцептом.

В отношении последней разновидности надо отметить, что в законе подтверждено право сторон при заключении договора использовать *все виды связи* при условии, что имеется возможность достоверно определить, что документ исходит от стороны по данному договору. Причем в новой редакции п. 2 ст. 434 ГК РФ прямо упомянута возможность заключения договора посредством обмена электронными документами (и дано определение самого электронного документа). Право выбора средств связи предоставлено сторонам — именно они определяют, каким образом будет направляться оферта и акцепт, учитывая практику их взаимоотношений. В связи с этим в литературе подчеркивается: «Для адресата оферты необязательно использовать для уведомления об акцепте те же средства связи, которыми ему была направлена оферта. Вместе с тем оферент может предусмотреть в оферте, например, „ожидаю ответ по телеграфу или телетайпу не позднее 25 февраля“ или „ответ ожидаю обратной почтой не позднее 25

---

<sup>22</sup> См., напр.: п. 4 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 21.01.2002 № 67 «Обзор практики рассмотрения арбитражными судами споров, связанных с применением норм о договоре о залоге и иных обеспечительных сделках с ценными бумагами».

февраля". При второй формулировке, по-видимому, адресат оферты вправе использовать более быстрое средство связи, например, телеграф или телетайп вместо почты»<sup>23</sup>.

Сказанное не позволяет игнорировать заключение, сформулированное в п. 2.8.3 разд. VII проекта Концепции совершенствования общих положений обязательственного права России: «...меняющийся характер и темпы развития гражданского оборота предлагают новые формы договора. В частности, с повсеместным развитием электронных средств связи, главным образом, имеющим отношение к сети Интернет и беспроводной связи, все большее практическое значение приобретает совершение сделок (договоров) с использованием указанных средств связи, при этом без какого-либо ущерба для формы договоров, которая в таком случае должна быть уравнена с традиционной письменной формой сделки, как если бы она совершалась на бумаге».

Следует отметить также, что конклюдентные действия, которые в силу п. 3 ст. 434 ГК РФ могут признаваться надлежащим акцептом, вопреки утверждениям, встречающимся в литературе<sup>24</sup>, не относятся прямо к *письменной форме заключения договора* — закон говорит лишь о том, что в таком случае «письменная форма договора считается соблюденной». Подобное допущение обусловлено требованиями простоты и быстроты оборота, но вряд ли правильно было бы причислять к письменной форме договора, в частности, фактическое принятие заказа к исполнению.

*Проблема третья: излишняя жесткость в урегулировании содержания акцепта на новых условиях*

Как уже указывалось, классический с точки зрения ГК РФ случай заключения договора — это результат двух следующих друг за другом стадий: во-первых, *оферты* (как предложения заключить договор) и, во-вторых, *акцепта* (как согласия на заключение договора). Эти стадии никогда не совпадают по времени, сменяя одна другую. Причем необходимо отграничивать само заключение договора как от предшествующих ему этапов, так и от этапов, следующих за ним: все, что предшествовало направлению оферты, представляет собой упомянутые *переговоры о заключении договора*; все, что следует после получения оферты, — *переговоры об изменении или расторжении уже заключенного договора*.

Исходя из содержания п. 1 ст. 435 ГК РФ следует говорить о том, что к **оферте** предъявляется сразу четыре требования. Она должна:

- быть адресована одному или нескольким конкретным лицам (исключение из данного правила — публичная оферта, адресованная неопределенному кругу лиц (п. 2 ст. 437 ГК));
- включать все существенные условия предлагаемого договора (см. об этом выше);
- быть достаточно определенной, чтобы можно было заключить договор путем *простого согласия* (акцепта), без дополнений и уточнений;

---

<sup>23</sup> Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров. Комментарий. М., 1994. С. 60 (автор комментария — М.Г. Розенберг).

<sup>24</sup> См., напр.: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть первая: учеб.-практич. комментарий (постатейный) / под ред. А.П. Сергеева. М., 2010.

— выражать намерение оферента заключить договор с адресатом при согласии (акцепте) последнего (намерение быть связанным договором в случае акцепта).

В случае получения оферентом уведомления об отклонении оферты или иного отказа от оферты последняя утрачивает силу (это положение прямо не закреплено в законодательстве, но выводится из системного толкования норм главы 28 ГК РФ).

Договор считается заключенным (а договор-правоотношение — возникшим), если на оферту последует надлежащий акцепт. По смыслу ст. 438, 439, 442, 443 ГК РФ под надлежащим **акцептом** следует понимать полное, безоговорочное и своевременное согласие акцептанта на заключение договора с оферентом на условиях, предложенных в оферте<sup>25</sup>. В связи с этим в комментарии к ст. 2.1.11 Принципов УНИДРУА указывается: «Принцип, в соответствии с которым акцепт должен быть зеркальным отражением оферты, подразумевает, что даже незначительные различия между офертой и акцептом допускают, что каждая сторона на более поздней стадии поставила под вопрос существование договора»<sup>26</sup>.

Таким образом, далеко не всякий неотрицательный ответ адресата оферты будет рассматриваться в качестве акцепта.

Прежде всего акцепт должен выражать согласие именно *по существу* оферты. Следует отметить, что по общему правилу признается допустимым употребление в акцепте иных слов и выражений, нежели использовались в оферте, однако надо иметь в виду, что подобное расхождение способно создать проблемы в будущем.

*Встречные уточняющие вопросы* адресата оферты не могут рассматриваться в качестве согласия. Так, в комментарии к ст. 2.1.5 Принципов УНИДРУА указывается: «Ответ адресата оферты, который всего лишь является запросом иной альтернативы, например, следующего содержания: „возможна ли скидка с цены“ или „нельзя ли перенести срок поставки на два дня раньше“, обычно не считается достаточным для вывода о намерении акцептовать имеющуюся оферту»<sup>27</sup>. Аналогичная позиция высказывалась и в комментариях разработчиков Венской конвенции о договорах международной купли-продажи товаров (далее — Венская конвенция): «...если ответ содержит запрос или предполагает возможность дополнительных условий, он не подпадает под сферу действия п. 1 [ст. 19 Конвенции]. Такой ответ предназначен для того, чтобы выяснить готовность оферента принять другие условия, и оставляет при этом открытой возможность последующего акцепта этой оферты»<sup>28</sup>.

По смыслу ст. 443 ГК РФ не будет признаваться акцептом и предложение адресатом оферты заключить договор на иных, нежели в оферте, условиях — такое предложение рассматривается как *отказ от оферты и в то же время — новая оферта*. Из абз. 1 названной статьи вытекает, что любое дополнение, уточнение, исключение

---

<sup>25</sup> Рассмотрение молчания и конклюдентных действий в качестве акцепта не охватывается целями настоящей статьи, вследствие чего указанные формы акцепта здесь не разбираются.

<sup>26</sup> Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2004. С. 56.

<sup>27</sup> Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2004. С. 47.

<sup>28</sup> Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров. Комментарий. С. 62 (автор комментария — М.Г. Розенберг).

формулировок условий договора, содержащееся в ответе, исключает возможность рассматривать этот ответ в качестве акцепта. Абзац второй ст. 443 ГК РФ прямо называет подобные ответы *новой (встречной) офертой*, которая является одновременно отклонением прежней (первоначальной) оферты. Направление новой (встречной) оферты исключает возможность признания договора заключенным на предложенных первоначальным оферентом условиях.

Таким образом, отечественное законодательство под новой (встречной) офертой понимает *любое дополнение, уточнение, исключение формулировок всяких условий договора*.

В отличие от отечественного законодательства Венская конвенция, а вслед за ней и Принципы УНИДРУА (ст. 2.1.11) решают обозначенный вопрос по-иному: в них используется критерий «существенности изменений условий договора», в зависимости от которого и предлагаются разные решения различным ситуациям.

Так, в ст. 19 Венской конвенции установлено: «(1) Ответ на оферту, который имеет целью служить акцептом, но содержит дополнения, ограничения или иные изменения, является отклонением оферты и представляет собой встречную оферту.

(2) Однако ответ на оферту, который имеет целью служить акцептом, но содержит дополнительные или отличные условия, не меняющие существенно условий оферты, является акцептом, если только оферент без неоправданной задержки не возразит устно против этих расхождений или не направит уведомления об этом. Если он этого не сделает, то условиями договора будут являться условия оферты с изменениями, содержащимися в акцепте.

(3) Дополнительные или отличные условия в отношении, среди прочего, цены, платежа, качества и количества товара, места и срока поставки, объема, ответственности одной из сторон перед другой или разрешения споров считаются существенно изменяющими условия оферты».

Исходя из сказанного и с учетом положений ст. 19 Венской конвенции в п. 2.8.4 разд. VII проекта Концепции совершенствования общих положений обязательственного права России сделан вывод о том, что ст. 434 ГК РФ в части регулирования акцепта присущи излишняя жесткость и формализм. Это объяснялось тем, что по смыслу данной статьи любое, даже незначительное отклонение в акцепте от условий оферты должно квалифицироваться как новая оферта, что сложно назвать верным: «...подобная жесткость в законодательном регулировании не всегда оправдана как исходя из возможных практических ситуаций, например, когда из-за незначительных расхождений в тексте акцепта в сравнении с условиями оферты, в том числе описок и фактических ошибок, так и в связи с отсутствием чрезмерной опеки со стороны законодателя за предпринимательскими отношениями, где можно было бы допустить более дифференцированный подход». Этот вывод стал основой для закрепления в п. 7.11 раздела «Общие положения о договоре. Заключение договора» Концепции развития гражданского законодательства следующего предложения: «В целях достижения более взвешенного баланса интересов участников оборота на этапе заключения договора в сфере предпринимательских отношений предлагается признать в статье 443 ГК акцептом

*акцепт на иных условиях* (курсив наш. — М.Р.), существенно не меняющих условий оферты, если только лицо, направившее оферту, без неоправданной задержки не возразит против такого изменения». Данное предложение не было реализовано, вследствие чего редакция ст. 434 ГК РФ не изменилась.

*Проблема четвертая: в отечественном праве широко распространилось превратное понимание назначения протокола разногласий*

Ответ на вопрос, что собой представляет **протокол разногласий**, достаточно прост: это *изложение содержания документа, предполагающее использование табличной формы*. То есть это не особый вид документа и уж тем более не особая разновидность договора-документа, а только форма, которая является, наверное, антиподом текстуального изложения содержания. Протокол разногласий в отношении договорных условий может иметь вид как *односторонне составленного документа*, так и *документа, составленного и подписанного в двустороннем порядке*. Как правило, он оформляется в виде таблицы, в одной колонке которого излагается условие (условия), предложенное одной стороной, в другой — условие (условия) в редакции другой стороны; при этом могут присутствовать и иные колонки, в которых отражаются, например, примечания в отношении согласуемого условия или результаты согласования условия сторонами.

Представляется правильным подробнее рассмотреть две разновидности протоколов разногласий — (1) протоколы, составляемые на стадии предварительных переговоров, и (2) протоколы, оформляющие новую (встречную) оферту.

1. *Протокол разногласий* может стать одним из документов, составляемых при проведении **предварительных переговоров о заключении договора**, которые, как указывалось выше, не входят в этап собственно заключения договора, а являются его предпосылкой.

В ходе таких переговоров стороны обмениваются различного рода документами, определяющими условия будущего договора и содержащими иную значимую для целей его заключения информацию. Это могут быть документы, имеющие наименование «письмо», «замечания», «предложения» и проч., но на определенном этапе (этапе согласования текста договора-документа) гораздо более продуктивным становится использование именно протокола разногласий с тем, чтобы выработать взаимоприемлемые и взаимовыгодные для контрагентов условия заключаемого договора.

По итогам предварительных переговоров стороны, как правило, заключают договор в форме *одного (единого) документа*<sup>29</sup>, вследствие чего все документы, ранее составленные сторонами на переговорном этапе как в одностороннем, так и двустороннем порядке, утрачивают юридическое значение. Иными словами, с момента подписания сторонами *единого договора-документа права и обязанности его участников определяются только этим соглашением*. Все документы, которые были составлены в процессе ведения переговоров, с момента заключения договора могут быть

---

<sup>29</sup> Аналогичная ситуация будет иметь место в случае подписания сторонами взаимосвязанных договоров-документов.



использованы только для целей толкования условий этого соглашения судом (ст. 431 ГК РФ).

Таким образом, *протокол разногласий к проекту договора, составляемый и подписываемый как в одностороннем, так и в двустороннем порядке при согласовании условий будущего договора, не приобретает какого-либо самостоятельного правового значения, но может учитываться судом для целей толкования судом условий договора.*

2. Принципиально другое значение имеет *протокол разногласий*, используемый для оформления новой (встречной) оферты при таком способе заключения договора, как **акцептование оферты**.

Как указывалось выше, по смыслу ст. 443 ГК РФ в качестве новой (встречной) оферты может рассматриваться всякое дополнение, уточнение, исключение формулировок любого из условий, предложенных в первоначальной оферте, причем встречная оферта допускает ее изложение в форме *протокола разногласий к проекту договора*. Следует специально подчеркнуть, что подобная форма изложения встречной оферты может быть эффективно использована в том случае, если в качестве первоначальной оферты акцептанту направлялся составленный оферентом проект договора; в ином случае использование протокола разногласий будет затруднено.

Следствием направления встречной оферты в форме протокола разногласий является смена ролей: направив такую оферту вместо согласия на уже сделанное предложение, акцептант становится новым оферентом, тогда как первоначальный оферент занимает место потенциального акцептанта новой (встречной) оферты. Специальное указание на данное обстоятельство обусловлено последующим изложением.

Допустимы различные варианты дальнейшего развития событий в зависимости от того, относится ли условие (условия), в отношении которого был составлен протокол разногласий, к категории «существенные».

А. Исходя из императива, закрепленного п. 1 ст. 432 ГК РФ и предусматривающего признание договора заключенным только при условии, что стороны достигли соглашения *по всем существенным условиям*, можно заключить, что несогласованность любого из перечисленных во втором разделе настоящей статьи существенных условий влечет вывод о незаключении сторонами договора. В связи с этим следует напомнить, что условие, которое не относится к группе существенных условий вследствие *нормативных предписаний* и не является *необходимым для договоров данного вида*, может рассматриваться в качестве существенного только тогда, когда заинтересованная в нем сторона прямо указала, что в случае его несогласования договор не будет ею заключен (см. об этом выше).

С учетом сказанного если в новой оферте (оформленной протоколом разногласий) содержится условие об изменении, дополнении или уточнении **существенного условия** договора, то:

— при *акцептовании* первоначальным оферентом (посредством простого согласия либо конклюдентных действий) предлагаемого изменения существенного условия

(существенных условий) договор считается заключенным на условиях договора-документа, скорректированных новой офертой — протоколом разногласий;

— при *прямом отказе от заключения договора на условиях, содержащихся в новой оферте, или молчании* первоначального оферента после получения новой оферты, оформленной протоколом разногласий, договор считается незаключенным;

— при представлении первоначальным оферентом *контроферты*, как и при *акцептовании встречной оферты*, но с какой-либо оговоркой есть основания говорить о том, что существенные условия сторонами не согласованы, вследствие чего договор не может признаваться заключенным.

В. Исходя из смысла того же п. 1 ст. 432 ГК РФ можно сделать вывод о том, что договор, *все существенные условия которого согласованы сторонами*, может быть признан заключенным и при несогласованности отдельных его условий, не относящихся к существенным. Следовательно, если в новой оферте, оформленной протоколом разногласий, содержится условие об изменении, дополнении или уточнении **условия, не относящегося к существенным**, то:

— при *акцептовании* первоначальным оферентом (посредством простого согласия либо конклюдентных действий) предлагаемого изменения условия (условий) договор считается заключенным на условиях договора-документа, скорректированных новой офертой — протоколом разногласий;

— при *прямом отказе первоначального оферента от заключения договора на условиях, содержащихся в новой оферте*, договор считается незаключенным;

— при ответе первоначального оферента, *имеющем целью акцептовать новую (встречную) оферту, но содержащем уточнения или дополнения* в части условий договора (не относящихся к существенным), либо *молчании первоначального оферента* возможны различные ситуации, зависящие от согласования самими сторонами порядка заключения договора<sup>30</sup>. Например, стороны могут договориться, что акцепт с оговоркой, содержащий дополнительные условия или уточнения, не меняющие существенно условий встречной оферты, признается акцептом при условии, что новый оферент не возразил против подобных корректив (договор в этом случае будет считаться заключенным с учетом изменений, содержащихся в акцепте).

В целях настоящей статьи важно обратить внимание на то, что **новая (встречная) оферта в форме протокола разногласий составляется и подписывается в одностороннем порядке**, что предусмотрено п. 1 ст. 435 ГК РФ. В случае ее акцептования другой

---

<sup>30</sup> В отличие от отечественной зарубежная договорная практика допускает заключение договоров с умышленно открытыми условиями, если в момент заключения договора стороны не смогли или не пожелали определять такие условия (ст. 2.1.14 Принципов УНИДРУА). Впрочем, в комментариях говорится о том, что в ситуациях, когда стороны договариваются о том, что такие условия будут определены третьими лицами или самими сторонами в специальном соглашении позднее, могут возникнуть две проблемы: «...во-первых, препятствует ли возникновению договора тот факт, что стороны намеренно оставили открытыми определенные условия, и, во-вторых, если ответ на этот вопрос отрицательный, то что произойдет с договором, если стороны впоследствии не смогут достичь соглашения по этим условиям или третье лицо не определило их» (Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2004. С. 60).

стороной (посредством простого письменного ответа-согласия или конклюдентных действий) такой протокол разногласий становится неотъемлемой частью договора. Это отвечает требованиям простой формы договора, допускающей обмен *односторонне составленными документами*, а также совершение конклюдентных действий, позволяющих признать письменную форму договора соблюденной (см. о простой письменной форме договора раздел второй настоящей статьи). Следовательно, простая письменная форма договора будет соблюдена, если на первоначальной оферте в форме *проекта договора* стоит только подпись оферента, на встречной оферте в форме *протокола разногласий* — только подпись нового оферента, а на акцепте *в форме письма* — только подпись нового акцептанта<sup>31</sup>.

Разобрав две обычные разновидности протоколов разногласий, следует обратиться к сформировавшемуся в отечественной договорной практике *приему использования протокола разногласий, составленного и подписанного в двустороннем порядке* (далее — двусторонний протокол разногласий), *в качестве составляющей договора*. Этот известный отечественным практикам прием, не характерный ни для одной из развитых договорных практик, является сохранившимся атавизмом советского периода развития отечественного права, которому в рыночных (и даже в квазирыночных) отношениях попросту нет места. Поясняя сказанное, нужно отметить следующее.

В условиях плановой экономики, когда «выполнение плана через посредство обязательств, основанных на сделках, заключаемых хозорганами, являются общим правилом, вытекающим из начала хозяйственного расчета»<sup>32</sup>, а сам хозрасчет признается «незыблемым методом хозяйственной деятельности социалистических предприятий»<sup>33</sup>, существовал принципиально иной подход к заключению договора. Необходимость выполнения народно-хозяйственного плана предreshала то, что потенциальные контрагенты и условия договоров определялись административными актами, а сами стороны договора серьезно сковывались предписаниями, вытекающими из всевозможных актов планирования и регулирования народного хозяйства. При этом именно план определял то, что стороны могли получить для исполнения обязательств (материалы, оборудование, топливо и проч.) и были обязаны использовать в соответствии с предписанным планом назначением. Нарушение же плановой дисциплины *в виде уклонения одной стороны от заключения договора* приравнивалось к изменению народно-хозяйственного плана не теми субъектами, которые обладают необходимыми полномочиями.

Изложенное породило соответствующее правовое регулирование, направленное на сохранение соответствия договора плану и недопущение произвольного изменения плановых заданий, что позволило М.М. Агаркову обронить следующую фразу: «...в советском праве договор и договорное начало не являются фетишами, как это имеет место в буржуазном праве»<sup>34</sup>.

---

<sup>31</sup> С учетом сказанного нет никакой нужды в подписании такого протокола разногласий двумя сторонами, ибо новая (встречная) оферта — это одностороннее действие нового оферента.

<sup>32</sup> Агарков М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву // Агарков М.М. Избранные труды по гражданскому праву. В 2 т. Т. 1. М., 2002. С. 346.

<sup>33</sup> Там же.

<sup>34</sup> Агарков М.М. Указ. соч. С. 364–365.

В условиях обязательности соответствия договора плану, недопустимости изменения условий договора самими сторонами (это допускалось только посредством обращения в суд с преддоговорным спором)<sup>35</sup>, «вынужденным» контрагентам приходилось создавать инструменты, позволяющие преодолеть некоторые из обязательных предписаний. Одним из таких инструментов (причем весьма действенным) и стал двусторонний протокол разногласий — составленный сторонами и представляемый в суд при рассмотрении преддоговорного спора, он мог стать официально подтвержденным основанием для изменения predetermined планом договорных обязательств.

Есть ли потребность в аналогичном инструменте в условиях провозглашенного действующим ГК РФ принципа свободы договора? Думается, ответ на этот вопрос должен быть отрицательным. Проблемность использования такого инструмента, как двусторонний протокол разногласий, усматривается из весьма эмоциональной тирады А. Абакшина: «В каком нормативно-правовом акте написано, что протокол разногласий к проекту договора, подписанный сторонами, порождает заключенность договора? Где об этом говорится в Гражданском кодексе РФ?

О протоколе разногласий речь идет в ст. 445 ГК РФ („Заключение договора в обязательном порядке“). Однако в этой статье ни слова не говорится о том, что протокол разногласий приравнивается к неотъемлемой части заключенного договора.

Кто решил, что условия проекта договора, предусмотренные в протоколе разногласий, становятся условиями заключенного договора? Очевидно ли, что протокол разногласий это новая редакция договора?

Указанные вопросы свидетельствуют о реальности риска незаключенности договоров с отметкой „с протоколом разногласий“. Договор с „разногласиями“ — неполноценный договор! Наличие протокола разногласия презюмирует наличие недоговоренностей, несогласованностей, спора, проблем, недостатков, пороков в договоре с соответствующей отметкой. Использование протоколов разногласий в договорной работе — это установка договорной „мины“, создание запасного варианта выхода из договора для недобросовестного контрагента»<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> Так, ст. 159 ГК РСФСР 1964 г. предусматривала: «Содержание обязательства, возникающего непосредственно из акта планирования народного хозяйства, определяется этим актом. Содержание договора, заключаемого на основании государственного заказа, должно соответствовать этому заказу». В свою очередь, ст. 166 ГК РСФСР 1964 г. устанавливала следующие правила: «Разногласия, возникающие при заключении договора, основанного на обязательном для обеих сторон государственном заказе, разрешаются судом, если хотя бы одной из сторон является колхоз, межколхозное, государственно-колхозное предприятие, организация, объединение, и соответствующим арбитражем (третейским судом), если сторонами являются государственные, кооперативные и другие общественные организации (кроме колхозов, межколхозных, государственно-колхозных предприятий, организаций), поскольку законом не установлено иное. Разногласия между названными организациями, возникающие при заключении договора, не основанного на обязательном для обеих сторон государственном заказе, могут разрешаться соответственно судом или арбитражем, если это специально предусмотрено законом или соглашением сторон».

<sup>36</sup> Абакшин А. Нельзя быть немного беременной, немного мертвым, немного влюбленным... URL: [http://zakon.ru/blog/2011/04/12/nelzya\\_byt\\_nemnogo\\_beremnoj\\_nemnogo\\_mertvym\\_nemnogo\\_vlyublenny](http://zakon.ru/blog/2011/04/12/nelzya_byt_nemnogo_beremnoj_nemnogo_mertvym_nemnogo_vlyublenny) m (дата обращения: 18.09.2015).

Впрочем, недопустимость использования рассматриваемого атавизма, а также возникающих из него монструозных конструкций наподобие «протокол на протокол» («протокол согласования (урегулирования) разногласий к протоколу»)<sup>37</sup>, не привносящих в договорную практику ничего, кроме дополнительных проблем и вопросов<sup>38</sup>, может получить и самостоятельное обоснование, заключающееся в нижеследующем.

Вне зависимости от того, был ли изначально составлен проект единого договора-документа или стороны обменялись несколькими односторонне составленными документами, последующее составление двустороннего протокола разногласий, в котором стороны согласовывают конкретные условия договора, свидетельствует о переходе (или возврате) сторон на стадию **предварительных переговоров о заключении договора**. Учитывая, что эта стадия, как указывалось выше, не входит в этап собственно заключения договора, *составляемые и подписываемые на этой стадии документы носят лишь предварительный (проектный) характер* и утрачивают значение после заключения договора, который определяет отношения договаривающихся сторон (см. о первой разновидности протоколов разногласий).

Следовательно, если стороны согласовали определенное условие договора, отразив это в содержании протокола разногласий, составленного и подписанного в двустороннем порядке, то это условие должно быть перенесено из *протокола разногласий как предварительного (проектного) документа в договор-документ, который содержит условия договора, о которых стороны договорились*. Сам же этот протокол разногласий с момента заключения договора утрачивает значение, вследствие чего не может рассматриваться как действующий. Это означает, что рассматриваемый двусторонний протокол разногласий не может учитываться при установлении договорных условий даже при наличии в самом договоре-документе указания «с учетом протокола разногласий». Этим двусторонний протокол разногласий отличается от новой (встречной) оферты, составленной в форме протокола разногласий: в отличие от первого, вторая при условии ее акцептования рассматривается как составная часть договора, заключенного посредством обмена односторонне составленными документами.

В литературе и обсуждениях встречаются посылы в пользу использования двустороннего протокола разногласий в качестве составной части договора, в которых содержатся в том числе следующие объяснения: «...проще иметь стандартную форму, а все нестандартные или измененные под конкретного контрагента условия вынести в отдельный документ — ДС [дополнительное соглашение] или протокол разногласий. Есть мнение, что тогда упрощается работа с большим объемом договоров... Плюс в некоторых компаниях действует электронная система документооборота, в которой физически трудно внести

---

<sup>37</sup> См.: Соколова Г. Указ. соч.; Прохоренко В. К вопросу о существенности условий в протоколе разногласий. URL: [http://zakon.ru/blog/2012/05/25/k\\_voprosu\\_o\\_sushhestvennosti\\_uslovij\\_v\\_protokole\\_raznoglasij](http://zakon.ru/blog/2012/05/25/k_voprosu_o_sushhestvennosti_uslovij_v_protokole_raznoglasij) (дата обращения: 18.09.2015).

<sup>38</sup> См., напр.: Агафонов С. Опять о договорах... URL: [http://zakon.ru/discussion/2013/12/03/opyat\\_o\\_dogovorax](http://zakon.ru/discussion/2013/12/03/opyat_o_dogovorax); Рогалева Е. Заключен или не заключен? URL: [http://zakon.ru/discussion/2012/03/12/zaklyuchen\\_ili\\_ne\\_zaklyuchen](http://zakon.ru/discussion/2012/03/12/zaklyuchen_ili_ne_zaklyuchen) (дата обращения: 18.09.2015).; Абакшин А. Указ. соч.; Прохоренко В. Указ. соч.

изменения в стандартный текст договора, за исключением специальных полей (способ обмена информацией к таким вряд ли относится)»<sup>39</sup>.

Между тем не учитывается, что сопровождение договора-документа ворохом дополнительных бумаг, не всегда согласованных между собой, только лишь в угоду сохранению сложившейся «рыбы» договора приводит к плачевным последствиям. Ведь именно для таких ситуаций и звучат предложения о введении правила, согласно которому «если доп. условия соглашения противоречат основному договору, то применяется правило доп. соглашения»<sup>40</sup>. С учетом сказанного гораздо более взвешенным представляются такие суждения: «Из пояснений байера: договор стандартной формы, изменять его текст для одного поставщика никто не будет. Позвольте, чем обусловлено такое правило? Все равно ведь будет подготовлен протокол разногласий к договору, условия будут изменены. Так не проще ли внести все ваши правки в текст неполноценного договора и представить на рассмотрение уже финальную версию? В результате получится документ, которым будет удобно пользоваться»<sup>41</sup>.

Распространенная сегодня практика составления в качестве приложения к договору-документу (его неотъемлемой части) одного или целого ряда двусторонних протоколов разногласий *не имеет никакой правовой основы* и, нисколько не снижая риски возможных спорных ситуаций, лишь создает широкое поле для недобросовестного поведения. Объяснения со ссылками на то, что п. 2 ст. 434 ГК РФ допускает заключение договора путем составления нескольких документов (к которым авторы подобных объяснений относят двусторонние протоколы разногласий), в данном случае не подходят в силу следующего. Как указывалось, подписание подобных протоколов разногласий свидетельствует о возврате сторон на стадию предварительных переговоров; на этой стадии протокол разногласий представляет собой лишь *одну из форм изложения условий, в отношении которых у сторон имеются разногласия*. Все предварительные (проектные) документы, способствующие урегулированию преддоговорных разногласий, не имеют самостоятельного значения и перестают действовать с момента заключения обычного для этого способа заключения договора единого договора-документа.

Но еще больше возражений вызывают случаи «прикрепления» к договору двустороннего протокола разногласий, содержащего указания на условия, о которых стороны *не договорились*. Договор, исходя из смысла п. 1 ст. 420 и п. 1 ст. 432 ГК РФ, представляет собой соглашение об условиях, по которым сторонами достигнуты договоренности, поэтому включение в договор в качестве его неотъемлемой части условий, о которых стороны не смогли договориться, противоречит самой сути конструкции договора.

Разногласия, если они существуют между потенциальными контрагентами по поводу того или иного договорного условия, должны обсуждаться за столом переговоров. Если сторонам удастся договориться, то их договоренности должны отражаться в договоре-документе, если нет, то итогом переговоров становится заключение договора без спорного условия (если оно не является существенным) либо вообще отказ от заключения

---

<sup>39</sup> См.: обсуждение поста С. Федоранича «Неполноценный договор». URL: [http://zakon.ru/discussion/2014/07/25/nepolnocennyj\\_dogovor](http://zakon.ru/discussion/2014/07/25/nepolnocennyj_dogovor) (дата обращения: 18.09.2015).

<sup>40</sup> Там же.

<sup>41</sup> Федоранич С. Неполноценный договор. URL: [http://zakon.ru/discussion/2014/07/25/nepolnocennyj\\_dogovor](http://zakon.ru/discussion/2014/07/25/nepolnocennyj_dogovor) (дата обращения: 18.09.2015).

договора. В любом случае **протоколам разногласий, составляемым и подписываемым сторонами при согласовании отдельных условий будущего договора, нет места среди документов, в которых закреплены условия связывающего стороны обязательства, — с момента заключения договора такие протоколы утрачивают юридическое значение.**

Двусторонние протоколы разногласий, которые стороны иногда умудряются «заключить» после заключения договора, также лишены права на существование и не имеют юридических последствий. Это обусловлено тем, что по смыслу ст. 450 ГК РФ изменение или расторжение договора допускается либо по соглашению сторон (договор об изменении или расторжении), либо по решению суда. Но, бесспорно, нельзя не признавать в качестве изменяющего договорные условия соглашение, которое оформлено в табличной форме (наподобие протокола разногласий).

#### *Вместо заключения*

Содержащиеся в предыдущих разделах настоящей статьи выводы позволяют дать ответы на вопросы, возникающие на практике.

Например, распространена ситуация, когда сторона, получившая проект договора (оферту), подписывает его с одновременным составлением протокола разногласий по одному или нескольким условиям договора. Подписанные экземпляры договора вместе с протоколом разногласий передаются оференту, что на практике нередко рассматривается как заключение договора. Иногда такие «обязательства» начинают исполняться одной или обеими сторонами<sup>42</sup>.

Между тем договор в подобной ситуации по общему правилу не будет рассматриваться как заключенный, поскольку протокол разногласий представляет собой новую (встречную) оферту, требующую согласия первоначального оферента<sup>43</sup>. В случае получения новым оферентом согласия первоначального оферента договор будет считаться заключенным, причем такое согласие может быть выражено как прямым акцептом, так и конклюдентными действиями (если стороны не договорились об ином).

На практике возникал вопрос, считать ли договор заключенным, если на договоре-документе стоит подпись только одного из контрагентов, тогда как протокол разногласий, составленный в двустороннем порядке, содержит обе подписи<sup>44</sup>.

В данном случае протокол разногласий использовался не в качестве новой оферты, а для целей согласования конкретных условий, следовательно, результат такого согласования должен быть перенесен в единый договор-документ, обычно являющийся результатом

---

<sup>42</sup> См.: *Шакуров А.* Исполнение договора с неподписанным одной стороной протоколом разногласий. URL: [http://zakon.ru/discussion/2012/06/27/ispolnenie\\_dogovora\\_s\\_nepodpisannym\\_odnoj\\_storonoj\\_protokolom\\_raznoglasij](http://zakon.ru/discussion/2012/06/27/ispolnenie_dogovora_s_nepodpisannym_odnoj_storonoj_protokolom_raznoglasij) (дата обращения: 18.09.2015).

<sup>43</sup> В подтверждение изложенного можно привести следующий случай: одна сторона направила другой подписанный договор-документ, вторая сторона подписала экземпляр договора, но вместе с подписанным экземпляром отправила также и протокол разногласий, касающийся определения стоимости работ. Исходя из этого суд признал, что сторонами договор заключен не был, а действия второй стороны расценил как новую (встречную) оферту (Определение ВАС РФ от 21.12.2007 № 17037/07 по делу № А40-611/07-1-4).

<sup>44</sup> См.: *Агафонов С.* А если подписи нет? URL: [http://zakon.ru/discussion/2014/01/16/a\\_esli\\_podpisi\\_net](http://zakon.ru/discussion/2014/01/16/a_esli_podpisi_net) (дата обращения: 18.09.2015).

предварительных переговоров. По смыслу ст. 434 ГК РФ для договоров, заключаемых в форме единого документа, момент заключения будет момент подписания единого документа-договора обеими сторонами (о чем говорилось в части первой настоящей работы). Учитывая, что данное требование не соблюдено, договор не может быть признан заключенным.

## References

- Соколова Г.* Протокол разногласий к договору // Делопроизводство и документооборот на предприятии. 2009. Октябрь. URL: (дата обращения: 18.09.2015).
- Брагинский М.И., Витрянский В.В.* Договорное право: Общие положения. М., 1998. 681 с.
- Научно-практический комментарий к части первой Гражданского кодекса Российской Федерации для предпринимателей / Авт. колл.: М. И. Брагинский (рук.), В. В. Витрянский, В. И. Звеков и др. ; Под общ. ред. В. Д. Карповича. М., 1999. 736 с.
- Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2004 / пер. с англ. А.С. Комаров. М., 2006. 735 с.
- Клочков А.А.* Стандартные (общие) условия договоров в коммерческом обороте: правовое регулирование в России и зарубежных странах: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2000. 210 с.
- Пьянкова А.Ф.* Свобода договора, заключенного на стандартных условиях // Свобода договора. сб. ст. / отв. ред. М.А. Рожкова. М., 2016. С. 353-363
- Практика применения Гражданского кодекса РФ части первой / под общ. ред. В.А. Белова. М., 2008. 1161 с.
- Гражданский кодекс Российской Федерации. Постатейный комментарий к главам 6–12 / под ред. Л.В. Санниковой. М., 2014. 383 с.
- Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров. Комментарий. М., 1994. 320 с.
- Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть первая: учеб.-практич. комментарий (постатейный) / под ред. А.П. Сергеева. М., 2010. 912 с.
- Агарков М.М. Избранные труды по гражданскому праву. В 2 т. Т. 1. М., 2002. 452 с.
- Абакшин А.* Нельзя быть немного беременной, немного мертвым, немного влюбленным... URL: [http://zakon.ru/blog/2011/04/12/nelzya\\_byt\\_nemnogo\\_beremennoj\\_nemnogo\\_mertvym\\_nemnogo\\_vlyublenny](http://zakon.ru/blog/2011/04/12/nelzya_byt_nemnogo_beremennoj_nemnogo_mertvym_nemnogo_vlyublenny) (дата обращения: 18.09.2015).
- Агафонов С.* А если подписи нет? URL: [http://zakon.ru/discussion/2014/01/16/a\\_esli\\_podpisi\\_net](http://zakon.ru/discussion/2014/01/16/a_esli_podpisi_net) (дата обращения: 18.09.2015).
- Агафонов С.* Опять о договорах... URL: [http://zakon.ru/discussion/2013/12/03/opyat\\_o\\_dogovorax](http://zakon.ru/discussion/2013/12/03/opyat_o_dogovorax);
- Карпетов А.Г.* Момент заключения договора при обмене экземплярами: можно ли примирить ГК и практику договорной работы? URL: [http://zakon.ru/blog/2015/02/10/moment\\_zaklyucheniya\\_dogovora\\_pri\\_obmene\\_ekzempljami\\_mozhno\\_li\\_pri\\_mirit\\_gk\\_i\\_praktiku\\_dogovornoj\\_r](http://zakon.ru/blog/2015/02/10/moment_zaklyucheniya_dogovora_pri_obmene_ekzempljami_mozhno_li_pri_mirit_gk_i_praktiku_dogovornoj_r) (дата обращения: 18.09.2015).
- Прохоренко В.* К вопросу о существенности условий в протоколе разногласий. URL: [http://zakon.ru/blog/2012/05/25/k\\_voprosu\\_o\\_sushhestvennosti\\_uslovij\\_v\\_protokole\\_raznoglasij](http://zakon.ru/blog/2012/05/25/k_voprosu_o_sushhestvennosti_uslovij_v_protokole_raznoglasij) (дата обращения: 18.09.2015).
- Рогалева Е.* Заключен или не заключен? URL: [http://zakon.ru/discussion/2012/03/12/zaklyuchen\\_ili\\_ne\\_zaklyuchen](http://zakon.ru/discussion/2012/03/12/zaklyuchen_ili_ne_zaklyuchen) (дата обращения: 18.09.2015).
- Федоранич С.* Неполноценный договор. URL: [http://zakon.ru/discussion/2014/07/25/nepolnocennyj\\_dogovor](http://zakon.ru/discussion/2014/07/25/nepolnocennyj_dogovor) (дата обращения: 18.09.2015).
- Шакуров А.* Исполнение договора с неподписанным одной стороной протоколом разногласий. URL: [http://zakon.ru/discussion/2012/06/27/ispolnenie\\_dogovora\\_s\\_nepodpisannym\\_odnoj\\_storonoj\\_protokolom\\_raznoglasij](http://zakon.ru/discussion/2012/06/27/ispolnenie_dogovora_s_nepodpisannym_odnoj_storonoj_protokolom_raznoglasij) (дата обращения: 18.09.2015).

## Information about the author

**Marina A. Rozhkova**, Professor at the Intellectual Property Rights Faculty of Kutafin Moscow State Law University, LLD