

СОДЕРЖАНИЕ

Введение.....	3
1 Происхождение опционного договора.....	9
1.1 Феномен опционного договора.....	9
1.2 Подходы к пониманию опционного договора.....	12
1.2.1. Общие представления об опционном договоре в общем праве.....	13
1.2.2. Теория разделения договоров.....	18
1.2.3. Теория единого договора.....	20
1.2.4. Практические аспекты применения теорий.....	22
2 Значение и признаки опционного договора.....	28
2.1 Экономическое значение опционного договора.....	28
2.2 Признаки опционного договора.....	31
Заключение.....	41
Список использованных источников.....	44

ВВЕДЕНИЕ

Актуальность темы исследования. Федеральным законом от 08.03.2015 N 42-ФЗ¹ в Гражданский кодекс Российской Федерации² (далее – Гражданский кодекс РФ, ГК РФ) были введены новые конструкции договоров, ранее неизвестные этому документу, метко охарактеризованному А. Маковским³ в качестве «экономической конституции» России. Речь идет об опционном договоре, предусмотренном ст. 429.3 Гражданского кодекса РФ и ряде других договоров (предварительный, рамочный и пр.).

Однако принципиально новыми для нашей правовой системы данные договоры не являются – в отсутствие соответствующего понятийного аппарата в ГК, такие конструкции активно применялись на практике. Прежде всего, они имели право на существование в силу действия принципа свободы договора, закрепленного п.1 ст.8, п.2 ст.421 ГК РФ. Кроме того, существовал ряд актов, успешно оперировавших категориями «опциона», «опционного договора» в ходе освещения содержания нормативного материала. Все это способствовало использованию участниками делового оборота договоров, обладающих аналогичными признаками. Опционный договор уже давно используется в предпринимательских отношениях⁴. Однако давность применения опционных контрактов⁵ (опциона и опционного договора) в отсутствие нормативной

¹ О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации: федер. закон от 8 марта 2015 г. № 42-ФЗ // Собрание законодательства РФ. – 2015. – № 10. – Ст. 1412.

² Гражданский кодекс Российской Федерации: федер. закон от 30 нояб. 1994 г. № 51-ФЗ // Собрание законодательства РФ. – 1994. – № 32. – Ст. 3301.

³ См.: Избранные труды по гражданскому праву. Из истории цивилистической мысли. Гражданское правоотношение. Критика теории "хозяйственного права" / Иоффе О.С. – М.: Статут, 2003. – С. 9.

⁴ Постановление ФАС Московского округа от 28 февр. 2002 г. по делу № КГ-А40/796-02 // Справочная правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru>; Постановление ФАС Московского округа от 27 февр. 2010 г. по делу № КГ-А40/594-10 // Справочная правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru>; Постановление ФАС Московского округа от 30 нояб. 2010 г. по делу № КГ-А40/14297-10 // Справочная правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru>; Определение Высшего Арбитражного суда РФ от 10 июня 2010 г. № ВАС-7102/10 по делу № А40-53877/09-59-434 // Справочная правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru>.

⁵ Появление опциона как одной из срочных сделок относится к 1634—1637 гг. См. подробнее: Бородач Ю.В. Применение опционных контрактов на российском финансовом рынке: Дис. ...канд. экон. наук: 08.00.10.СПб., 2003. С.10.

гражданско-правовой конструкции отнюдь не нивелирует значение⁶ введения статей 429.2 и 429.3 в ГК. В связи с отсутствием детального регулирования в российском законодательстве договоры, заключенные по конструкции опциона, нередко становились причиной судебных разбирательств. Легальностью этих правовых инструментов еще летом 2015 г. успели воспользоваться банки, установив, что по опционам можно получать плату за реализацию возможностей, предусмотренных договором – к примеру, это может быть возможность получить сумму, предусмотренную договором кредитной линии, или досрочно погасить кредит⁷.

Согласно легальной дефиниции, опционный договор представляет собой соглашение, по которому одна сторона на условиях, предусмотренных этим договором, вправе потребовать в установленный договором срок от другой стороны совершения предусмотренных опционным договором действий (в т.ч. уплатить денежные средства, передать или принять имущество), и при этом, если управомоченная сторона не заявит требование в указанный срок, опционный договор прекращается.

Помимо указанной новеллы, Федеральному закону №42-ФЗ своим появлением также обязаны конструкции «рамочного договора» (Ст. 429.1. ГК РФ) и «опциона на заключение договора» (Ст. 429.2. ГК РФ). Дальнейшее практическое использование указанных категорий также не вполне ясно и часто вводит юристов в замешательство. В прояснении нуждается в т.ч. вопрос

⁶ Однако, некоторые специалисты все же выражают категорический протест против введения опциона и опционного договора в качестве самостоятельных категорий. Так, В.В. Витрянский в ходе Всероссийского спутникового онлайн-семинара на тему «Новеллы ГК о договорах. Комментарий к Федеральному закону от 8 марта 2015 г. № 42-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации», прошедшего в компании «Гарант» 22 апреля 2015 г., отметил, что «определение опционного договора и установленное ст. 429.3 ГК РФ его регулирование не дают оснований для отнесения данного договора к специальному виду. Право требовать от должника определенных действий является предметом любого договорного обязательства, а в случае установления в законе или договоре правила о том, что окончание срока действия договора влечет прекращение обязательств сторон (ч. 3 ст. 425 ГК РФ), непредъявление кредитором своего требования в указанный срок будет означать прекращение договора. Поэтому выделение отдельной статьи об опционном договоре совершенно излишне». Цит. по: Короткова М.В. Новые виды обязательств и договоров в части первой ГК России / М.В. Короткова // Законы России. – 2016. – №1. – С.8-13.

⁷ Банки увидели пользу в возмещении потерь и опционах [Электронный ресурс] // Информационный интернет-портал «Zakon.ru» – Режим доступа: <http://zakon.ru>.

соотношения «опционного договора» с возникшим «опционом на заключение договора».

Особый интерес представляет трактовка опционного договора, в частности, Центральным банком Российской Федерации в своем Указании от 16.02.2015 г. №3565-У «О видах производных финансовых инструментов»⁸, а также обращение к экономическому пониманию «опциона», столь актуальному на фондовой бирже. Какого же соотношение между т.н. «опционом на продажу» (с англ. put option), «опционом на покупку» (с англ. call option) и опционом ст. 429.2 ГК РФ, и как все это связано с опционным договором ст. 429.3 ГК РФ, если вообще связано?

В контексте реформы гражданского законодательства в российской правовой прессе неоднократно всплывали аналогичные вопросы, и авторитетные юристы пытались дать на них ответы. Зачастую их мнения сосредотачивались на акцентировании чужеродности той или иной новеллы из поименованных выше, на отсутствии необходимости заимствования «ростков» англо-саксонского права, оторванных от почвы своего происхождения. Эти заявления местами справедливы, местами поспешны – но где именно проходит грань между действительным положением дел и домыслом, нам и предстоит выяснить в ходе текущей работы.

Объектом данного исследования является опционный договор, представляющий собой договорную конструкцию, предусмотренную ст. 429.3 Гражданского кодекса РФ. **Предметом** выступает совокупность отношений, опосредуемых данной договорной конструкцией, основные признаки опционного договора, его происхождение и использование в зарубежных правовых порядках, соотношение со смежными юридическими конструкциями.

Цель работы состоит в изучении имплементированной в российское гражданское право конструкции «опционного договора», истоки которой

⁸ Указание Центрального банка РФ от 16 фев. 2015 г. №3565-У «О видах производных финансовых инструментов» // Вестник Банка России. – 2015. – №28.

следует искать отчасти в достижениях английского судебного правотворчества⁹, отчасти в доктринальном наследии немецких юристов.

Достижению указанной цели предшествует выполнение ряда **задач**, среди которых: изучение явления опционного контракта в английском праве¹⁰, обращение к немецко-правовым корням опционного договора и опциона, анализ соотношения опционного договора со смежными юридическими конструкциями (опцион на заключение договора, абонентский договор и др.), экономическими конструкциями (опцион на продажу, опцион на покупку и др.). Подлежат выделению основные признаки опционного договора – его условия (существенные и те, при наличии которых сторона может потребовать исполнения), форма, срок, возмездность. Кроме того, необходимо установить экономический и правовой смысл конструкции опционного договора и его закрепления в ГК РФ. Порядок выполнения задач по ходу исследования (и само строение исследовательской работы) обусловлено необходимостью раскрыть признаки конструкции опционного договора с опорой на его происхождение и первоначальные цели заимствования указанной категории.

Методологическую основу исследования составляет, прежде всего, диалектика, как всеобщий метод познания. В исследовании широко используются общенаучные методы, а именно - анализ, синтез, дедукция, индукция, системный подход. Также применяются частноправовые средства, позволяющие достигнуть конкретного, детального знания о тех или иных правовых явлениях с помощью методологической функции специальных конструкций. Используется формально-юридический метод и метод сравнительного правоведения, благодаря которому макро-сравнение правовых систем вообще стало возможным.

⁹ Или же правоприменения – употребление конкретного термина для обозначения указанной деятельности судов будет зависеть от понимания ее сущности. Как правило, юристами континентального права вынесение пространных стостраничных решений англичан со ссылками на разного рода сочинения британских философов и признанных знатоков права первой половины XVIII в. понимается именно в качестве правотворчества (процесса создания правил поведения, которых ранее не было – а иногда и вопреки уже существующим в статутном праве правилам).

¹⁰ Что включает в себя обращение к статутному праву (statute law), прецедентному праву (case law), а также трудам авторитетных британских ученых и юристов.

Для наиболее полного и всестороннего рассмотрения явления опционного контракта понадобилось обращение к множеству литературных источников, часть из которых – на языке оригинала, что объясняется недавним появлением опционного договора в ГК РФ и пока еще недостаточным вниманием отечественных правоведов к указанной новелле, а также отсутствием состоятельных попыток перевода трудов английских и американских исследователей, посвященных изучению особенностей опционного договора. В качестве **теоретической основы** дипломной работы использовались зарубежные работы следующих авторов – Р. Давида, К. Жоффре-Спинози, А. Корбина, Р. Кросса, К. Ларенца, Ф. Полока, Дж. Читти. Привлечение монографий М.М. Агаркова, А.В. Белова, О.С. Иоффе, С.Ф. Кечекьяна, А.Л. Маковского, Д.И. Мейера, А.М. Михайлова, В.В. Оробинского, О.Ю. Шиловцова также оказалось очень полезным. Большое значение для данной работы имели статьи А.Г. Карапетова, М. Кокориной, М.В. Коротковой, Н. Красникова, Г.В. Мельничука, В.В. Ралько, Я.А. Чернобель, а также видеоматериалы А. Чумакова, диссертация Е.Б. Подузовой, позволившие изучить зарубежные правовые институты и провести сравнение с тем, что называют их аналогами в других правовых системах, в т.ч. в отечественной.

Нормативной основой исследования выступает система действующих источников российского права, в частности, положения российского гражданского законодательства, федеральных законов.

Эмпирической базой исследования явились акты арбитражных судов, судов общей юрисдикции.

Дипломная работа состоит из введения, двух глав и заключения, списка использованных источников.

Первая глава включает в себя два параграфа. В первом параграфе раскрывается суть опционного договора, вводятся основные понятия, используемые далее по ходу исследования. Второй параграф посвящен основным подходам к пониманию феномена опционного договора.

Вторая глава также включает в себя два параграфа. Первая глава освещает экономическое значение опционного договора. Во второй главе рассматриваются основные признаки опционного договора.

1. Происхождение опционного договора

1.1. Феномен опционного договора

Слово «опцион» («option») происходит от лат. «opto» - выбирать¹¹. Отсюда берет свое начало и знакомое нам слово «опция», означающее в самом общем смысле один из предлагаемых вариантов выбора¹². С появлением опциона и опционного договора (оба имеют слово «option» в своем составе) в Гражданском кодексе РФ, среди юристов возникло небольшое замешательство относительно их соотношения между собой, природы каждого из них. В частности, субъектов гражданского оборота стали интересовать их различия, возможности, которые может предоставить один, но не может предоставить другой.

По опционному договору одна сторона, именуемая в английском праве «option-holder»¹³, т.е. «держатель опции»¹⁴, держатель возможности осуществить выбор между какими-либо альтернативами (согласно ст.423.3. ГК РФ – между двумя альтернативами – потребовать совершения каких-либо действий от контрагента или не требовать в течение определенного срока и, как следствие, это право потерять) на условиях, предусмотренных этим договором, вправе потребовать в установленный договором срок от другой стороны совершения предусмотренных опционным договором действий (в т.ч. уплатить денежные средства, передать или принять имущество), и при этом, если

¹¹ Corbin A. Option contracts / A. Corbin // Faculty Scholarship Series. – Paper 2902. – 1914. – P. 641.

¹² «ОПЦИЯ -и; ж. [англ. option от лат. optio (optiōnis) - выбор, рассмотрение]: 1. Торг. То, что за дополнительную плату предлагается выбрать как составную часть покупки. Эти приспособления являются опциями последней модели нашего автомобиля; 2. Информ. Один из возможных режимов работы компьютерной программы (список команд, их параметров и т.п.). Установить опцию поиска слов». См.: Большой толковый словарь русского языка/ Гл. ред. С. А. Кузнецов. – 1-е изд-е. СПб.: Норинт, 1998.

«Опция - элемент меню; один из предлагаемых вариантов выбора». См.: Финансовый словарь «Финам» [Электронный ресурс] // Информационный интернет_портал «Финам». Режим доступа: <http://www.finam.ru/dictionary>.

¹³ Corbin A. Option contracts / A. Corbin // Faculty Scholarship Series. – Paper 2902. – 1914. – P. 641.

¹⁴ Также часто встречается словосочетание «держатель опциона». Однако, по тексту данной работы будет использоваться именно «держатель опции», что позволит избежать замешательства на предмет соотношения «опциона», «опционного договора», «опциона эмитента» и пр.

управомоченная сторона не заявит требование в указанный срок, опционный договор прекращается.

А, согласно ст. 429.2 ГК РФ, *в силу соглашения о предоставлении опциона на заключение договора (опцион на заключение договора) одна сторона посредством безотзывной оферты предоставляет другой стороне право заключить один или несколько договоров на условиях, предусмотренных опционом.* В случае, когда опционом на заключение договора срок для акцепта безотзывной оферты не установлен, этот срок считается равным одному году, если иное не вытекает из существа договора или обычаев.

Чтобы разобраться с тем, что именно имел в виду законодатель, заимствуя конструкции зарубежных правовых порядков, необходимо обратиться к самой природе *опционного соглашения, контракта (option contract)*. Указанный термин будет применяться в данной работе с целью выдержки определенной дистанции между категориями российского права и зарубежными категориями – он не позволит смешать их¹⁵. Учитывая английские корни происхождения опциона и опционного договора и единство термина, предусмотренного для обозначения их обоих в Англии, в настоящей работе также предлагается использовать словосочетание «опционное соглашение» для обозначения категории, общей для ст. 429.2 (опцион на заключение договора) и 429.3 (опционный договор).

Таким образом, чтобы понять, почему из единой категории английского *опционного соглашения* в отечественном ГК выделилось два его вида, не выводимых практикой судов Англии и Уэльса (и уяснить существо отличий между этими видами), нужно обратиться к самому первоисточнику – правовому регулированию опционного соглашения на Британских островах. Кроме того,

¹⁵ В любом сравнительно правовом исследовании этот момент очень важен. Смысловая единица, стоящая за одним термином, не тождественна единице, стоящей за другим. Равно, как мы не можем приравнивать категорию преступления в российском праве («виновно совершенное общественно опасное деяние, запрещенное УК РФ под угрозой наказания») к немецко-правовому «Straftat» (пусть имеющему сходные признаки, но включающему два вида правонарушений), мы не можем считать категорию английского права «option contract» (которая уже в силу своего наименования является конструкцией контрактного права Англии, выстроенного совсем иначе) равной по объему опционному договору ст. 429.3 или опциону на заключение договора ст. 429.2 ГК РФ.

следует обратить внимание и на немецкую правовую доктрину, служащую основанием для развития конструкции опционного договора в странах континентально-правовой системы, т.к. подходы к сущности опционного соглашения в Англии и Германии различаются, а источник непосредственного заимствования категории в российское законодательство, доподлинно не известен¹⁶. Между тем, он имеет важное практическое значение. Ни одна категория не включается в законодательство произвольно (во всяком случае не должна) – заимствуя тот или иной институт законодатель пытается защитить интересы субъектов гражданского права с опорой на апробированную практику иных правопорядков, а также эффективно встроить его в уже существующую систему правовых гарантий. Следовательно, правовой бэкграунд имеет важное значение – только через применение правовых механизмов (заимствованных и смежных) на практике и правила такого применения в стране происхождения можно понять, реализации каких целей служит использование этих категорий, их заимствование и внедрение.

Это можно пояснить на примере включения в ГК РФ правил о возмещении имущественных потерь, возникающих при наступлении определенных обстоятельств и не связанных с нарушением договора (Ст. 406.1 ГК РФ). В попытках понять, что же это за потери, по недвусмысленному выражению В.В. Орбинского, «многие русские цивилисты получили вывих мозга»¹⁷. Однако, вскоре стало понятно, что законодатель ориентировался на английский институт «indemnity» и заранее взятое на себя обязательство возместить потери стороны, возникшие из-за некоего внешнего риска. В качестве примера применения этого института можно привести следующее: заказчик ведет переговоры с подрядчиком, требуя построить больницу недалеко от границы, в беспокойном районе. Учитывая общее правило об оплате после постройки и сдачи объекта заказчику, подрядчик начинает

¹⁶ Соответственно, это может быть английская или немецкая концепция, которые, будучи продолжателями традиций англо-саксонской и континентальной правовых систем, в корне своем отличаются друг от друга.

¹⁷ Орбинский В. В. Английское договорное право: просто о сложном / В.В. Орбинский. – Ростов н/Д: Феникс, 2015. – С.263.

беспокоиться о том, что стройка может занять больше оговоренного времени, что стройматериалы могут быть утрачены (украдены, уничтожены и пр.), что безопасности работников может что-то угрожать и т.д. Каким образом можно защитить интересы подрядчика? Вариантов несколько¹⁸ - но одним из них – интересующим нас сейчас – является именно договоренность о возмещении заказчиком имущественных потерь, возникающих при поджоге стройматериалов посторонними лицами, их утрате.

Отечественный юрист¹⁹, обращаясь к практике английских судов, устанавливает, в каких именно ситуациях эта конструкция сторонами использовалась, как и по какой схеме можно попробовать защитить интересы российских предпринимателей, используя зарубежный паттерн. Следовательно, он учитывает правовой бэкграунд и особенности собственной правовой среды. Допустим, для российского договорного права явление принятия участником делового оборота риска за последствия, которые могут быть практически никак не связаны с его поведением (воплощение «indemnity»), как минимум, нетрадиционно. После уяснения происхождения конструкции, субъектам важно понять, как будет соотноситься ст. 406.1 ГК с уже устоявшимся порядком распределения рисков в договорных обязательствах – например, в договоре контрактации.

И таков механизм применения любой новеллы, заимствованной из зарубежных источников. Именно поэтому мы и обратимся к изучению правового бэкграунда опционного соглашения в принципе и опционного договора как предмета настоящего исследования, в частности.

1.2. Подходы к пониманию опционного договора

¹⁸ 1) Заказчик за свой счет нанимает охранную фирму и охраняет стройплощадку; 2) Поэтапная сдача (залит фундамент – сдал результат заказчику, получил деньги; возвел первый этаж ... и т.д.

¹⁹ Как понятие собирательное. Никто не утверждает, что каждый рядовой юрист знакомится с содержанием англоязычных источников, однако, с ними знакомятся высшие судебные инстанции, время от времени проясняющие, как применять положения гражданского законодательства, и субъекты предпринимательства (или их юристы).

1.2.1. Общие представления об опционном договоре в общем праве

В общем праве²⁰ (Англия и Уэльс²¹, США) существует 3 неотъемлемых элемента любого договора: 1) соглашение; 2) намерение заключить договор; 3) встречное удовлетворение²². Для самого опционного договора в Англии существует специальный термин «option contract», означающий договор, который обусловлен обещанием не отзывать оферту, возникающий после того, как акцептант обеспечит ее встречным удовлетворением. Такое толкование прослеживается в ряде судебных решений (к примеру, *Barton v Thaw* (1914)²³, *Spiro v Glencrown Properties Ltd* (1991)²⁴.

Также под опционом понимается «непринятая оферта»²⁵, «договор, в соответствии с которым владелец собственности приходит к соглашению с другим лицом о том, что ему следует приобрести право купить эту собственность по определенной цене в пределах конкретного временного промежутка»²⁶. Особенно полной и эстетически красивой представляется следующая позиция: «Опцион это не действующий, существующий договор, а право, предоставленное существующим договором. В общих чертах, опцион – это еще не акцептованная оферта (еще не оформленное обязательство), обещание без взаимности, еще не созревшее до цельного, законченного соглашения»²⁷.

При анализе всех приведенных дефиниций подлежат выделению два основных признака опционного контракта:

²⁰ Под «общим правом» здесь понимается «англо-американская правовая семья в целом (антагонизм континентальной правовой семье)». См. подробнее: Михайлов А.М. Судебная власть в правовой системе Англии. / А.М. Михайлов. – М.: Юрлитинформ, 2009. – С.38.

²¹ В данной работе речь идет о развитии концепта опционного соглашения не в Великобритании в целом, а именно в Англии и Уэльсе, т.к. правовые системы составных частей Соединенного Королевства существенно отличаются.

²² Advocates for International Development, At a glance guide to Basic principles of English Contract Law [Electronic resource] / Web-site «Advocates for International Development». – Available at: <http://www.a4id.org/sites/default/files/user/documents/english-contract-law.pdf>.

²³ Judgment of 12 February 1914 «*Barton v. Thaw*» // Casebrief.me database. – Available at: <http://casebrief.me/>

²⁴ Judgment of 17 July 1991 «*Spiro v Glencrown Properties Ltd*» [Web resource] // Casebrief.me database. – Available at: <http://casebrief.me/>

²⁵ Judgment of 14 September 1893 «*McMillan v. Phila. Co.*» // Casebrief.me database. – Available at: <http://casebrief.me/>

²⁶ Judgment of 3 August 1875 «*Ide v. Leiser*» // Casebrief.me database. – Available at: <http://casebrief.me/>

²⁷ Judgment of 23 January 1910 «*Rivers v. Oak Lawn S .Co.*» // Casebrief.me database. – Available at: <http://casebrief.me/>

1. Обещание не отзывать оферту.
2. Наличие встречного удовлетворения.

Так как опцион представляет собой *безотзывную оферту* (первый признак), для наибольшего уяснения ее значения следует обратиться к пониманию оферты британскими судами²⁸. Оферта – это выражение воли заключить договор на специальных условиях, совершенное с намерением быть связанным обязательством в случае принятия предложения человеком, которому оно адресовано (акцептантом)²⁹. Российская дефиниция оферты дана в ст. 435 ГК³⁰ и не имеет принципиальных отличий. Все эти обстоятельства чрезвычайно важны, поскольку любое сравнительно-правовое исследование, чтобы привести к сколько-нибудь состоятельному результату, должно оперировать понятиями равнозначного объема. Недостаточно вооружиться сходно звучащими терминами, применяемыми в разных культурных и языковых средах, и начать поиски связи между ними, поскольку она может и вовсе отсутствовать.

Однако, следует учесть, что свойственный правопорядкам континентальной системы принцип безотзывности оферты³¹ абсолютно не характерен для англосаксонской правовой системы. Там, по общему правилу, оферта может быть отозвана в любое время до момента ее акцепта³². Это и обусловило возникновение опционного соглашения именно в Англии – скептицизм же в отношении российского опциона во многом вызван тем

²⁸ А основные правила оферты в английском праве таковы: 1.Предложение заключить договор может быть направлено одному лицу, группе лиц или всему миру (речь идет, к примеру, об объявлении с просьбой вернуть потерявшегося питомца хозяину за вознаграждение); 2.Предложение заключить договор должно быть четким, ясным, определенным. Должно быть явно выражено словами или поведением субъекта; 3.Предложение заключить договор должно быть сообщено второй стороне договора; 4.Пока предложение заключить договор не принято, предложение можно отозвать. Об отзыве предложения (оферты) нужно обязательно сообщить второй стороне. Оферта не может быть отозвана, если вторая сторона начала выполнять условия договора, которые содержатся в оферте. See: Advocates for International Development, At a glance guide to Basic principles of English Contract Law [Electronic resource] / Web-site «Advocates for International Development». – Available at: <http://www.a4id.org/sites/default/files/user/documents/english-contract-law.pdf>.

²⁹ Judgment of 14 March 1974 «Stover v Manchester City Council» // Swarb database. – Available at: <http://swarb.co.uk/>

³⁰ Офертой признается адресованное одному или нескольким конкретным лицам предложение, которое достаточно определенно и выражает намерение лица, сделавшего предложение, считать себя заключившим договор с адресатом, которым будет принято предложение.

³¹ Согласно ст. 436 ГК РФ, по общему правилу, оферта является безотзывной.

³² См.: Чернобель Я.А. Опционные конструкции в Гражданском кодексе РФ [Электронный ресурс] / Чернобель Я.А. // Справочная правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru>.

соображением, что вне зависимости от заключения опциона направленная оферта не может быть отозвана оферентом.

Необходимость *наличия встречного предоставления* между сторонами соглашения и определение этому понятию были даны в деле *Dunlop v. Selfridge (1915)*³³. По мнению Палаты Лордов, под «встречным удовлетворением» понимается то, что одна сторона должна заплатить (или предоставить т.к. это не обязательно должно быть выражено в денежном эквиваленте) в рамках обязательства другой стороне; и указанное обязательство должно быть юридически обязывающим».

В.В. Оробинский, сравнивая российское контрактное право с английским³⁴, акцентирует внимание на том, насколько различное значение придается встречному предоставлению в той и другой системе. В качестве примера автор обращается к ситуации³⁵, в которой зять, разговаривая однажды вечером со своей тещей по телефону, соглашается передвинуть по ее просьбе шкаф на следующий же день. Когда наступает следующий день, молодой человек совершенно об этом забывает, проводя время по своему разумению. И утром находит в своем почтовом ящике иск от тещи, в котором женщина просит суд взыскать с зятя сумму, уплаченную транспортной компании за перевозку шкафа, которую он обязался выполнить самолично.

Рассуждая о том, в каком из правовых порядков этот иск имеет больше шансов быть удовлетворенным, В.В. Оробинский приходит к выводу о том, что хоть какой-то успех это заявление может иметь лишь в российской правовой системе³⁶, в английской – нет. И причиной тому служит именно отсутствие встречного удовлетворения³⁷.

³³ «What one party must “pay” (not necessarily in financial terms) for promise of other party such that promise becomes legally binding (i.e. gives rise to valid contract)». See: Judgment of 26 April 1915 «Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v. Selfridge and Co Ltd» // Case Briefs Wikia database. – Available at: <http://casebrief.wikia.com/>).

³⁴ Оробинский В. В. Указ. соч. – С. 124, 125.

³⁵ Там же.

³⁶ Данное утверждение несколько гиперболично (хотя бы из-за отсутствия доказательств, на которых основывалось бы исковое требование в потенциально возможной ситуации) и, вероятнее всего, представляет собой литературный прием, использованный автором для расставления акцентов по интересной ему проблематике – вниманию к наличию встречного удовлетворения в двух правовых семьях.

³⁷ Исключения из этого правила – договоры дарения и безвозмездного пользования. См. подробнее: Оробинский В. В. Указ. соч. – С. 129.

Что же делает встречное удовлетворение такой центральной категорией английского права? Ответ на этот вопрос следует начать с имеющихся в англосаксонских правовых порядках разновидностей договоров.

Для наибольшего удобства их предлагается отобразить на схеме следующего содержания:

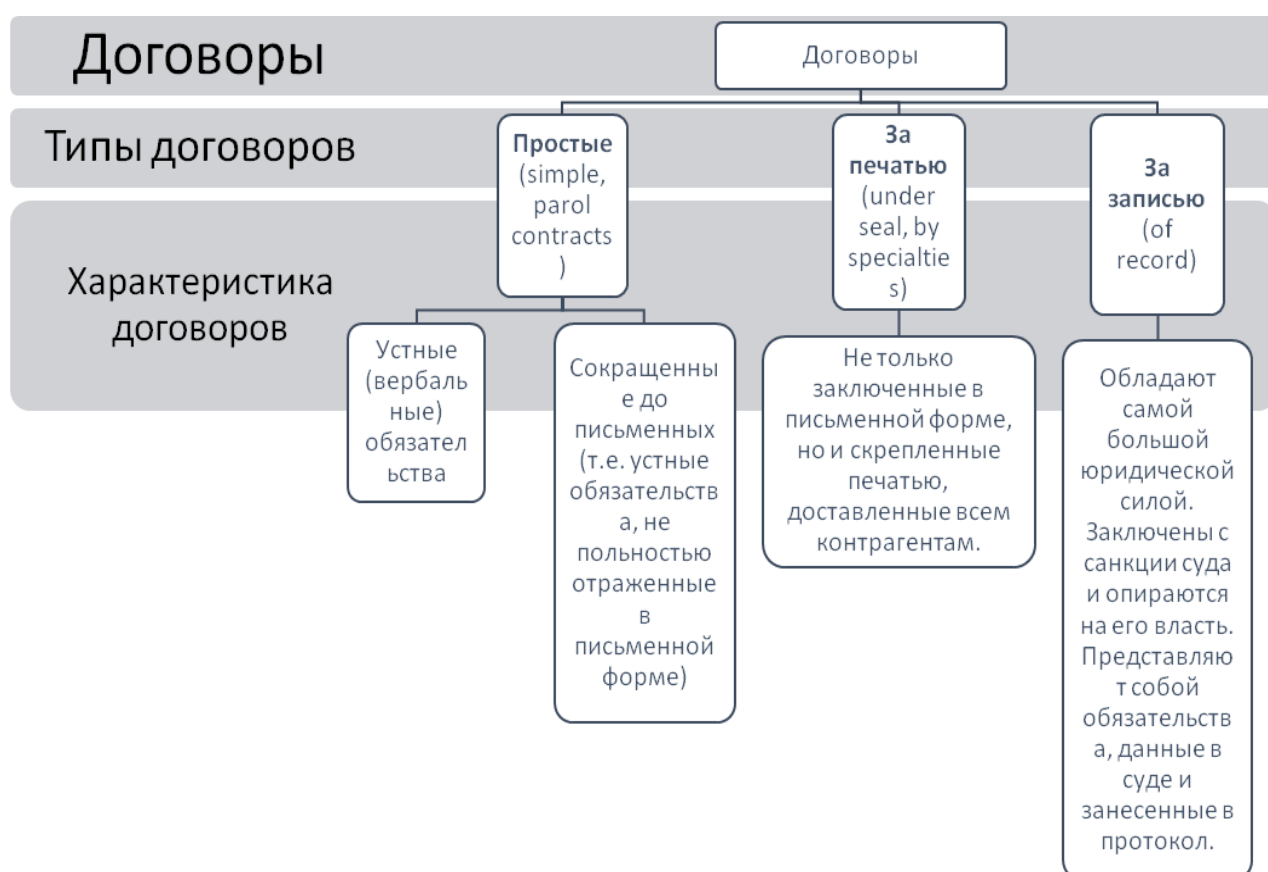


Рисунок 1 – Виды договоров в английском праве³⁸.

Как и любой другой договор, на практике опционный контракт может быть «за печатью» («under seal») или обычный, простой («not sealed»)³⁹.

³⁸ Схема составлена с учетом ряда прецедентных судебных решений, а также доктринальных источников. Опирается на классификации, приведенную в учебнике Джозефа Читти, автора первых изданий бестселлера Chitty on Contracts. See: Chitty J. A practical treatise on the law of contracts, not under seal. Third American edition / J. Chitty // Philadelphia: Grigg & Elliot. – 1834. – P. 1-3.

Необходимо отметить, что третья разновидность контрактов («за записью») выделяется в этой классификации в качестве обособленной категории не всегда, поскольку в таком случае критерий их разграничения несколько «смазывается». Договоры of record часто относят ко второму виду формальных контрактов (formal contracts). Первый же вид представляют собой контракты under seal (См. например: Оробинский В. В. Указ. соч. – С. 176, 177.). Таким образом, не представляет особой разницы, в каком виде указанная схема будет представлена – в приведенном на рисунке выше или ином, существующем в английской правовой доктрине.

³⁹ Corbin A. Option contracts / A. Corbin // Faculty Scholarship Series. – Paper 2902. – 1914. – P. 642–663.

Особенность здесь (для опционного договора и для всех других контрактов вообще) заключается в том, что для придания юридической силы договору «за печатью», ему не обязательно нужно иметь встречное удовлетворение, в отличие от простого договора⁴⁰, ведь он характеризуется большей степенью юридической защиты.

В данном случае (когда теща просит передвинуть шкаф) договор заключается в устной форме и по английскому праву подлежит квалификации в качестве простого – а потому требует наличия встречного удовлетворения, как гарантии дополнительной защиты. Это и служит основным назначением встречного удовлетворения. А сама по себе идея *consideration* сложилась в Соединенном Королевстве в XV веке⁴¹ и обязана своему широкому применению основным принципам английского контрактного права и, возможно, даже совершенствованию британской правовой системы в связи с появлением наряду с общим правом⁴² (*common law*) права справедливости (*law of equity*).

С учетом необходимости отхода от формализма, судьям приходилось⁴³ рассуждать индуктивно: от частного к общему. Т.е., имея абстрактное правило (принцип договорного права) и конкретную ситуацию, произошедшую в реальной жизни, суд принимался (и принимается) собственноручно создавать

⁴⁰ Chitty J. A practical treatise on the law of contracts, not under seal. Third American edition / J. Chitty // Philadelphia: Grigg & Elliot. – 1834. – P. 1-3). Впервые правило получило закрепление в деле *Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v. Selfridge and Co Ltd*. See: Judgment of 26 April 1915 «*Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v. Selfridge and Co Ltd*» // Case Briefs Wikia database. – Available at: <http://casebrief.wikia.com/>.

⁴¹ Полок Ф. Принципы договора: в общем праве и праве справедливости / Ф. Полок. – Англия, изд-во Роберт Кларк и компания, 1881. – С. 168.

⁴² Здесь термин употребляется в другом лексическом значении. В узком смысле под «общим правом» понимается «неписаное судебное право, сложившееся в Англии в XII-XIII веках в результате ранней централизации королевской власти и практики Вестминстерских и разъездных королевских судов <...> на основе общих, действующих на всей территории английского государства, правовых обычаев, а также норм, созданных самими королевскими судьями в результате рассмотрения конкретных дел». См.: Михайлов А.М. Указ. соч. – С.38. Указанное право на определенном этапе заострилось под весом своей пробельности, чрезмерного формализма, частотой подкупа судей, а также удаленностью королевского правосудия. В качестве наглядного примера можно привести возникновение стандартных исковых формуляров (*forms of action*). Каждый формуляр соответствовал определенным обстоятельствам дела, предписывал определенные судебные процедуры, по-своему именовал сторон и пр. А если вдруг субъектами использовался неподходящий формуляр, суд поданный иск отклонял. В этих условиях стало очевидно: статичное общее право, формализованное сверх разумных пределов, перестало отвечать нуждам совершенствовавшейся правовой системы. И именно в этот период в качестве альтернативы появляется «право справедливости», устраняющее большинство из отмеченных выше недостатков.

⁴³ Англо-саксонская правовая система характеризуется этим и сейчас.

промежуточные звенья между этими двумя точками, творя справедливость и опираясь на право⁴⁴. А исходя из назначения института встречного удовлетворения, неудивительно, что необходимость его наличия прямым текстом констатировалась судами, начиная со знаменитого дела *Currie v. Misa* (1875). В решении по нему судья Роберт Лаш (R. Lush) впервые высказал следующую идею: «встречное удовлетворение – какое-то право, интерес, выгода или прибыль, которую получает одна сторона, или воздержание, убыток, потеря или принятая на себя ответственность другой стороны»⁴⁵.

Однако, в Гражданском уложении Германии отсутствует термин, аналогичный британскому «option contract»⁴⁶ и российскому «опционный договор»⁴⁷. Тем не менее, если обратиться к немецкой доктрине, мы все же обнаружим две основные теории относительно природы опционного соглашения⁴⁸.

1.2.2. Теория разделения договоров

Первая теория получила название *теории разделения договоров* («Trennungstheorie») – она берет свое начало в трудах Карла Ларенца⁴⁹. В ее основу положено утверждение о наличии двух самостоятельных соглашений – основного и непосредственно опционного (как соглашения предварительного характера). В опционном соглашении содержится возможность (т.е. сам контракт служит основанием) возникновения «одностороннего заявления формирующего и изменяющего характера со стороны одного из субъектов».

⁴⁴ Что контрастирует с романо-германским подходом к квалификации: движение от нормы права к конкретной ситуации в поисках соответствия.

⁴⁵ «A valuable consideration, in the sense of the law, may consist either in some right, interest, profit, or benefit accruing to the one party, or some forbearance, detriment, loss or responsibility, given, suffered, or undertaken by the other». See: Judgment of 7 June 1875 «Currie v. Misa» // Webstroke Law database. – Available at: <https://webstroke.co.uk/>.

⁴⁶ Следует отметить, что пытаясь отыскать упоминание об опционном контракте в британском праве, мы обращаемся, в первую очередь, к судебным решениям.

⁴⁷ Кокорина М. Опционный договор в немецком и англо-американском праве [Электронный ресурс] // Информационный интернет-портал юридического института «М-ЛОГОС». – Режим доступа: <http://www.m-logos.ru/>

⁴⁸ Обе базируются на соотношении «Optionsvertrag» (опционный договор) и «Hauptvertrag» (основной договор).

⁴⁹ В частности, К. Ларенц (K. Larenz) является автором знаменитого «Учебника по обязательственному праву». Siehe: Larenz K. Lehrbuch des Schuldrechts, Besonder Teil. / K. Larenz // – München: C.H. Beck'sche Verlags Buchhandlung. – 1986.

Соответственно, вместе с опционным соглашением возникает независимое (секундарное⁵⁰) право по формированию и изменению правоотношения в одностороннем порядке (*Gestaltungsrecht*).

В.А. Белов, отталкиваясь от субъектно-телеологической теории М.М. Агаркова⁵¹, разграничивающей субъективные права на частные и публичные по критерию степени свободы субъектов-обладателей в вопросе об определении целей (мотивов) приобретения и осуществления прав, приходит к выводу о разграничении по тому же критерию гражданского правоотношения, правоспособности, полномочий, компетенции и секундарных прав, поскольку все они являются самостоятельными разновидностями правовой формы⁵². Секундарное право В.А. Белов определяет как «юридически защищенную (признанную правопорядком) возможность лица приобрести, иметь и осуществлять (в т.ч. охранять и защищать) то или иное конкретное субъективное право, а также распоряжаться⁵³ им⁵⁴. Следует отметить, что от субъективного права секундарное необходимо отграничивать⁵⁵: последнее представляет собой возможность совершения юридических, а не фактических действий⁵⁶. Помимо приведенного выше примера, в литературе в качестве

⁵⁰ Понятие секундарного права было введено немецким цивилистом Эккелем, который поднимал под ним возможность установить конкретное правоотношение посредством заключения односторонней сделки, которой противостоит не обязанность, а связанность другого лица действиями управомоченного субъекта. См. подробнее: Агарков М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву: Ученые труды ВИЮН. Вып. 3. / М.М. Агарков // – М.: Юрид. изд-во НКЮ СССР, 1940. – С. 156.

⁵¹ «Так, субъективные права, признаваемые и осуществляемые лишь во имя достижения строго определенных целей, есть права публичные (иначе – социоцентричные или права социально-служебные); права же, которые признаются за их обладателями независимо от их целей, ради которых таковые будут ими приобретаться и осуществляться (цели эти будут свободно определяться субъектами-носителями этих прав), будут признаваться правами частными (иначе – эгоцентричными или правами лично-свободными)». См.: Белов А.В. Гражданское право. Общая часть. Т. I. Введение в гражданское право: учебник (Магистр) / В.А. Белов // – М.: Издательство Юрайт, 2011. – 521 С. – С.27-28.

⁵² Белов В.А. Указ. соч. – С.30-31. Следует отметить, что приведенная точка зрения не претендует на то, чтобы быть абсолютной и единственно верной. Существуют и другие теории, определяющие секундарное право совсем иначе. К примеру, в качестве проявления гражданской правоспособности. См. подробнее: Кечекьян С.Ф. Правоотношения в социалистическом обществе. / С.Ф. Кечекьян // – М.: Изд-во АН СССР, 1958.

⁵³ Определять его юридическую судьбу.

⁵⁴ Белов В.А. Указ. соч. – С.331.

⁵⁵ Другим отличием является невозможность действовать в целях удовлетворения интереса другого субъекта, используя субъективное право. Секундарное же право такую возможность предоставляет.

⁵⁶ «Т.е. имеет своим объектом субъективное право, а не блага, выступающие объектами фактических отношений». См.: Белов В.А. Указ. соч.. – С.331, 332.

иллюстраций существования секундарных прав авторы⁵⁷ указывают на односторонний выбор предмета исполнения в альтернативном обязательстве (ст. 308.1. ГК РФ), одностороннее расторжение договора (ст. 310 ГК РФ, допускающая в установленных законом случаях отказ от исполнения обязательства) и пр.

Таким образом, в теории разделения договоров под опционным правом понимается «право установить договорные отношения или право продлить существующие договорные отношения путем одностороннего волеизъявления, содержание которого может быть предварительно согласовано сторонами в договорном порядке или определено иным образом»⁵⁸.

Следовательно, если возникнет одностороннее волеизъявление, возможность предъявления которого устанавливается опционным соглашением, мы сможем заключить, что правоотношение по реализации основного договора⁵⁹ также возникло.

1.2.3. Теория единого договора

Вторая интересующая нас теория – это *теория единого договора* (Einheitstheorie), согласно которой существует лишь один договор и опционное право (право на реализацию опционного соглашения). Таким образом, речь идет о существовании единого договора с опционной оговоркой (который называют опционным). В содержание этого договора включается оферта как предложение заключить договор, о содержании которого стороны уже договорились и заявление оферента о том, что он будет связан этой офертой в течение определенного срока.

Опционное право – это возможность, возникающая вследствие принятия оферты, предусмотренной главным договором. Таким образом, основанием для возникновения опционного права служит тот самый (единственный) договор. А реализуется это право путем акцепта (принятия оферты). Участник опционного

⁵⁷ К примеру, М.М. Агарков. См. подробнее: Агарков М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву: Ученые труды ВИЮН. Вып. 3. / М.М. Агарков // – М.: Юрид. изд-во НКЮ СССР, 1940.

⁵⁸ Larenz K. Siehe oben.

⁵⁹ Допустим, договора купли-продажи, аренды и т.д.

соглашения получает опционное право, у него возникает секундарное правомочие в рамках опционного соглашения, которое позже поглощается основным договором⁶⁰.

Реализация опционного права приводит к реализации основного договора. Указанная «опционная оговорка» является отлагательным условием в понимании ч.1 ст.157 ГК РФ, т.к. стороны ставят возникновение прав и обязанностей «в зависимость от обстоятельства, относительно которого неизвестно, наступит оно или не наступит». А согласно п. 52 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 N 25 "О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации", по смыслу п.3 ст.157 ГК РФ не запрещено заключение сделки под отлагательным условием, наступление которого зависит в том числе и от поведения стороны сделки⁶¹.

Но, безусловно, указанными двумя теориями предмет дискуссии не исчерпывается. Как это обычно и бывает, по этому вопросу существует третья точка зрения, отчаянно пытающаяся примирить две предыдущие путем допущения содержательного пересечения теорий «единого договора» и «разделения договоров». Состоит она в следующем: стороны при заключении договора свободны в установлении его содержания и формы, а потому могут самостоятельно избирать одну из этих теорий для правовой квалификации заключенной сделки в соответствии с правовыми конструкциями договоров.

В чем существенная разница между двумя основными теориями⁶²? Она кроется в особенностях уступки опционного права, невыполнения сторонами условий опционных соглашений, использования различных способов защиты контрагентов.

⁶⁰ См. подробнее: Кокорина М. Указ. соч.

⁶¹ О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации: постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23 июня 2015 г. № 25 // Бюллетень Верховного Суда РФ. – 2015. – № 8.

⁶² Между теорией единого договора и теорией разделения договоров. Компромиссная точка зрения не подлежит обстоятельному освещению в качестве самостоятельной теории, поскольку во многом основывается на постулатах первых двух учений (производна только от них).

В самой Германии суды придерживаются той позиции, что при решении вопроса о соотношении опционного и основного договора их следует рассматривать как единый договор⁶³.

Отечественный же законодатель воспринял третью, компромиссную модель: опционный договор ст. 429.3 отвечает признакам соглашения в теории разделения договоров, а опцион ст. 429.2 – в теории единого договора. А поскольку, заключая договор, первоначально стороны квалифицируют его самостоятельно⁶⁴, они относительно свободны в выборе – обращаться к ст. 429.2 или 429.3 ГК РФ.

Относительность свободы выбора обуславливается тем, что заключенное соглашение все же должно отвечать признакам конструкции, избранной в качестве нормативной модели. Чтобы понять, отвечает ли оно признакам соглашения, предусмотренного в ст. 429.2 ГК, или наоборот – ст. 429.3, необходимо разобраться, каково соотношение между опционным договором и опционом⁶⁵, предусмотренными непосредственно российскими источниками права? Выделяют ли еще какие-либо разграничительные признаки? Как понять при заключении договора, правилам какой статьи должно быть подчинено правоотношение?

1.2.4. Практические аспекты применения теорий

На что российские юристы чаще всего обращают внимание, называя отличия между конструкциями опционного договора и опциона на заключение договора? Обычно отмечается, что опцион обладает сходством с маленькой оговоркой в договоре, без которой сам договор может спокойно

⁶³ В 1986 году Федеральный Суд Германии квалифицировал договор, по сути являющийся опционным, как отлагательно обусловленный договор купли-продажи в случае предоставления права предварительной или обратной покупки. Судом отмечалось, что условием действительности договора купли-продажи является заявление управомоченного лица, который таким образом осуществляет свое право выбора (option). См. подробнее: Кокорина М. Указ. соч.

⁶⁴ При возникновении спора относительно квалификации договора может стать, что окончательную квалификацию будет производить суд.

⁶⁵ Согласно легальной дефиниции, опцион на заключение договора представляет собой соглашение, в соответствии с которым одна сторона посредством безотзывной оферты предоставляет другой стороне право заключить один или несколько договоров на условиях, предусмотренных опционом. Указанный опцион предоставляется за плату или другое встречное предоставление, если иное не предусмотрено соглашением. Другая сторона вправе заключить договор путем акцепта такой оферты в порядке, в сроки и на условиях, которые предусмотрены опционом.

функционировать, а конструкция опционного договора нам нужна для тех соглашений, которые немислимы без указания на эту «опционность», являющуюся их природой.

Согласно Словарю иностранных слов под «опционом» понимается⁶⁶ «условие в договоре морской перевозки (чартере), предусматривающее право выбора фрахтователем порта погрузки или разгрузки или груза для перевозки, а также прямо замены обусловленного в договоре груза другим»; «условие, включаемое в биржевые сделки на срок, по которому одной из сторон предоставляется право выбора между отдельными, взаимоисключающими условиями сделки или изменения ее первоначальных условий»; «предоставляемое компаниями своим высшим служащим право покупки акций по твердой цене».

Таким образом, можно констатировать, что даже обывательски опцион трактуется в качестве условия, оговорки в договоре – чего-то менее глобального, чем опционный договор. В связи с этим, приведенная выше точка зрения на их соотношение представляется вполне обоснованной.

В Англии проблема разграничения двух этих конструкций не является актуальной потому, что, как уже было отмечено выше, по тексту всех статутов, решений судов и юридических статей право на существование имеет исключительно *опционное соглашение*. Но почему? Отвечает ли введение двух этих новелл в российское право каким-то особым потребностям отечественной правовой системы? И, следовательно, преследовало ли последовательное помещение ст. 429.2 и 429.3 в ГК РФ собой некоторые специальные цели?

Нет, никаких особых потребностей не существовало. Просто концепт опционного соглашения в той форме, в которой мы имеем его в ГК, имеет своим источником немецкий прообраз – т.е. дихотомию теорий сущности опционного соглашения, что не слишком удивительно, учитывая единую правовую семью, лежащую в основе формирования традиционных институтов

⁶⁶ Словарь иностранных слов. – 18-е изд., стер. – М.: Р ус. Яз., 1989. – С.357.

немецкого и российского гражданского права. Но даже, если бы идея опционного договора заимствовалась напрямую из английского права⁶⁷, она претерпела бы аналогичные изменения при адаптации только благодаря особенностям романо-германских право порядков – основные категории договоров должны быть поименованы в законе, а не иметь местом своего первого возникновения (единственного существования) практику судов.

Первоначально отечественный законодатель хотел ограничиться введением конструкции «опцион на заключение договора»⁶⁸ и не собирался прибегать к включению в ГК РФ «опционного договора»⁶⁹, но в итоге все же предпочел предоставить право выбора модели опционного соглашения участникам гражданского оборота, указав, что *опцион на заключение договора «касается возможности заключить договор»*⁷⁰, а *опционный договор*

⁶⁷ Откуда она, вероятнее всего, и пришла в Германию.

⁶⁸ Признание юридической силы за опционом было необходимо, к примеру, для продажи недвижимости.

⁶⁹ Чумаков А. Новые и обновленные договорные конструкции [Электронный ресурс] // Информационный интернет-портал «Академии юриста компании». – Режим доступа: <http://www.uracademy.ru/>

⁷⁰ Решением Арбитражного суда Московской области от 18 августа 2014 г. (Решение Арбитражного суда Московской области от 18 авг. 2014 г по делу № А41-6339/13 // Система электронного правосудия «Картотека арбитражных дел». – Режим доступа: <http://kad.arbitr.ru/>) в иске о признании недействительной сделкой договора предоставления опциона на право приобретения доли в уставном капитале юридического лица С отказано. В суд обратилось само С т.к. юридические лица А и В заключили между собой договор на предоставление опциона: А получило право требовать от компании В заключения с ним договора купли-продажи долей фирмы С (в которой компания В уже имеет доли). С это не устроило: право требовать заключения договора купли-продажи как предмет соглашения А и В, по его мнению, положено в основу договора в нарушение устава С и ст.21 Федерального закона «Об обществах с ограниченной ответственностью». Суд акцентировал внимание на том, что в момент заключения договора на предоставление опциона у А «возникло именно право на заключение договора, не обязанность». Мы уже знаем, что предварительный договор не является сделкой по непосредственному распоряжению имуществом – также и опцион не признается сделкой, направленной на отчуждение права собственности. Требования статьи 21 ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью», равно как и требования об обязательном нотариальном удостоверении сделки по отчуждению доли (части доли) в уставном капитале Общества, применимы именно к сделкам, направленным на отчуждение долей; договор опциона не является сделкой, направленной на отчуждение доли; он не содержит всех необходимых существенных условий договора купли-продажи доли в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью. Закон не запрещает сторонам заключать опционные сделки, при этом не содержит условий, обязывающих при его заключении уведомлять об этом общество, в котором предполагается отчуждение долей, уведомлять общество о заключении договора опциона.

Таким образом, «опцион возникает на стадии подготовки к заключению основного договора, не является им самим – а потому и доводы истца о нарушении формы, игнорировании преимущественного права покупки долей, отсутствии запроса на согласие всех участников юрлица С на совершение такой сделки, несостоятельны». Следовательно, суд трактует возможность уступки права требования по опциону так: уступается само право на заключение договора («его предметом является установление условий, определение порядка заключения в будущем отдельного договора купли-продажи долей» С). Анализ судебного решения Арбитражного суда Московской области от 18 августа 2014 г по делу № А41-6339/13 // Система электронного правосудия «Картотека арбитражных дел». – Режим доступа: <http://kad.arbitr.ru/>.

«предполагает возможность «активировать» (потребовать) совершение определенных действий в рамках заключенного договора»⁷¹.

На что еще помимо наличия/отсутствия уже заключенного договора участникам гражданского оборота необходимо обращать внимание при выборе конкретной договорной конструкции? Как минимум, не следует упускать из виду вопрос уступки вторичного права по каждому из них.

В силу прямого указания закона (ч. 7 ст. 429.2 ГК РФ) уступка опциона, по общему правилу, возможна. Очевидно, уступается именно «вторичное» право, а не требование кредитора по обязательству. Но нормы главы 24 ГК об уступке требований напрямую распространяются лишь на уступку обязательственных прав (п.1 ст.382 ГК). Однако, в связи с тем, что иные применимые к уступке «вторичного» права на акцепт нормы отсутствуют, многие положения об уступке обязательственных прав могут применяться по аналогии закона. «В частности, к такой уступке могут применяться некоторые положения ст.385 ГК об уведомлении должника при уступке», - пишет А. Карапетов⁷², «в случае уступки прав по опциону оферент должен быть уведомлен об этом либо самим изначальным акцептантом, либо лицом, получившим право на акцепт в силу уступки, если последний представил оференту доказательства приобретения опциона».

Аналогичная норма, допускающая оборотоспособность прав по опционному договору, отсутствует. Однако, нет сомнений, что право востребовать исполнение и здесь может быть уступлено третьему лицу. «При этом так как «вторичное» право востребовать исполнение вытекает из права требования кредитора по обязательству и неразрывно с ним связано, уступка такого права возможна только с одновременной уступкой самого права по обязательству», - пишет А. Карапетов далее⁷³, «Такая уступка будет в полной мере подчиняться правилам ГК о цессии (глава 24 ГК РФ). И в этом можно

⁷¹ Короткова М.В. Указ. соч. – С.11.

⁷² Карапетов А.Г. Опцион на заключение договора и опционный договор по новому ГК: комментарий к ст. 429.2 и 429.3 [Электронный ресурс] // Информационный интернет-портал «Zakon.ru». – Режим доступа: <http://zakon.ru/>

⁷³ Там же.

увидеть определенное преимущество опционного договора по сравнению с опционом на заключение договора»⁷⁴.

По мнению некоторых авторов⁷⁵, решение вопроса оборотоспособности опциона отечественным законодателем обусловлено давно существующим в нашей стране подходом к нему как к производному финансовому инструменту – в том виде, каким его понимает биржевое право (ст. 2 и 27.1 Федерального закона от 22.04.1996 №39-ФЗ «О рынке ценных бумаг»⁷⁶). В контексте биржевой торговли высокая оборотоспособность опциона является естественным условием. Возможно, именно из таких соображений исходил законодатель закрепляя в п.7 ст. 429.2 ГК РФ уступку прав по опциону на заключение договора третьему лицу и умалчивая об аналогичной возможности в отношении опционного договора.

Очевидно, что мы не можем всесторонне изучить опционный договор как правовой инструмент в отрыве от тех экономических коннотаций, которые употребление терминов «опцион», «опционный договор», «опционный контракт» вызывает в сознании участников гражданского оборота.

В связи с этим, рассмотрев основные подходы к пониманию сущности опционного договора, нам следует обратиться к российской конструкции опционного договора, закрепленной в ст. 429.3. Гражданского кодекса РФ и ее экономическому смыслу и употреблению в правовых актах. Так как активизировавшаяся ныне научная дискуссия относительно феномена опционного договора обязана своим появлением, прежде всего, обновленному

⁷⁴ Карапетов А.Г. Опцион на заключение договора и опционный договор по новому ГК: комментарий к ст. 429.2 и 429.3 [Электронный ресурс] // Информационный интернет-портал «Zakon.ru». – Режим доступа: <http://zakon.ru/>

⁷⁵ Ралько В.В. Опцион на заключение договора и опционный договор в российском праве [Электронный ресурс] // Справочная правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru>.

⁷⁶ Опцион эмитента - эмиссионная ценная бумага, закрепляющая право ее владельца на покупку в предусмотренный в ней срок и/или при наступлении указанных в ней обстоятельств определенного количества акций эмитента такого опциона по цене, определенной в опционе эмитента. Опцион эмитента является именной ценной бумагой. Принятие решения о размещении опционов эмитента и их размещение осуществляются в соответствии с установленными федеральными законами правилами размещения ценных бумаг, конвертируемых в акции. При этом цена размещения акций во исполнение требований по опционам эмитента определяется в соответствии с ценой, определенной в таком опционе. См. подробнее: О рынке ценных бумаг: федер. закон от 22 апр. 1996 г. № 39-ФЗ // Собрание законодательства РФ. – 1996. – № 17. – Ст. 1918.

ГК РФ, необходимо вычленить основные признаки данного договора с позиций
российского законодательства.

2. Значение и признаки опционного договора

2.1. Экономическое значение опционного договора

Обращение к данному ракурсу позволит нам выяснить, в чем состоит экономический смысл опционного договора как вида опционного соглашения? В экономическом измерении также лежит вопрос соотношения новых статей 429.2, 429.3 ГК РФ и категорий, уже давно существующих на биржевом рынке. Закономерен вопрос: разве гражданско-правовые опцион и опционный договор не представляют собой их дублирование, элементарный перенос в ткань права с целью последующей регуляции? Постараемся ответить на данные вопросы максимально исчерпывающе.

Представляется, что экономический смысл опционного договора заключается в том, что потери стороны ограничены суммой опционной премии, а потенциально возможная прибыль при реализации опциона и заключении сделки не ограничены. Это и привлекает участников гражданского оборота в опционных контрактах.

Проблема же соотношения опционного соглашения, предусмотренного ГК, и тех опционов, которые в рамках своей профессиональной деятельности используют брокеры – опционы на продажу («put-options») и опционы на покупку («call-options»)⁷⁷ также не представляет особенной сложности при внимательном рассмотрении ситуации.

Особенную актуальность она приобрела после появления Указания Центрального банка РФ от 16 февраля 2015 года №3565-У «О видах производных финансовых инструментов», предусматривающего трактовку опционного договора, несколько отличную от соответствующей гражданско-

⁷⁷ Также в качестве опционной стратегии выделяют двойной опцион («straddle»), который заключается в одновременной покупке опционов «put» и «call» на покупку и продажу сумм, выраженных в одной и той же денежной единице. См. подробнее: Чернобел Я.А. Опционные конструкции в Гражданском кодексе РФ [Электронный ресурс] // Справочная правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru>.

правовой. Согласно документу, «опционным договором признается договор, предусматривающий обязанность стороны договора в случае предъявления требования другой стороной периодически и (или) одновременно уплачивать денежные суммы в зависимости от изменения цен (значений) базисного актива и (или) наступления обстоятельства, являющегося базисным активом⁷⁸; договор, предусматривающий <...> обязанность стороны договора на условиях, определенных при его заключении, в случае предъявления требования другой стороной купить или продать ценные бумаги, валюту или товар, являющиеся базисным активом; обязанность стороны договора в случае предъявления требования другой стороной заключить договор, являющийся производным финансовым инструментом и составляющий базисный актив»⁷⁹.

Интересно обратить внимание на одно из судебных разбирательств⁸⁰, в рамках которого суду предстояло определить, что перед ним за договор, и какова природа этого обязательства. В тексте решения была дана следующая дефиниция опциона: «договор, по которому потенциальный покупатель или потенциальный продавец актива (товара, ценной бумаги) получает право, но не обязательство, совершить покупку или продажу данного актива по заранее оговоренной цене в определенный договором момент в будущем или на протяжении определенного отрезка времени; при этом продавец опциона несет обязательство совершить ответную продажу или покупку актива в соответствии с условиями проданного опциона»⁸¹. Отметим, что указанное определение дублирует собой информационную справку Википедии⁸². Иных отсылок к

⁷⁸ «Базисными активами производных финансовых инструментов являются ценные бумаги, товары, валюта, процентные ставки, уровень инфляции, официальная статистическая информация, физические, биологические и (или) химические показатели состояния окружающей среды, договоры, являющиеся производными финансовыми инструментами, значения, рассчитываемые на основании одного или совокупности нескольких указанных в настоящем пункте показателей, от цен (значений) которых зависят обязательства стороны или сторон договора, являющегося производным финансовым инструментом». См.: Указание Центрального банка РФ от 16 фев. 2015 г. №3565-У «О видах производных финансовых инструментов» // Вестник Банка России. – 2015. – №28.

⁷⁹ Указание Центрального банка РФ от 16 фев. 2015 г. №3565-У «О видах производных финансовых инструментов» // Вестник Банка России. – 2015. – №28.

⁸⁰ Решение Арбитражного суда Московской области от 18 авг. 2014 г по делу № А41-6339/13 // Система электронного правосудия «Картотека арбитражных дел». – Режим доступа: <http://kad.arbitr.ru/>

⁸¹ Опцион [Электронный ресурс] // Информационный интернет-портал «Википедия». – Режим доступа: <http://ru.wikipedia.org/>

⁸² Там же.

нормативно-правовым конструкциям по тексту решения мы не встречаем – только указание на статью 429 ГК «предварительный договор»⁸³ и ее неприменимость. Таким образом, за неимением правовых средств⁸⁴ суду пришлось руководствоваться первой ссылкой в информационной сети Интернет, экономическим пониманием опциона.

И в Указании Центробанка, и в правовой позиции, изложенной в решении АС Московской области, речь идет об опционе как о производном финансовом инструменте. Опционный же контракт по смыслу статей 429.2, 429.3 Гражданского кодекса РФ сформулирован иначе, максимально абстрактно, и должен быть признан родовой категорией для всех иных опционов-финансовых инструментов⁸⁵ и ряда других договоров⁸⁶. А эти опционы⁸⁷, в свою очередь, ставятся перед необходимостью обязательного соответствия требованиям гражданского законодательства. Именно эти изменения внесла новелла ГК в отечественную правовую систему.

⁸³ «Таким образом, Договор опциона не может считаться предварительным договором купли-продажи доли в уставном капитале ООО «КС-ТРАС», и к возникшим между сторонами правоотношениям положения ст.429 ГК РФ не применимы, в том числе о форме договора и его существенных условиях». См.: Решение Арбитражного суда Московской области от 18 авг. 2014 г по делу № А41-6339/13 // Система электронного правосудия «Картотека арбитражных дел». – Режим доступа: <http://kad.arbitr.ru/>

⁸⁴ Решение вынесено 18 августа 2014 г., а новеллы ГК РФ вступили в силу 1 июня 2015 г.

⁸⁵ Приказ ФСФР России от 10 ноября 2009 г. № 09-45/пз-н (Приказ Федеральной службы по финансовым рынкам России от 10 нояб. 2009 г. № 09-45/пз-н «Об утверждении Положения о снижении (ограничении) рисков, связанных с доверительным управлением активами инвестиционных фондов, размещением средств пенсионных резервов, инвестированием средств пенсионных накоплений и накоплений для жилищного обеспечения военнослужащих, а также об утверждении изменений в некоторые нормативные правовые акты Федеральной службы по финансовым рынкам» // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. – 2010. – № 10.) раскрывает понятия опционов «колл» и «пут» как разновидности опционных контрактов. См.: Короткова М.В. Указ. соч. – С.11.

⁸⁶ Не имеющих отношения к бирже, касающихся хозяйственных нужд, обычных для гражданского оборота.

⁸⁷ Примером может служить опцион эмитента. Это эмиссионная ценная бумага, закрепляющая право ее владельца на покупку в предусмотренный в ней срок и/или при наступлении указанных в ней обстоятельств определенного количества акций эмитента такого опциона по цене, определенной в опционе эмитента. Опцион эмитента является именной ценной бумагой. Принятие решения о размещении опционов эмитента и их размещение осуществляются в соответствии с установленными федеральными законами правилами размещения ценных бумаг, конвертируемых в акции. При этом цена размещения акций во исполнение требований по опционам эмитента определяется в соответствии с ценой, определенной в таком опционе. См. подробнее: О рынке ценных бумаг: федер. закон от 22 апр. 1996 г. № 39-ФЗ // Собрание законодательства РФ. – 1996. – № 17. – Ст. 1918.

2.2. Признаки опционного договора

Согласно определению ст. 429.3 ГК РФ, опционный договор представляет собой соглашение, по которому одна сторона на условиях, предусмотренных этим договором, вправе потребовать в установленный договором срок от другой стороны совершения предусмотренных опционным договором действий.

Любое понятие состоит из признаков того явления, которое характеризует – ничего более в него включаться не может. Освещение конструкции опционного договора в целях наиболее эффективного отображения его основных признаков должно происходить со следующих ракурсов. Нужно установить, какие условия являются существенными для опционного договора, какие условия допустимо предусматривать в нем на случай требования исполнения, на какой срок он подлежит заключению, в какой форме его нужно заключать, а также возмездный ли он. Рассмотрев указанные вопросы, мы сможем установить, какое значение имеет опционный договор для современной юридической практики, и какой смысл имеет его непосредственное закрепление в Гражданском кодексе.

1. Существенные условия опционного договора.

Самая главная часть договора – его предмет. Условие о предмете договора является всегда существенным в силу прямого указания закона (п.1 ст.432 ГК РФ). Это означает, что без согласования данного условия договор считается незаключенным. В то же время, по мнению А.Г. Карапетова, «нет принципиальных возражений против того, чтобы предмет опционного договора был не определенным, а определимым, т.е. договор содержал четкий алгоритм конкретизации предмета исполнения к моменту востребования»⁸⁸.

Предмет обязательства, вытекающего из договора, представляет собой действия (или бездействие), которые должна совершить обязанная сторона

⁸⁸ Карапетов А.Г. Опцион на заключение договора и опционный договор согласно новой редакции ГК РФ [Электронный ресурс] // Справочная правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru>.

(или, соответственно, воздержаться от их совершения)⁸⁹. Как писал Д.И. Мейер, «предметом договора всегда представляется право на чужое действие»⁹⁰. Если же трактовать предмет договора более широко – как конечный результат, на который направлена воля сторон при заключении договора – то применительно к опционному договору предмет будет определяться разновидностью основного договора – той сделки, по которой одна из сторон сможет потребовать исполнения впоследствии (купля-продажа, мена и пр.). Соответственно, предмет может включать в себя какие-либо действия с имуществом (п.1 ст. 583 ГК РФ), вещь и имущественным правом (п.1 ст.572 ГК РФ), товарами (п.1 ст.525 ГК РФ), недвижимым имуществом (п.1 ст.549 ГК РФ), энергией (п.1 ст.539 ГК РФ), непотребляемой вещью (ст.666 ГК РФ), услугой (п.1 ст.779 ГК РФ), технической документацией (ст.758 ГК РФ), деньгами и другими вещами, определяемыми родовыми признаками (п.1 ст.807 ГК РФ) и пр. Все будет зависеть от вида заключаемой сделки.

Ведь сам опционный договор представляет собой конструкцию, регламентирующую наиболее существенные моменты строения и функционирования договора. Он применяется в самых разных ситуациях⁹¹ (по крайней мере, должен, по замыслу законодателя⁹²): А платит В сумму денег за возможность купить какую-либо вещь (землю, «движимость», иные товары) по определенной цене в пределах конкретного срока. Или сложнее: арендатор получает право выкупить предмет аренды или получить продление срока аренды; партнерское соглашение предусматривает следующее положение –

⁸⁹ Кодификация российского частного права 2015 [Электронный ресурс] / под ред. П.В. Крашенинникова // Справочная правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru>.

⁹⁰ Мейер Д.И. Русское гражданское право. В 2 ч. Ч. 2. По изд. 1902 г. / Д.И. Мейер // – М., 1997. – С. 161.

⁹¹ Такие соглашения и ранее оформлялись в обороте: опцион на строительство и поставку кораблей в Постановлении Президиума ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. N 1795/11 (Постановление Президиума ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. N 1795/11 по делу № А56-6656/2010 // Справочная правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru>), опцион на продажу доли в ООО в Постановлении Президиума ВАС РФ от 6 марта 2007 г. N 13999/06 (Постановление Президиума ВАС РФ от 6 марта 2007 г. N 13999/06 по делу № А64-1324/05-17 // Справочная правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru>). и т.п.

⁹² Если он намеревался опереться на аналогичные правовые инструменты в англо-саксонской правовой системе.

пережившее лицо должно иметь право на покупку доли участия умершего; в договоре купли-продажи – положение о том, что продавец товара вправе купить его (возвратить себе) в определенный срок.

Какие еще условия являются существенными для опционного договора? Только те, которые обязательны для договора данного типа – купли-продажи, мены, аренды и пр.

2. Возмездность⁹³.

Российское право за определением возмездного договора отправляет нас к статье 423 ГК РФ – традиционно под ним понимается «договор, по которому сторона должна получить плату или иное встречное предоставление за исполнение своих обязанностей» (ст. 423 ГК РФ).

Опционное право предоставляется за определенную плату – опционную премию⁹⁴ (ч.2 ст. 429.3 ГК РФ), которая не возвращается по истечении действия опционного договора (ч.3 ст. 429.3 ГК РФ). Но это общее правило, из которого имеются изъятия – опционный договор может быть безвозмездным, если это напрямую предусматривается в нем самом. Внесение платы является способом компенсации неудобств претерпевающей стороны и стимулирует ее соглашаться на предоставление секундарного права⁹⁵.

Итак, сторона А предоставляет стороне Б право заявить требование по опционному договору, а Б уплачивает предусмотренную таким договором денежную сумму (опционную премию). Следует понимать, что эта плата является самостоятельной и существует обособленно от той, которая может быть установлена для реализации основного договора. К примеру, при заключении договора купли-продажи в текст контракта может быть включено

⁹³ Обусловлена одним из основных принципов английского контрактного права «quid pro quo» (С лат. «то за это» («a favor for a favor»)).

⁹⁴ Премия по опциону представляет собой стоимость опционного контракта. Согласно теории, стоимость опциона складывается из двух составляющих: 1. Внутренняя стоимость (англ. intrinsic value), которая зависит от соотношения цены базового актива и цены страйк (цены исполнения); 2. Временная стоимость (англ. time value), которая зависит от времени, оставшегося до срока окончания действия опционного контракта. См.: Торговля опционами. Часть I. Введение в опционы [Электронный ресурс] // Информационный интернет-портал «Форекс Арена». – Режим доступа: <http://www.forexarena.ru/>

⁹⁵ Карапетов А.Г. Опцион на заключение договора и опционный договор согласно новой редакции ГК РФ [Электронный ресурс] // Справочная правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru>.

положение о том, что продавец товара вправе купить его (возвратить себе) в определенный срок. Скажем, в течение года он может передумать. За эту возможность он уплачивает сумму в X рублей. Если по прошествии трех месяцев он решает вернуть себе проданную вещь, он обращается к покупателю с соответствующим требованием и выплачивает ему еще Y рублей⁹⁶, если это было оговорено договором.

В этой же плоскости лежит отличие опционного договора от абонентского договора (Ст. 429.4.ГК РФ). Абонентская плата обладает смешанной природой – отчасти это встречное предоставление за то, что абонент получает в качестве исполнения от гарантирующей стороны, а отчасти плата за предоставление абоненту секундарного права востребовать исполнения по своему желанию и компенсация за поддержание гарантирующей стороной своей готовности исполнять по первому требованию⁹⁷. Опционная премия представляет собой лишь плату за возможность заявить требование по опционному договору, и, как уже указывалось выше, существует обособленно от денежных сумм, установленных за реализацию основного договора. Кроме того, в случае прекращения опционного договора, эта сумма не возвращается. Аналогично, платеж за опцион (Ст. 429.2. ГК РФ) не засчитывается в счет платежа по будущему договору, который будет закреплен при акцепте опциона.

3. Срок.

Право потребовать исполнения по опционному договору действует в течение определенного периода времени. По прошествии этого времени оно прекращается. Таким образом, товар может так и не быть реализован в результате заключенной сделки, что свидетельствует об алеаторном (рисковом) характере опционного договора. Соответственно, если опционный договор прекращается, отпадает и встречное обязательство, если оно должно быть произведено после исполнения обязательства, поставленного до востребования.

⁹⁶ Сумма может равняться стоимости товара на момент продажи или быть совершенно иной, но согласованной сторонами.

⁹⁷ См. подробнее: Карапетов А.Г. Новые договорные конструкции в ГК РФ: абонентский договор и опционы [Электронный ресурс] // Информационный интернет-портал юридического института «М-ЛОГОС». – Режим доступа: <http://www.m-logos.ru/>

В случае если встречное исполнение было произведено ранее, при прекращении опционного договора оно должно быть возвращено по правилам о неосновательном обогащении⁹⁸.

Возникает закономерный вопрос о том, что делать, если в опционном договоре не указан срок востребования. Вероятнее всего, по аналогии закона следует применять положение п.2 ст. 429.2 ГК РФ (тогда срок будет равен одному году), т.к. в данном случае отношения прямо не урегулированы законодательством или соглашением сторон и отсутствует применимый к ним обычай. Кроме того, применение положений об опционе на заключение договора к отношениям по реализации опционного договора не противоречит их существу – обе договорные конструкции являются опционными, предоставляют секундарное право, как минимум, одной из сторон и ставят запуск правоотношения в зависимость от ее действий. Мы можем утверждать, что ст.429.2 ГК РФ регулирует сходные отношения и потому подлежит применению в той части, где законодатель умалчивает об особенностях регулирования опционного договора непосредственно.

4. Условия, предусмотренные опционным договором.

Сторона может потребовать исполнения договора на условиях им предусмотренных. В литературе установление зависимости исполнения обязательства от усмотрения одной из сторон договора называют потестативным условием⁹⁹. Потестативное условие – немаловажная часть конструкции опционного договора. Однако, в ст. 157 ГК РФ указано, что в отношении условий должна существовать неопределенность в отношении того, наступят они или нет. В связи с этим, до введения статьи 429.3. в ГК РФ существовала реальная возможность признания опционных соглашений

⁹⁸ Карапетов А.Г. Опцион на заключение договора и опционный договор согласно новой редакции ГК РФ [Электронный ресурс] // Справочная правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru>.

⁹⁹ Райнер Г. Деривативы и право / Г. Райнер (пер. Ю.М. Алексеева, О.М. Иванова). – М.: Волтерс Клувер, 2005. – С. 37-51. – Цит. по: Ралько В.В., Опцион на заключение договора и опционный договор в российском праве // Справочная правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru>.

недействительными в суде как противоречащих ст. 157 ГК РФ¹⁰⁰ по аналогии с иными договорами¹⁰¹. Таким образом возможности применения опционных соглашений в гражданском обороте были значительно расширены. Напомним, что расширительное толкование ст. 157 ГК РФ, распространяющееся на широкий круг отношений, последовало уже после принятия Федерального закона от 08.03.2015 N 42-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации»¹⁰², дополнившего ГК РФ конструкцией опционного договора, и имело место в п. 52 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации».

5. Форма и необходимость государственной регистрации.

Положения об опционном договоре не содержат никаких специальных норм о его форме. Я.А. Чернобель полагает, что умолчание законодателя в данном случае должно рассматриваться как «указание на тот факт, что опционный договор должен заключаться в форме и подчиняться всем

¹⁰⁰Справедливости ради, следует отметить и иной подход: иногда суды интерпретировали положения ст. 157 Гражданского кодекса расширительно еще до разъяснений, содержащихся в п.52 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации». Так, в абзаце 2 пункта 4 Постановления Пленума ВАС РФ от 12.07.2012 № 42 «О некоторых вопросах разрешения споров, связанных с поручительством», отмечается, что «судам необходимо учитывать, что договор поручительства может быть заключен под условием (статья 157 ГК РФ). К отлагательным условиям, обуславливающим вступление договора поручительства в силу (пункт 1 статьи 157 ГК РФ), могут быть отнесены такие обстоятельства, как заключение кредитором с должником или третьими лицами иных обеспечительных сделок (например, договора ипотеки), изменение состава участников или органов управления общества-поручителя или должника и т.п. В качестве отменительного условия (пункт 2 статьи 157 ГК РФ) в договоре поручительства может быть указано, в частности, прекращение либо признание недействительными или незаключенными других обеспечительных сделок, заключенных кредитором и должником». См.: О некоторых вопросах разрешения споров, связанных с поручительством: постановление Пленума ВАС РФ от 12.07.2012 № 42 // Экономика и жизнь. – 2012. – № 34. Другой пример аналогичных рассуждений ВАС РФ: «...доводы заявителя основаны на неправильном толковании положений статьи 157 ГК РФ, поскольку они не содержат положений, запрещающих связывать возникновение определенных прав и обязанностей с действиями одной из сторон сделки». См.: Определение ВАС РФ от 24.11.2011 № ВАС-15632/11 по делу № А40-149834/10-102-1259 // Справочная правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru/>

¹⁰¹ Суды долго отказывались признавать в качестве допустимых потестативные условия. См. например: Постановление Третьего арбитражного апелляционного суда от 25.06.2009 №А33-12079/2008-03АП-1123/2009 по делу №А33-12079/2008 // Справочная правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru/>.

¹⁰² О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации: федер. закон от 8 марта 2015 г. № 42-ФЗ // Собрание законодательства РФ. – 2015. – № 10. – Ст. 1412.

требованиям, предусмотренным для основного договора»¹⁰³ (например, аренды). Данная позиция представляется наиболее обоснованной, но не безупречной.

Регистрации в настоящее время подлежат только те договоры, регистрация которых прямо предусмотрена действующим законодательством. Например, договор аренды недвижимости на срок более года регистрируется, однако аналогичный предварительный договор – нет. Какой из этих правовых режимов следует распространять на опционный договор – большой вопрос. Можно констатировать отсутствие достаточной судебной практики по этому вопросу.

6. Правовое значение опционного договора и его закрепления в Гражданском кодексе.

Мы не можем говорить о значении опционного договора как правового инструмента в отрыве от тех экономических преимуществ, которые он дает. Они уже были приведены выше и заключаются в ограничении потерь стороны суммой опционной премии и отсутствии ограничений в отношении возможной прибыли. В этом и заключается ценность опционного договора для субъектов предпринимательской, рискованной деятельности.

В литературе¹⁰⁴ встречается деление опционного договора на два вида: поставочный (предназначенный для реальной поставки оговоренных в опционе товаров¹⁰⁵) и расчетный (не предполагающий реальной передачи товара – интерес сторон тут сводится к разнице цен на заранее согласованный базисный актив¹⁰⁶). И ничто не указывает на экономическую ценность опционного договора лучше, чем существование и широкое распространение второго вида опционных договоров. Экономическая конъюнктура меняется, растут

¹⁰³ Чернобель Я.А. Указ. соч.

¹⁰⁴ См.: Ралько В.В. Указ. соч.

¹⁰⁵ Обязанность надписателя по такому договору заключается в передаче/принятию по требованию держателя опциона определенного товара.

¹⁰⁶ Обязанность сводится к уплате определенной денежной суммы – разницы между ценой, оговоренной в договоре, и ценой, фактически сложившейся на рынке на определенную дату (опцион на продажу), или разницы между ценой, фактически сложившейся на рынке на определенную дату, и ценой, определенной в договоре (опцион на покупку).

издержки, ранее согласованные условия утрачивают статус выгодных, возникают затруднения иного характера – готовность претерпевать такого рода риски не всегда окупается, однако многие субъекты гражданского оборота в России и за рубежом (больше – за рубежом) охотно принимают участие в этих транзакциях.

Закрепление опционного договора в Гражданском кодексе также имеет большое практическое значение. По мнению А.Г. Карапетова, в российском правовом контексте принцип свободы договора пока котируется не очень высоко, а непоименованные договорные конструкции существуют в зоне повышенных правовых рисков¹⁰⁷, в связи с чем включение конструкций опционных контрактов в текст Гражданского кодекса следует признать разумным. Таким образом, одной из основных целей включения опционного договора в ГК РФ стала *легализация правового инструмента*, часто используемого на практике и потому нуждающегося в правовом опосредовании. Это и стало основным доводом в пользу включения опционного договора в текст кодекса наряду с опционом на заключение договора во время второго чтения законопроекта в Государственной думе РФ.

Кроме того, появление ст. 429.3 ГК РФ позволило однозначно признать *возможность установления в договоре платы за предоставление секундарного права востребования*, порождающего серьезную асимметрию прав. И если в других правопорядках у судов не возникает сомнений в правомерности существования такой возможности, то в условиях российских правовых реалий аналогичные случаи установления в договоре платы за предоставление секундарного права (например, комиссия за поддержание кредитной линии) или за его реализацию (например, плата за отказ от договора, комиссия за досрочный возврат корпоративного кредита)¹⁰⁸ находят поддержку не всегда.

¹⁰⁷ Карапетов А.Г. Опцион на заключение договора и опционный договор согласно новой редакции ГК РФ [Электронный ресурс] // Справочная правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru>.

¹⁰⁸ Там же.

В этом большинство юристов находят основной смысл закрепления конструкции опционного договора, указывая, что в остальном она в отдельной регламентации не нуждалась. А.Г. Карапетов обосновывает данный тезис с помощью аргумента о том, что опционный договор de-facto представляет собой соглашение, срок исполнения которого определен моментом востребования (ст. 314 ГК РФ)¹⁰⁹: таким образом, субъектам не нужно прибегать к использованию опционного договора, можно просто согласовать в контракте, что должник будет обязан исполнить обязательство лишь по требованию кредитора.

Я.А. Чернобель приводит контраргумент – она заявляет о том, что *использование конструкции опционного договора ст. 429.3 выводит соглашение из-под действия ч.2 ст.314 в новой редакции*: «Федеральным законом от 08.03.2015 № 42-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации» ст. 314 ГК РФ изложена в новой редакции и дополнена положением о том, что при непредъявлении кредитором в разумный срок требования об исполнении обязательства должник вправе потребовать от кредитора принять исполнение, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами, условиями обязательства или не явствует из обычаев либо существа обязательства. Иначе говоря, должнику предоставлено право при пассивности своего контрагента исполнить принятые на себя обязательства и получить юридическую свободу. При таких условиях гражданского оборота договор со сроком до востребования не способен создать регулирование, аналогичное опционному договору, поскольку в отличие от опционного договора позволяет должнику при длительном бездействии кредитора без его воли исполнить свое обязательство и обязать кредитора принять такое исполнение»¹¹⁰.

Следовательно, введение конструкции опционного договора в Гражданский кодекс РФ является обоснованным – оно узаконивает

¹⁰⁹ Карапетов А.Г. Опцион на заключение договора и опционный договор согласно новой редакции ГК РФ [Электронный ресурс] // Справочная правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru>.

¹¹⁰ Чернобель Я.А. Указ. соч.

использование контрактов, ранее заключавшихся между субъектами с осторожностью, проясняет вопрос установления в договоре платы за предоставление секундарного права востребования в пользу такой возможности, а также лишает должника возможности при длительном бездействии кредитора без его воли исполнить свое обязательство и обязать кредитора принять такое исполнение.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Подводя итоги рассмотрению конструкции опционного договора, следует отметить следующее. Он представляет собой одну из разновидностей опционного соглашения, по которому одна сторона на условиях, предусмотренных этим договором, вправе потребовать в установленный договором срок от другой стороны совершения предусмотренных опционным договором действий, и при этом, если управомоченная сторона не заявит требование в указанный срок, опционный договор прекращается.

Воспринятая отечественным законодателем концепция опционного договора опирается на понятие английской судебной практики «option contract» и доктринальное немецкое «Optionsvertrag», обращаясь к нему в попытке определения количества договоров, имеющих место при возникновении правоотношения по опционному соглашению. Российское право позволяет участникам гражданского оборота самостоятельно определиться – собираются они заключать опционный договор (единый – в терминологии немецких цивилистов) или опцион на заключение договора (вспомогательный договор по отношению к основному – тому, который планируется заключить в будущем).

Введение ст. 429.3 ГК РФ повлекло за собой необходимость решения ряда вопросов соотношения опционного договора с другими правовыми феноменами. К примеру, отличие опционного договора от абонентского состоит в следующем: опционная премия представляет собой плату за возможность заявить требование по опционному договору и существует обособленно от денежных сумм, установленных за реализацию основного договора. Абонентская плата обладает смешанной природой – отчасти это встречное предоставление за то, что абонент получает в качестве исполнения от гарантирующей стороны, а отчасти плата за предоставление абоненту секундарного права востребовать исполнения по своему желанию и компенсация за поддержание гарантирующей стороной своей готовности исполнять по первому требованию. Особенного внимания заслуживает

разграничение опциона и опционного договора. Опцион на заключение договора представляет собой безотзывную оферту и касается возможности заключить договор в будущем, а опционный договор предполагает возможность потребовать совершение определенных действий в рамках заключенного договора. Сходство данных договорных конструкций заключается в том, что каждая из них предоставляет одной из сторон секундарное право по запуску правоотношения, а различие кроется в том, что это за право: в опционе на заключение договора это право на введение в действие нового, основного договора (право на акцепт), в опционном договоре – право потребовать исполнения. По опционному договору, как и по опциону на заключение договора, права оборачиваемы.

Кроме того, особое значение приобрела проблема соотношения экономических опционов с правовыми, которая разрешается так: опционы как производные финансовые инструменты являются лишь разновидностью опционов ГК РФ, устанавливающих для них законодательные требования, которым они должны отвечать. Эта новелла объясняется необходимостью правовой регламентации ряда общественных отношений, с трудом обходившихся без данной конструкции с начала 2000ых годов.

Конструкция опционного договора может использоваться для заключения любой сделки. Соответственно, существенными условиями опционного договора будут предмет, иные условия, которые являются существенными для выбранного вида договора (аренда, купля-продажа и пр.), а также те условия, которые стороны сочтут существенными сами. Опционный договор позволяет отложить исполнение до востребования, однако, если срок, в течение которого такое востребование должно произойти, в договоре не указан, следует по аналогии закона применять положения п.2 ст. 429.2. ГК РФ, устанавливающие срок продолжительностью в один год. Так как опционный договор является основным договором с опционной оговоркой, он должен заключаться в форме и подчиняться всем требованиям, предусмотренным для основного договора. По

общему правилу, данный договор является возмездным – исключение составляет ситуация, когда его безвозмездность отражается в тексте договора.

Экономический смысл опционного договора заключается в ограничении потерь стороны суммой опционной премии и отсутствии ограничений в отношении возможной прибыли. А само введение конструкции опционного договора в Гражданский кодекс РФ обоснованно и закономерно – оно узаконивает использование контрактов, ранее заключавшихся между субъектами с осторожностью, проясняет вопрос установления в договоре платы за предоставление секундарного права востребования в пользу такой возможности, а также лишает должника возможности при длительном бездействии кредитора без его воли исполнить свое обязательство и обязать кредитора принять такое исполнение.

СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННЫХ ИСТОЧНИКОВ

Нормативные правовые акты

1. Гражданский кодекс Российской Федерации: федер. закон от 30 нояб. 1994 г. № 51-ФЗ // Собрание законодательства РФ. – 1994. – № 32. – Ст. 3301.
2. О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации: федер. закон от 8 марта 2015 г. № 42-ФЗ // Собрание законодательства РФ. – 2015. – № 10. – Ст. 1412.
3. О рынке ценных бумаг: федер. закон от 22 апр. 1996 г. № 39-ФЗ // Собрание законодательства РФ. – 1996. – № 17. – Ст. 1918.
4. Приказ Федеральной службы по финансовым рынкам России от 10 нояб. 2009 г. № 09-45/пз-н «Об утверждении Положения о снижении (ограничении) рисков, связанных с доверительным управлением активами инвестиционных фондов, размещением средств пенсионных резервов, инвестированием средств пенсионных накоплений и накоплений для жилищного обеспечения военнослужащих, а также об утверждении изменений в некоторые нормативные правовые акты Федеральной службы по финансовым рынкам» // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. – 2010. – № 10.
5. Указание Центрального банка РФ от 16 фев. 2015 г. №3565-У «О видах производных финансовых инструментов» // Вестник Банка России. – 2015. – №28.

Специальная литература

6. Агарков М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву: Ученые труды ВИЮН. Вып. 3. / М.М. Агарков – М.: Юрид. изд-во НКЮ СССР, 1940. – 192 с.

7. Банки увидели пользу в возмещении потерь и опционах [Электронный ресурс] // Информационный интернет-портал «Zakon.ru» – Режим доступа: <http://zakon.ru>.

8. Белов А.В. Гражданское право. Общая часть. Т. I. Введение в гражданское право: учебник (Магистр) / Белов В.А. – М.: Издательство Юрайт, 2011. – 521 с.

9. Большой толковый словарь русского языка / Гл. ред. С. А. Кузнецов. – 1-е изд-е. СПб.: Норинт, 1998. – 1536 с.

10. Бородач Ю.В. Применение опционных контрактов на российском финансовом рынке: Дис. ...канд. экон. наук: 08.00.10: / Ю. В. Бородач. – СПб., 2003.

11. Бородкин В. Опционный договор в проекте изменений ГК РФ [Электронный ресурс] // Информационный интернет-портал «Zakon.ru». – Режим доступа: <http://zakon.ru/>

12. Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози (пер. с фр. В.А. Туманова). – М.: Междунар. отношения, 1999. – 400 с.

13. Иоффе О.С. Избранные труды по гражданскому праву. Из истории цивилистической мысли. Гражданское правоотношение. Критика теории "хозяйственного права" - 2-е изд., испр. – М.: Статут, 2003. – 782 с.

14. Карапетов А.Г. Новые договорные конструкции в ГК РФ: абонентский договор и опционы [Электронный ресурс] // Информационный интернет-портал юридического института «М-ЛОГОС». – Режим доступа: <http://www.m-logos.ru/>

15. Карапетов А.Г. Опцион на заключение договора и опционный договор по новому ГК: комментарий к ст. 429.2 и 429.3 [Электронный ресурс] // Информационный интернет-портал «Zakon.ru». – Режим доступа: <http://zakon.ru/>

16. Карапетов А.Г. Опцион на заключение договора и опционный договор согласно новой редакции ГК РФ [Электронный ресурс] // Справочная

правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru>.

17. Кечекьян С.Ф. Правоотношения в социалистическом обществе / С.Ф. Кечекьян. – М.: Изд-во АН СССР, 1958. – 187 с.

18. Кодификация российского частного права 2015 [Электронный ресурс] / под ред. П.В. Крашенинникова // Справочная правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru/>

19. Кокорина М. Опционный договор в немецком и англо-американском праве [Электронный ресурс] // Информационный интернет-портал юридического института «М-ЛОГОС». – Режим доступа: <http://www.m-logos.ru/>

20. Концепция совершенствования общих положений обязательственного права России (протокол №66 от 26.01.2009 г.) // Бюллетень нотариальной практики. – 2009. – №3.

21. Короткова М.В. Новые виды обязательств и договоров в части первой ГК России / М.В. Короткова // Законы России. – №1. – 2016. – С.8–13.

22. Красников Н. О концепции опционного соглашения как предварительного договора по российскому праву / Н. Красников // Юрист. – 2009. – № 12. – С. 25–30.

23. Кросс Р. Прецедент в английском праве /Р. Кросс. – М.: Юридическая литература, 1985. – 238 с.

24. Мейер Д.И. Русское гражданское право. Ч. 2. По изд. 1902 г. / Д.И. Мейер // – М., 1997. – 450 с.

25. Мельничук Г.В. Сделки на срочных рынках / Г.В. Мельничук // Законодательство. – №10. –1999. – С. 23–25.

26. Михайлов А.М. Судебная власть в правовой системе Англии / А.М. Михайлов. – М.: Юрлитинформ, 2009. – 342 с.

27. Опцион [Электронный ресурс] // Информационный интернет-портал «Википедия». – Режим доступа: <http://ru.wikipedia.org/>

28. Оробинский В. В. Английское договорное право: просто о сложном / В.В. Оробинский. – Ростов н/Д: Феникс, 2015. – 346 с.
29. Подузова Е.Б. Организационный договор и его виды: автореф. дис. ...канд. юрид. наук: 12.00.03 / Е.Б. Подузова. – М., 2012. – 26 с.
30. Полок Ф. Принципы договора: в общем праве и праве справедливости/ Ф. Полок. – Англия, изд-во Роберт Кларк и компания, 1881. – 300 с.
31. Правовая природа опционного договора [Электронный ресурс] // Информационный интернет-портал Исследовательского центра частного права имени С.С. Алексеева при Президенте РФ. – Режим доступа: <http://www.privlaw.ru/>
32. Райнер Г. Деривативы и право / Г. Райнер (пер. Ю.М. Алексеева, О.М. Иванова). – М.: Волтерс Клувер, 2005.
33. Ралько В.В. Опцион на заключение договора и опционный договор в российском праве [Электронный ресурс] // Справочная правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru>.
34. Словарь иностранных слов. – 18-е изд., стер. – М.: Рус. Яз., 1989. – 624 с.
35. Торговля опционами. Часть I. Введение в опционы [Электронный ресурс] // Информационный интернет-портал «Форекс Арена». – Режим доступа: <http://www.forexarena.ru/>
36. Финансовый словарь «Финам» [Электронный ресурс] // Информационный интернет-портал «Финам». – Режим доступа: <http://www.finam.ru/dictionary/>
37. Чернобель Я.А. Опционные конструкции в Гражданском кодексе РФ [Электронный ресурс] / Чернобель Я.А. // Справочная правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru>.
38. Чумаков А. Новые и обновленные договорные конструкции [Электронный ресурс] // Информационный интернет-портал «Академии юриста компании». – Режим доступа: <http://www.uracademy.ru/>

39. Advocates for International Development, At a glance guide to Basic principles of English Contract Law [Electronic resource] / Web-site «Advocates for International Development». – Available at: <http://www.a4id.org/sites/default/files/user/documents/english-contract-law.pdf>.

40. Chitty J., A practical treatise on the law of contracts, not under seal. Third American edition / J. Chitty // Philadelphia: Grigg & Elliot. – 1834. – 506 P.

41. Corbin A., Option contracts / A. Corbin // Faculty Scholarship Series. – Paper 2902. – 1914. – P. 642–663.

42. Larenz K., Lehrbuch des Schulrechts, Besonder Teil. / K. Larenz // – MÜNCHEN: C.H. Beck'sche Verlags Buchhandlung. – 1986. – 668 P.

43. Lundmark T., Charting the Divide between Common and Civil Law / T. Lundmark // NY: Oxford University Press. – 2012. – 465 P.

Судебная практика

44. О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации: постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23 июня 2015 г. № 25 // Бюллетень Верховного Суда РФ. – 2015. – № 8.

45. О некоторых вопросах разрешения споров, связанных с поручительством: постановление Пленума ВАС РФ от 12.07.2012 № 42 // Экономика и жизнь. – 2012. – № 34.

46. Постановление Президиума ВАС РФ от 6 марта 2007 г. № 13999/06 по делу № А64-1324/05-17 // Справочная правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru/>

47. Постановление Президиума ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. №1795/11 по делу № А56-6656/2010 // Справочная правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru/>

48. Определение Высшего Арбитражного суда РФ от 10 июня 2010 г. № ВАС-7102/10 по делу № А40-53877/09-59-434 // Справочная правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru/>

49. Постановление ФАС Московского округа от 28 февр. 2002 г. по делу № КГ-А40/796-02 // Справочная правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru/>
50. Постановление ФАС Московского округа от 27 февр. 2010 г. по делу № КГ-А40/594-10 // Справочная правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru/>
51. Постановление ФАС Московского округа от 30 нояб. 2010 г. по делу № КГ-А40/14297-10 // Справочная правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru/>
52. Постановление Третьего арбитражного апелляционного суда от 25.06.2009 №А33-12079/2008-03АП-1123/2009 по делу №А33-12079/2008 // Справочная правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru/>
53. Решение Арбитражного суда Московской области от 18 авг. 2014 г по делу № А41-6339/13 // Система электронного правосудия «Картотека арбитражных дел». – Режим доступа: <http://kad.arbitr.ru/>
54. Judgment of 12 February 1914 «Barton v. Thaw» // Casebrief.me database. – Available at: <http://casebrief.me/>
55. Judgment of 14 May 1790 «Cooke v. Oxley» // Casebrief.me database. – Available at: <http://casebrief.me/>
56. Judgment of 7 June 1875 «Currie v. Misa» // Webstroke Law database. – Available at: <https://webstroke.co.uk/>
57. Judgment of 26 April 1915 «Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v. Selfridge and Co Ltd» // Case Briefs Wikia database. – Available at: <http://casebrief.wikia.com/>
58. Judgment of 6 November 1873 «Great Northern R. Co. v. Witham» // Casebrief.me database. – Available at: <http://casebrief.me/>
59. Judgment of 3 August 1875 «Ide v. Leiser» // Casebrief.me database. – Available at: <http://casebrief.me/>

60. Judgment of 14 September 1893 «McMillan v. Phila. Co.» // Casebrief.me database. – Available at: <http://casebrief.me/>
61. Judgment of 23 January 1910 «Rivers v. Oak Lawn S .Co.» // Casebrief.me database. – Available at: <http://casebrief.me/>
62. Judgment of 14 March 1974 «Stover v Manchester City Council» // Swarb database. – Available at: <http://swarb.co.uk/>
63. Judgment of 17 July 1991 «Spiro v Glencrown Properties Ltd» [Web resource] // Casebrief.me database. – Available at: <http://casebrief.me/>