

В.Э. Полякова

ПРЕДВАРИТЕЛЬНЫЙ ДОГОВОР: ОТГРАНИЧЕНИЕ ОТ СМЕЖНЫХ ПРАВОВЫХ КОНСТРУКЦИЙ В ПРАВЕ РОССИИ И ГЕРМАНИИ

Аннотация. В статье проводится сравнительно-правовой анализ российских и немецких подходов к отграничению предварительного договора от смежных правовых конструкций: соглашения о намерениях, опциона, договора о преимущественном праве, рамочного договора. Оценивается возможность использования в России предлагаемых в доктрине германского права критериев отграничения предварительного договора от указанных конструкций. В этих целях выявляется природа права, возникающего из предварительного договора, и права, возникающего у кредитора при предоставлении опциона, в соответствии с российским правом. Рассматриваются случаи заключения договоров о преимущественном праве в соответствии с правом Германии и России и варианты правовой квалификации таких сделок. Значительный акцент в статье сделан на использовании сравнительно-правового подхода к исследованию заявленной проблематики. Автор заключает, что в Германии и в России используется сходное понимание места и роли предварительного договора и смежных правовых конструкций в системе гражданского права, а также оснований их разграничения между собой. В то же время в Германии приняты попытки найти первостепенные различия между предварительным договором и опционом – учтен характер возникающего права. Бесспорно, допускается заключение договоров о преимущественном праве, широко обсуждается правовая природа таких договоров и возможность их квалификации в качестве предварительных. Делается вывод о возможности использования таких наработок немецких ученых в России.

Ключевые слова: сравнительное правоведение, предварительный договор, соглашение о намерениях, опцион, преимущественное право, рамочный договор, немецкое право, российское право, право требования, вторичное право.

Одним из правовых инструментов, который позволяет закрепить предварительные договоренности сторон и обеспечить заключение запланированной сделки является предварительный договор. Наряду с законодательно регламентированной конструкцией предварительного договора (ст. 429 ГК РФ) в последние годы на практике используются сходные инструменты: соглашения о намерениях, опционы или опционные договоры, договоры о преимущественном праве, рамочные договоры. С вступлением в силу 15 июня 2015 года изменений в ГК РФ¹ некоторые из этих конструкций будут определены законодательно. В этой связи возникает вопрос об их отграничении от предварительного договора.

В немецком праве используется сходное понимание места и роли обозначенных конструкций. При этом немецкому законодательству до настоящего времени не известен ни один из указанных институтов. В то же время в доктрине этот вопрос уже не одно десятилетие подвергается научному анализу, исследования немецких ученых учитываются судебными органами, обсуждаются и цитируются в немецкоязычных странах

(Швейцарии, Австрии). Вследствие этого наработки немецкой доктрины заслуживают внимания.

Отграничение предварительного договора от соглашений, не имеющих обязательной силы

Немецкому праву известно несколько обозначений соглашений, не имеющих обязательной юридической силы, но применяемых на практике в ходе ведения преддоговорной работы:

- пунктуации (Punktuation) – о пунктуациях идет речь тогда, когда сторонами согласована лишь часть положений договора². Нередко пунктуации именуются ключевыми положениями (head of agreements) или джентельменским соглашением (gentlemen's agreement)³;
- соглашение о намерениях (letter of intent) – данный термин был воспринят из англо-американской правовой системы, такое соглашение содержит готовность стороны заключить договор при наличии определенных предпосылок⁴;

² Henrich D. Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag. Eine dogmatisch-systematische Untersuchung der vertraglichen Bindungen vor und zu einem Vertragsschluss. (Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht). – Berlin, 1965. S.101.

³ Henrich D. Ibid. S. 107.

⁴ Geiben N. Der Vorvertrag im Internationalen Privatrecht. Frankfurt m Main, 2007. S. 69.

¹ См. Федеральный закон от 08.03.2015 г. № 42-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации». Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».

– соглашение о порядке ведения переговоров (instruction to proceed) – представляет собой соглашение о ходе переговоров, в котором стороны закрепляют обязательные правила о дальнейших действиях и координации отдельных шагов в ходе переговоров. В отличие от соглашения о намерениях, соглашение о порядке ведения переговоров в большей степени обязывает стороны и содержит конкретные указания к действию⁵.

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

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

Во-первых, такие соглашения зачастую носят информационный характер, т.е. стороны желают зафиксировать на бумаге достигнутые договоренности, не считая себя юридически связанными⁶.

Во-вторых, заключение подобного рода соглашений не требует соблюдения какой-либо формы⁷.

В-третьих, как следует из названия соглашений данной группы, они не имеют обязательной юридической силы. Это фактически означает, что сторонами не могут быть заявлены требования о принудительном исполнении соглашения: о понуждении к заключению основного договора или исполнении иных обязательств, указанных в соглашении. В случае нарушения такого соглашения стороны могут требовать лишь возмещения убытков в качестве меры преддоговорной ответственности (culpa in contrahendo). При этом убытки могут быть заранее определены путем включения в соглашение условия о неустойке (п. 5 ст. 434.1. ГК РФ). В соответствии со ст. 431 ГК РФ в России такого рода соглашения также могут использоваться при толковании заключенного в последующем договора⁸.

Отграничение предварительного договора от опциона и опционного договора

В немецком праве под опционом обычно понимаются все правовые конструкции, которые предостав-

ляют право владельцу опциона без содействия другой стороны посредством одностороннего волеизъявления создать или изменить дальнейшие отношения сторон⁹. Вопрос о правовой природе опциона и возможности использования тех или иных правовых конструкций для создания опциона является дискуссионным. Так, в Германии для построения опциона могут быть использованы следующие конструкции¹⁰:

- соглашение об оферте (Angebotsvertrag), в соответствии с которым держателю опциона предоставляется право посредством одностороннего волеизъявления ввести в действие основной договор¹¹;
- основной договор с оговоркой об опционе (Hauptvertrag mit Optionsvorbehalt), являющийся договором с суспензивным (отлагательным или отменительным) условием¹²;
- оферта, в которой установлен срок для ее принятия (Festofferte)¹³;
- опционный договор (Optionsvertrag) – самостоятельный вид договора (sui generis)¹⁴.

В качестве правовой конструкции для создания опциона в немецкой литературе также предлагалось использовать односторонне обязывающий предварительный договор¹⁵. Однако в настоящее время господствующей является точка зрения, в соответствии с которой предварительный договор и опцион являются различными правовыми конструкциями¹⁶.

Принципиальное отличие данных конструкций состоит в следующем. При заключении предварительного договора стороны обязуются заключить основной договор. Сторона, которая вправе требовать исполнения предварительного договора обладает правом требования (Forderungsrecht)¹⁷. Осуществление этого права яв-

⁵ Ibid. S. 71.

⁶ Ibid. S. 69.

⁷ Ibid. S. 70.

⁸ См.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Общие положения (книга 1). М., 2001 / Автор главы Брагинский М.И. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».

⁹ Herzog N. Der Vorvertrag im schweizerischen und deutschen Schuldrecht. Zuerich, 1999. S. 94, Geiben N. Ibid. S. 61, Henrich D. Op. cit. S. 226.

¹⁰ Bork R. Allgemeiner Teil des Buergerlichen Gesetzbuchs. Tuebingen, 2006. S. 262-263.

¹¹ Einem H. von. Die Rechtsnatur der Option. Berlin, 1974. S. 42-79.

¹² Ibid. S. 82-122.

¹³ Ibid. S. 18 -33.

¹⁴ Casper M. Der Optionsvertrag. Tuebingen, 2005. S. 78.

¹⁵ Einem H. von. Ibid. S. 124-146.

¹⁶ Bork R. Ibid. S. 262.

¹⁷ Необходимо отметить, что в немецком праве наряду с понятием право требования (Forderungsrecht) используется понятие притязание (Anspruch). Притязание представляет собой право требовать от другого лица совершения действия или воздержания от действия (§ 194 ГГУ) и является видом субъективного права (Bork R. Ibid. S. 116). В немецкой доктрине предпринимались попытки развести эти понятия, отмечалось, что содержание права требования состоит только

ляется исполнением предварительного договора. Опцион предполагает, что основной договор может быть заключен, если управомоченное лицо посчитает это необходимым. Заключение основного договора является следствием одностороннего волеизъявления управомоченного лица. Приобретатель опциона в этом случае обладает преобразовательным¹⁸ правом (*Gestaltungsrecht*).¹⁹ Практическое значение такого рода различий состоит в том, какое требование может быть заявлено кредитором в целях защиты своего права (в том числе судебной). В случае заключения предварительного договора кредитор будет вправе требовать заключения основного договора, в случае принудительного исполнения опциона требование держателя опциона будет направлено на исполнение основного договора, поскольку основной договор будет считаться заключенным посредством одностороннего волеизъявления держателя опциона²⁰.

в том, что кредитор имеет право на добровольные действия должника (он может «требовать» предоставления), в понятии притязания содержатся все изменения, связанные с принудительным осуществлением права кредитора (Кретчмар П. Исполнение. Часть первая. Исторические и догматические основы // Вестник гражданского права. 2011. № 5. С. 245 – 282; № 6. С. 211 – 243; 2012. № 1. С. 171 – 220. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс»). Однако вследствие того, что в ГГУ последовательно не прослеживается разница между притязанием (*Anspruch*) и требованием (*Forderung*), в современной немецкой литературе преобладает точка зрения, в соответствии с которой между притязанием и требованием не имеется объективного различия, данные понятия имеют тождественное значение. Под требованием понимается притязание на обязательственное предоставление (*Anspruch auf schuldrechtliche Leistung*) (См., напр.: Medicus D. *Allgemeiner Teil des BGB*. Heidelberg, 2010. S. 38, Fikentscher W., Heinemann A. *Schuldrecht*. Berlin, 1997. S. 20).

¹⁸ Немецкий термин *Gestaltungsrecht* различно переводится на русский язык: секундарные права или преобразовательные права. Представляется, что определяясь с выбором терминологии следует согласиться с А. В. Егоровым, который считает последний термин более понятным и в большей мере отражающим содержание обозначаемого им понятия (Егоров А.В. Структура обязательственного отношения: разработка германской доктрины и их применимость в России. // Вестник гражданского права. 2011. № 3. С. 241 – 274. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс»).

¹⁹ Henrich D. Op. cit. S. 232., Geiben N. Op. cit. S. 63., Fromholzer F. *Consideration*. Tuebingen, 1997. S. 79. В настоящее время под секундарным правом в немецкой литературе понимается предоставленное на основании закона или договора право влиять на существующее правовое положение, следовательно, создавать, изменять или прекращать правоотношения для себя или для третьих лиц без того, чтобы управомоченное лицо требовало бы содействия обязанного лица или суда (Casper M. Op. cit. S. 60; Зеккель Э. Секундарные права в гражданском праве. // Вестник гражданского права. 2007. №2. С. 205-253. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс»).

²⁰ Fromholzer F. *US-amerikanisches Recht im Vergleich zum deutschen*. Tuebingen, 1997. S. 79.

Кроме того в немецкой литературе указывается на характеристики, которые являются вспомогательными при выборе той или иной правовой конструкции или толковании положений заключенного договора. Выбор договорной конструкции, в частности, определяется тем, насколько подробно определены положения основного договора. При заключении опциона предполагается, что все положения основного договора сторонами в достаточной степени определены и не требуют дополнительного уточнения и согласования. Предварительный договор требует меньшей степени определенности, он может содержать положения, которые позволяют определить предмет основного договора²¹.

Другим критерием является использование вознаграждения при заключении договора. В случае сомнения относительно того, является заключенный договор предварительным договором или опционом, предлагается исходить из того, что договор, предполагающий уплату вознаграждения, является опционом, если отсутствуют иные признаки, указывающие на то, что договор является предварительным²².

Долгое время в России также отсутствовало единство во взглядах на природу опционного договора (опциона)²³. При внесении изменений в ГК РФ законодателем было предложено следующее решение: введены две статьи, одна из которых определяет условия предоставления опциона на заключения договора (ст.

²¹ Casper M. Op. cit. S. 81., Geiben N. Op. cit. S. 63.

²² Casper M. Ibid. S. 81.

²³ Значительно большую поддержку в литературе получила квалификация опционного договора в качестве договора особого рода (Шеленкова Н.Б. Место опционных операций в системе биржевой торговли. // Московский журнал международного права. 1993. № 2. С. 104; Толстухин М.Е. Фьючерс и опцион как объекты фондового рынка. // Объекты гражданского оборота: Сборник статей. / Отв. ред. М.А. Рожкова. – М. 2007. С. 231 – 250. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс»; Красников Н. О концепции опционного соглашения как предварительного договора по российскому праву. // Юрист. 2009. № 12. С. 25 – 30. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс») или односторонне обязывающего предварительного договора (Ем В., Козлова Н., Сургучева О. Фьючерсные сделки на фондовой бирже: Экономическая сущность и правовая природа. // Хозяйство и право. 1999. № 6. С. 30; Ермолова О.Н., Мотыван Е.А. Общие положения о договорах в проекте Гражданского кодекса Российской Федерации. // Гражданское право. 2011. № 1. С. 43 – 47; Ефимова Л.Г. Договор банковского счета. // Банковское право. 2000. №1. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс»; Петросян Э.С. Фьючерсные договоры в классификации гражданско-правовых договоров // Юрист. № 6. 2003. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс»; Богданов В.В. Преддоговорные правоотношения в российском гражданском праве. Дис. канд. юрид. наук. М., 2011. С. 59; Меньшенин П.А. Предварительный договор в российском гражданском праве. Дис. канд. юрид. наук. М., 2011. С. 88-92.).

429.2. ГК РФ), другая заключения опционного договора (ст. 429.3. ГК РФ). При этом только опцион предполагает заключение основного договора. В соответствии с опционным договором стороны могут договориться лишь о совершении предусмотренных опционным договором действий (в том числе уплатить денежные средства, передать или принять имущество). Таким образом, разграничение необходимо проводить между предварительным договором и опционом на заключение договора (ст. 429.2. ГК РФ).

Можно выделить несколько оснований разграничения. Во-первых, имеется принципиальная разница в цели использования: опцион используется для получения более быстрого экономического результата. Как следствие, отличаются сущности указанных правовых конструкций. Предварительный договор представляет собой договор, опцион – безотзывную оферту. Это влияет на природу порождаемых отношений. Отношения, возникающие из опциона, могут быть охарактеризованы понятием связанности, но не обязанности заключить основной договор. Должник находится в положении лица «претерпевающего», поскольку вопрос заключения основного договора (акцепта безотзывной оферты) зависит от воли кредитора по опциону. Право, возникающее из опциона, может быть признано вторичным²⁴. При исполнении опциона правовое положение обязанной стороны изменяется «автоматически» – при наличии волеизъявления кредитора. В случае судебной защиты иск кредитора по опциону направлен на исполнение уже возникшего обязательства из основного договора.

При заключении предварительного договора у стороны возникает субъективное право – право требования²⁵, соответственно этому праву противостоит

субъективная обязанность другой стороны заключить основной договор. При этом возникшее из предварительного договора обязательство, предполагает наличие у должника именно обязанности, но не связанности²⁶, заключение основного договора (наступление правовых последствий) напрямую поставлено в зависимость от его поведения – согласия на заключение основного договора. При нарушении обязанности заключить договор кредитор вправе обратиться в суд за защитой нарушенного права – заявить о понуждении к исполнению обязанности заключить (но не исполнить) основной договор в принудительном порядке.

Во-вторых, в соответствии с опционом право на заключение договора предоставляется лишь одной стороне. Законодательная конструкция предварительного договора предполагает, что предварительный договор является двусторонним. Российская доктрина²⁷ и судебная практика²⁸ исходят из того, что предварительный договор также может быть односторонним (в силу ст. 421 ГК РФ). Вместе с тем, как правило, принято считать предварительный договор двусторонней сделкой. В-третьих, при предоставлении опциона должны быть указаны условия, позволяющие определить предмет и все другие существенные условия основного договора (п. 4 ст. 429.2. ГК РФ), в предварительном договоре могут со-

заныть заключить основной договор, но не оказать услугу, выполнить работу и т.п. Вместе с тем, по нашему мнению, применительно к предварительному договору является уместным использование указанной терминологии по той причине, что обязанность по заключению основного договора аналогично предполагает совершение должником определенных активных действий, соответственно кредитор вправе потребовать исполнение соответствующей обязанности.

²⁴ Аналогичную позицию высказывают А.Г. Карапетов и М.А. Кокорина (Кокорина М.А. Правовая природа опционного соглашения. Дис. магистра частного права. – М., 2010. С. 58-59; Карапетов А. Г. Приостановление исполнения обязательства как способ защиты прав кредитора. М.: Статут, 2011. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс»). К.И. Скловский, напротив, полагает, что право, возникающее из опционного договора, вторичным не является (Скловский К.И. Собственность в гражданском праве. М., 2008. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс»).

²⁵ Традиционно в российской доктрине под правом требования понимается право лица требовать совершения определенных действий по передаче имущества, производству работ, оказанию услуг (выступающие в форме обязанностей активного типа) либо воздержания от конкретных действий (например, обязанность не разглашать сущность полученного по договору секрета производства (ноу-хау) без согласия первоначального обладателя такой информации) (Гражданское право. Общая часть: Учебник. В 4 т. Т. 1. / Под ред. Е. А. Суханова. М., 2008. / Автор главы Суханов Е. А. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс»). Основной обязанностью должника по предварительному договору является обя-

²⁶ В российской юридической литературе высказывается мнение, согласно которому из предварительного договора также возникает вторичное право (См., напр.: Майдаровский Д.В. Предварительный договор и заключение основного договора в российском гражданском праве. Дис. канд. юрид. наук. – Ростов-на-Дону, 2011. С. 66).

²⁷ Кассо Л. Запродажа и задаток. М., 1904. С. 31-32; Новицкий И.Б., Лунц Л.А. Общее учение об обязательстве. М., 1950. С. 143; Брагинский М.И. Предварительный договор в хозяйственных отношениях. // Советское государство и право. 1971. №3. С. 108; Меньшенин П.А. Указ. соч. С. 26; Кузнецова Н.В. Предварительный договор в системе обязательных оснований заключения предпринимательских договоров. // Предпринимательские договоры – материалы ежегодных научных чтений памяти профессора С.Н. Братуся. М., 2008. С. 124; Васильев А.В. Предварительный договор в праве России и США. Дис. канд. юрид. наук. М., 2007. С. 117-119; Павлов А.А. Обеспечение исполнения обязательств, вытекающих из предварительного договора. // Арбитражные споры. 2006. № 2. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».

²⁸ Постановление ФАС Уральского округа от 10.02.2009 г. № Ф09-3585/08-С6 по делу № А50-14686/2007. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».

держаться условия, которые позволяют определить лишь предмет основного договора и условия основного договора, относительно которых по заявлению одной из сторон должно быть достигнуто соглашение при заключении предварительного договора (п. 3 ст. 429 ГК РФ в редакции, вступающей в силу 1 июня 2015 года). Иными словами, в предварительном договоре могут отсутствовать условия, названные в законе в качестве существенных для конкретного вида договора. В-четвертых, характерным признаком опциона является платеж (опционная премия), предварительный договор является организационным и возмездность, как правило, не является признаком предварительного договора.

Отграничение предварительного договора от договора о преимущественном праве

В соответствии с немецким правом договор о преимущественном праве не имеет какой-либо очерченной правовой формы, но используется для описания определенной категории договоров. К такой категории относятся договоры, в соответствии с которыми одной стороне договора предоставляется преимущественное право перед другими заинтересованными лицами в случае, если другая сторона решит в дальнейшем заключить определенный договор²⁹.

К договорам о преимущественном праве относятся следующие правовые конструкции:

- предоставление преимущественного права покупки (*Vorkaufsrecht*), а именно предоставление права, при реализации которого заключается договор купли-продажи на тех же условиях, которые были согласованы между обязанным лицом и третьей стороной (§§463-473 ГГУ)³⁰;
- предоставление права приобрести предмет (*Einloesungsrecht*) в случае, если обязанная сторона заключает с третьим лицом не договор купли-продажи, но какой-либо иной договор. Право приобрести предмет фактически представляет собой право преимущественной покупки, не урегулированное законодательно. Вопросы использования *Einloesungsrecht* решаются в соответствии с правилами, определяющими использование права преимущественной покупки (*Vorkaufsrecht*);
- наличие у владельца вещи договорной обязанности предложить эту вещь или право стороне по договору и предоставить ему преимущественное право перед другими заинтересованными лицами в случае, если он решит распорядиться этой вещью или

²⁹ Henrich D. Op. cit. S. 296.

³⁰ В данном случае имеются в виду обязательственное право преимущественной покупки, но не вещное право, использование которого урегулировано §§ 1094-1104 ГГУ.

правом (*Vorhand* или договор о преимущественном праве (*Vorrechtvertrag*) в узком смысле)³¹. Такие договоры не поименованы в законодательстве.

Договор о преимущественном праве покупки (*Vorkaufsrechtsvertrag*) предварительным договором не является. В соответствии с договором о праве преимущественной покупки управомоченное лицо получает не только притязание на заключение договора, но и возможность привести себя в правовое положение, которое он занял бы при продаже, иными словами возможность непосредственно, без содействия продавца занять место покупателя. Право преимущественное покупки является самостоятельным преобразовательным правом. Практическое значение такой квалификации, в частности, проявляется в том, что управомоченное лицо имеет возможность посредством одностороннего волеизъявления заключить с обязанным лицом договор купли-продажи на тех условиях, на которых договор был заключен с третьим лицом (§§ 463, 464 ГГУ)³².

Разграничивая договор о преимущественном праве (*Vorhand*) и договор о преимущественном праве покупки Верховный Суд³³ указал на то, что управомоченное лицо не имеет возможности без содействия другой стороны заключить договор. В отличие от права преимущественной покупки (*Vorkaufsrecht*) преимущественное право (*Vorrecht*) преобразовательным не является.

Как отмечается в немецкой доктрине, в соответствии со сложившейся судебной практикой договор о преимущественном праве принято квалифицировать в качестве договора, в соответствии с которым обязанное лицо обязуется передать или принять оферту. При этом совершение указанных действий поставлено в

³¹ Henrich D. Op. cit. S. 296. К данной группе, в частности, относятся случаи, когда по договору с издательством композитор обязуется предоставить издательству преимущественное право на свое музыкальное произведение; когда собственник земельного участка предоставляет преимущественное право строительной организации на случай, если он решит застроить свой земельный участок, если такая организация предложит наиболее выгодные условия или те же (наиболее выгодные) условия, которые предложат иные лица и т.д. (Henrich D. Ibid. S. 298-299.).

³² В случае заключения договора между управомоченным и обязанным лицом перехода прав и обязанностей третьего лица управомоченному лицу не происходит, договор с третьим лицом сохраняет свою силу. В такой ситуации обязанное лицо имеет возможность передать вещь либо управомоченному лицу, либо третьему лицу. В случае передачи вещи третьему лицу, подлежат возмещению убытки (§ 280 ГГУ), причиненные управомоченному лицу; в случае передачи вещи управомоченному лицу, подлежат возмещению убытки, причиненные третьему лицу (Maurer F. *Vorrechte in der vertragsrechtlichen Praxis* // *BWNotZ.* 2004. №3. S. 64).

³³ Цит. по Henrich D. Ibid. S. 300.

зависимость от воли одной из сторон. В этой связи в немецкой литературе поддерживается точка зрения, в соответствии с которой договор о преимущественном праве представляет собой предварительный договор с потестантивным условием (условием, зависящим от воли одной из сторон)³⁴.

В российской правовой науке вопрос о месте преимущественных прав является дискуссионным³⁵. Прежде всего это обусловлено тем, что в отличие от германского законодательства, в российском законодательстве отсутствуют положения, определяющие общие условия использования преимущественных прав. При этом имеется значительное число не связанных между собой положений, определяющих условия возникновения и осуществления отдельных преимущественных прав: преимущественное право арендатора на заключение договора на новый срок и последствия отказа арендодателя от заключения такого договора (ст. 621 ГК РФ), преимущественное право участника общества на покупку отчуждаемой доли (части доли) (ст. 21 Закона об «Об обществах с ограниченной ответственностью»³⁶) и т.д.

Кроме того в доктрине отсутствует единство в вопросе о том, допустимо ли заключение договора о преимущественном праве в случаях, не предусмотрен-

ных законом³⁷. Признавая факт обладания преимущественными правами, не предусмотренными законом меньшей степенью защиты, по сравнению с преимущественными правами, в законе «упомянутыми» мы, тем не менее, полагаем, что предоставление таких прав по соглашению сторон следует признать востребованным оборотом и допустимым.

Во-первых, в силу ч. 2 ст. 421 ГК РФ принцип свободы заключения договора выражается в том, что стороны могут заключить договор, как предусмотренный, так и не предусмотренный законом или иными правовыми актами. Несомненно, при заключении договоров о преимущественном праве следует учитывать требования иных положений законодательства, регулирующие вопросы предоставления преимуществ хозяйствующим субъектам (в частности, ст. 11 Закона «О защите конкуренции»³⁸). Вместе с тем, представляется, что необходимость соблюдения указанных требований не должна являться препятствием для использования конкретного гражданско-правового инструмента в тех случаях, когда закон это допускает (например, в силу прямого указания закона не относятся к ограничивающим конкуренцию соглашения «вертикальные» соглашения между хозяйствующими субъектами (за исключением «вертикальных» соглашений между финансовыми организациями), доля каждого из которых на любом товарном рынке не превышает двадцать процентов; соглашения о предоставлении и (или) об отчуждении права использования результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации продукции, работ или услуг) и не нарушается принцип добросовестности (ч. 3 ст. 1 ГК РФ).

³⁴ Henrich D. Op. cit. S. 302, Herzog N. Op. cit. S. 97-98. Следует отметить, что договор о преимущественном праве, в соответствии с которым на обязанное лицо не возлагается обязанность передать или принять оферту, но возлагается обязанность уведомить управомоченное лицо о своем намерении произвести отчуждение имущества не признается предварительным договором, поскольку управомоченное лицо в таком случае имеет право требовать возмещения убытков, но не заключения основного договора (Henrich D. Ibid. S. 304-305).

³⁵ В.П. Грибанов выделял преимущественные права в отдельную группу субъективных гражданских прав (Грибанов В. П. Осуществление и защита гражданских прав. – М., 2000. С. 295), той же позиции придерживается Л.Ю. Леонова (Леонова Л.Ю. Преимущественные права в гражданском праве: Автореферат дис. канд... юрид. Наук. – М., 2005. С. 6). В.А. Белов рассматривает конструкцию преимущественного права как комплекс относительных и абсолютных прав (Белов В.А. Основы учения о преимущественных правах // Вестник Московского университета. 2001. № 6. С. 48-52). Л.В. Кузнецова, определяя правовую природу преимущественного права, указывает на то, что они могут быть абсолютными или относительными, вещными, обязательственными и т.д. При этом «преимущественность» не затрагивает содержание права и отражается в действительности только на особенностях его осуществления. (Кузнецова Л.В. Преимущественное право: понятие и правовая природа // Журнал российского права. 2010. № 10. С. 53).

³⁶ Федеральный закон от 08.02.1998 г. № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» (принят ГД ФС РФ 14.01.1998 г.) // СЗ РФ. 2012. № 53 (ч. 1). Ст. 7607 (далее – Закон «Об обществах с ограниченной ответственностью»).

³⁷ В.С. Ем, В.А. Белов и ряд иных авторов полагают, что преимущественные права могут возникнуть у субъектов только в случаях, предусмотренных законом. (См. Гражданское право. Общая часть: Учебник. В 4 т. Т. 1. / Под ред. Е. А. Суханова. М., 2008 / Автор главы В.С. Ем. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс»; Белов В.А. Указ. соч. С. 38, 54; Никольский С.Е. Правовая природа преимущественных прав в гражданском праве // Юрист. 2004. № 4. С. 22). Признавая отсутствие законодательного запрета на заключение договоров, не предусмотренных законом, К. Скловский, М. Смирнова, Н.В. Зубарева и др. считают, что преимущественное право может быть предоставлено в соответствии с договором (Скловский К., Смирнова М. Институт преимущественной покупки в российском и зарубежном праве // Хозяйство и право. 2003. №11. С. 104; Зубарева Н.В. Преимущественное право покупки. Автореферат дис. ... канд. юрид. Наук. – М., 2007; Кубарь И.И. Договорные преимущественные права в гражданском праве России // Журнал российского права. 2007. № 10. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс»).

³⁸ Федеральный закон от 26.07.2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (принят ГД ФС РФ 08.07.2006 г.) // СЗ РФ 2013. № 52 (часть 1). Ст. 6988 (далее – Закон «О защите конкуренции»).

Во-вторых, российская доктрина³⁹ и судебная практика⁴⁰ допускают возможность возникновения «обязательств с отрицательным содержанием», которые предусматривают обязанность лица воздержаться от совершения определенных действий, в том числе от совершения конкретных сделок.

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

В-четвертых, практика показывает, что с учетом положений иностранных правопорядков в ходе ведения переговоров и при заключении договора стороны все чаще стремятся получить преимущество перед другими потенциальными контрагентами⁴¹. Данное обстоятельство является существенным для одной из сторон, в связи с чем соответствующее условие должно найти отражение в договоре (ч. 1 ст. 432 ГК РФ).

В российской доктрине в качестве конструкции, которая может быть использована для оформления отношений о предоставлении преимущественного права, одни авторы предлагают использовать своеобразный предварительный договор (где срок не является существенным условием) под отлагательным потестативным условием⁴², другие основной договор с потестативным условием⁴³.

По нашему мнению, могут быть использованы обе конструкции: основной договор с потестативным усло-

вием⁴⁴ и предварительный договор с потестативным условием. В выборе правовой конструкции определяющим будет являться то, имеется ли у сторон возможность исчерпывающе определить условия основного договора или такая возможность отсутствует.

Ограничение предварительного договора от рамочного договора (генерального соглашения)

В соответствии с новеллами ГК РФ рамочным договором (договором с открытыми условиями) признается договор, определяющий общие условия обязательственных взаимоотношений сторон, которые могут быть конкретизированы и уточнены сторонами путем заключения отдельных договоров, подачи заявок одной из сторон или иным образом на основании либо во исполнение рамочного договора (ст. 429.1. ГК РФ). Тожественное понимание места и назначения рамочного договора используется в немецкой доктрине⁴⁵.

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

- в отличие от предварительного договора рамочный договор не содержит обязанности заключить конкретный договор в будущем⁴⁶. Если в рамочном договоре содержится обязанность заключить конкретный договор, такой договор надлежит квалифицировать в качестве предварительного⁴⁷;
- в рамочном договоре отсутствует определенность относительно содержания отдельного договора⁴⁸;
- в отличие от предварительного договора в соответствии с рамочным договором не может быть

³⁹ Гражданское право. Обязательственное право: Учебник. В 4 т. Т. 3 / Под ред. Е. А. Суханова. М., 2008. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».

⁴⁰ Так, в Обзоре судебной практики разрешения споров, связанных с применением положений Гражданского кодекса Российской Федерации о кредитном договоре, ВАС РФ отметил, что не являются ничтожными условия кредитного договора, которые устанавливают обязанность заемщика воздерживаться от совершения определенных действий, в том числе от совершения некоторых видов сделок (получение заемщиком кредитов, выдачу поручительств и передачу имущества в залог) (п. 9 Обзора судебной практики разрешения споров, связанных с применением положений Гражданского кодекса Российской Федерации о кредитном договоре, Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 13.09.2011 г. № 147. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс»).

⁴¹ Того же мнения придерживаются К. Скловский и М. Смирнова (Скловский К., Смирнова М. Указ. соч. С. 104).

⁴² Смирнова М. Привилегированные приобретатели // ЭЖ-Юрист. 2003. № 28. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».

⁴³ Кубарь И.И. Указ. соч. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».

⁴⁴ В российской правовой науке и судебной практике не сложилось единого подхода к решению вопроса о допустимости заключения договоров под потестативным условием (Подробный обзор точек зрения приводится в статье А.Г. Карапетова «Зависимость условия от воли сторон условной сделки в контексте реформы гражданского права» // Вестник ВАС РФ. 2009. № 7. С. 41-42). Мы поддерживаем тех авторов, которые не видят оснований для ограничения свободы договора и запрета на заключение сделок под условием, наступление которого зависит только от одной стороны.

⁴⁵ Henrich D. Op. cit. S. 117.; Hoffbauer C. Der Rahmenvertrag in der Lieferbeziehung. Berlin, 2010. S. 18-19.; Fikentscher W., Heinemann A. Op. cit. S. 84; Wilfried K-F. Outsorsing Schlusselfaktoren der Kundenzufriedenheit. Berlin, 2005. S. 83.

⁴⁶ Fikentscher W., Heinemann A. Op. cit. S. 84; Ефимова Л.Г. Ефимова Л. Г. Рамочные (организационные) договоры. М., 2006. С. 59; Семилютин Н.Г. Договор как инструмент правового регулирования портфельных инвестиций // Регулирование инвестиций в международном частном праве. М., 2008. С. 21.

⁴⁷ Henrich D. Ibid. S. 117; Fikentscher W., Heinemann A. Ibid. S. 84.

⁴⁸ Henrich D. Ibid. S. 117; Hoffbauer C. Ibid. S. 22; Ефимова Л.Г. Указ. соч. С. 59.

- заявлено требование о понуждении к заключению основного договор (отдельного договора)⁴⁹;
- при условии заключения основного договора, предварительный договор считается исполненным. Рамочный договор исполняется в течение определенного времени в ходе заключения отдельных договоров и до момента прекращения его действия имеет цель урегулировать отношения сторон. Предварительный договор не имеет такого регулирующего содержания⁵⁰.

Подводя итоги, отметим, что в Германии и в России используется сходное понимание не только места и роли предварительного договора и смежных правовых конструкций в системе гражданского права, но и оснований их разграничения между собой. В то же время далеко не все вопросы применения указанных

конструкций нашли свое окончательное решение. Здесь стоит обратить внимание на то, что в Германии единообразно и окончательно не определена природа опционного договора, в российской науке нет единства в вопросе о допустимости заключения договоров о преимущественном праве и их правовой природе. Несмотря на это в Германии сделаны попытки найти первостепенные различия между предварительным договором и опционом (учтен характер возникающего права). Бесспорно, допускается заключение договоров о преимущественном праве, вследствие этого могут быть проведены различия между указанной правовой конструкцией и предварительным договором. По нашему мнению, эти наработки являются ценными и могут быть учтены как в нормотворчестве, так и в правоприменении.

Библиографический список:

1. Белов В. А. Основы учения о преимущественных правах. // Вестник Московского университета. 2001. № 6. С. 38-54.
2. Галин К.А. К вопросу о современном содержании принципа свободы договора в законодательстве Германии и России // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2011. № 5. С. 134-139.
3. Галин К.А. Ограничения принципа свободы договора нормами закона в законодательствах Германии и России // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2012. №4. С. 135-143.
4. Грибанов В. П. Осуществление и защита гражданских прав. М., 2000.
5. Егоров А. В. Структура обязательственного отношения: наработки германской доктрины и их применимость в России. // Вестник гражданского права. 2011. № 3. С. 241–274.
6. Карапетов А. Г. Приостановление исполнения обязательства как способ защиты прав кредитора. М., 2011.
7. Кузнецова Л. В. Преимущественное право: понятие и правовая природа // Журнал российского права. 2010. № 10.
8. Скловский К., Смирнова М. Институт преимущественной покупки в российском и зарубежном праве. // Хозяйство и право. 2003. №11.
9. Bork R. Allgemeiner Teil des Buergerlichen Gesetzbuchs. Tuebingen, 2006.
10. Casper M. Der Optionsvertrag. Tuebingen, 2005.
11. Fikentscher W., Heinemann A. Schuldrecht. Berlin, 1997.
12. Geiben N. Der Vorvertrag im Internationalen Privatrecht. Frankfurt m Main, 2007.
13. Henrich D. Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag. Eine dogmatisch-systematische Untersuchung der vertraglichen Bindungen vor und zu einem Vertragsschluss. (Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht). Berlin, 1965.
14. Herzog N. Der Vorvertrag im schweizerischen und deutschen Schuldrecht. Zuerich, 1999.
15. Medicus D. Allgemeiner Teil des BGB. Heidelberg, 2010.
16. Von Einem H. Die Rechtsnatur der Option. Berlin, 1974.

References (transliteration):

1. Belov V. A. Osnovy uchenija o preimushhestvennyh pravah. // Vestnik Moskovskogo universiteta. 2001. № 6. S. 38-54.
2. Galin K.A. K voprosu o sovremennom sodержanii principa svobody dogovora v zakonodatel'stve Germanii i Rossii // Zhurnal zarubezhnogo zakonodatel'stva i sravnitel'nogo pravovedeniija. 2011. № 5. S. 134-139.
3. Galin K.A. Ogranichenija principa svobody dogovora normami zakona v zakonodatel'stvah Germanii i Rossii // Zhurnal zarubezhnogo zakonodatel'stva i sravnitel'nogo pravovedeniija. 2012. №4. S. 135-143.
4. Griбанov V. P. Osushhestvlenie i zashhita grazhdanskih prav. M., 2000.
5. Egorov A. V. Struktura objazatel'stvennogo otnosheniija: narabotki germanskoj doktriny i ih primenimost' v Rossii. // Vestnik grazhdanskogo prava. 2011. № 3. S. 241–274.
6. Karapetov A. G. Priostanovlenie ispolnenija objazatel'stva kak sposob zashhity prav kreditora. M., 2011.
7. Kuznecova L. V. Preimushhestvennoe pravo: ponjatie i pravovaja priroda // Zhurnal rossijskogo prava. 2010. № 10.
8. Sklovskij K., Smirnova M. Institut preimushhestvennoj pokupki v rossijskom i zarubezhnom prave. // Hozjajstvo i pravo. 2003. №11.

⁴⁹ Henrich D. Ibid. S. 117.

⁵⁰ Hoffbauer C. Op. cit. S. 22; Ефимова Л.Г. Рамочные (организационные) договоры на внебиржевом межбанковском рынке ценных бумаг // Законы России: опыт, анализ, практика. 2006. № 7. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».