



Артем Георгиевич Карапетов

директор Юридического института «М-Логос»,
профессор НИУ «Высшая школа экономики»,
доктор юридических наук

Опцион на заключение договора и опционный договор согласно новой редакции ГК РФ

Автор анализирует новые нормы ГК РФ об опционе на заключение договора и опционном договоре, причины их принятия и возможные пути их практического применения. Статья 429.2 ГК РФ вводит регулирование опциона на заключение договора. Опционом признается договор, посредством которого одна из сторон предоставляет другой стороне за плату или безвозмездно безотзывную оферту на заключение в будущем основного договора. Статья 429.3 ГК РФ содержит регулирование опционного договора, которым является договор, ставящий исполнение обязательств по договору в зависимость от воли одной из сторон. Две эти нормы создают правовую инфраструктуру для оформления по российскому праву опционных сделок, которые очень распространены в обороте.

Ключевые слова: опцион, опционный договор

Artem Karapetov

Doctor of Laws, Director of *M-Logos* Law Institute, Professor at Higher School of Economics

An Option to Sign the Agreement and Option Agreement According to the New Edition of the Civil Code of the Russian Federation

The article analyses new rules of the Russian Civil Code for option and option contract, reasons for adopting these rules and possible ways of their practical realisation. Article 429.2 of the Russian Civil Code regulates an option to conclude a contract. An option is an agreement by which one party gives the other party an irrevocable offer to make some major contract in the future in exchange for a consideration or without it. Article 429.3 of the Russian Civil Code regulates an option contract, i.e. a major contract that stipulates that the performance of obligations are to be called by one of the parties. These two provisions establish a legal infrastructure for concluding widely practiced option transactions under Russian law.

Keywords: option, option contract

В числе положений новой редакции ГК РФ, вступившей в силу 1 июня 2015 г., есть две статьи об опционных договорных конструкциях (далее — опционные сделки). Речь идет о ст. 429.2 («Опцион на заключение договора») и ст. 429.3 («Опционный договор») ГК РФ.

Эти новеллы вызывают большой практический интерес. Дело в том, что в зарубежной, международной и российской деловой практике очень распространено заключение договоров, именуемых опционными договорами, или опционами. Опционные сделки используются для структурирования отношений по строительству кораблей, поставке самолетов. Без них обходится редкая сделка по созданию совместного предприятия, они часто используются при приобретении акций (доли) в ООО или в рамках схем венчурного финансирования. Используются опционные договорные конструкции и для оформления прав на получение недвижимости в аренду. Активно используются они и в качестве сугубо расчетного дериватива, не предполагающего реальный обмен, а являющегося классической «сделкой на разницу». В то же время в судебной практике и научной доктрине до последнего времени не сложилось четкого понимания правовой природы этих конструкций. Не вполне выясненными оставались вопросы о месте таких договоров в системе российского права, непоименованном их статусе и соотношении с конструкцией предварительного договора и ряд других вопросов. Это создавало для сторон, использующих такие конструкции, серьезные правовые риски.

В связи с этим, отреагировав на призывы ввести в Кодекс соответствующее регулирование, которые озвучивал в том числе и автор настоящей статьи¹, законодатель решил включить в ГК РФ нормы об опционных договорных конструкциях.

¹ См.: *Карпетов А.Г.* Анализ некоторых вопросов заключения, исполнения и расторжения договоров в контексте реформы обязательственного права России // Вестник ВАС РФ. 2009. № 12. С. 33–36.

В самом общем виде опционная конструкция характеризуется тем, что стороны закрепляют за одной из сторон секундарное право своим односторонним волеизъявлением инициировать реализацию обменной сделки, а за другой — бремя ожидания и претерпевания этого произвольного волеизъявления управомоченной стороны. Например, при опционной конструкции по модели *put (put option)* управомоченной стороной является потенциальный продавец некоего имущества, а претерпевающей — его приобретатель. Соответственно, если продавец в пределах установленного срока заявит о своем желании запустить обмен и продать имущество, покупатель обязан его выкупить. При опционной конструкции по модели *call (call option)* управомоченной стороной является покупатель, который в пределах установленного срока вправе потребовать продажи ему некоего имущества.

Классический пример: компания приобретает у производителя два самолета по твердым контрактам купли-продажи, но хочет зарезервировать за собой право в течение трех лет потребовать поставки двух дополнительных самолетов. В этих целях в деловом обороте заключают соответствующую опционную сделку, которая и предоставляет покупателю секундарное право потребовать поставки этих двух самолетов на заранее согласованных условиях (включая цену).

Нередко претерпевающая сторона готова предоставить другой стороне такое секундарное право и согласиться на асимметрию правового положения за плату или иное встречное предоставление. Внесение платы является способом компенсации неудобств претерпевающей стороны и стимулирует ее соглашаться на предоставление секундарного права. В вышеприведенном примере производитель, поскольку он оказывается в неудобном положении претерпевания неопределенности и вынужден учитывать в своей производственной политике возможность востребования этих двух самолетов в течение указанного срока, изменения экономической конъюнктуры, роста издержек и утраты ранее согласованными условиями статуса выгодных или возникновения непредвиденных затруднений, нередко готов продать свое согласие на принятие на себя таких рисков исключительно в обмен на некую плату. В качестве последней обычно выступает процент от цены самолетов, указанных в опционной сделке.

Но в ряде случаев стороны могут договориться и о безвозмездности приобретения такого секундарного права на «запуск» обмена. Например, предприниматель решает продать полностью принадлежащий ему 100%-ный пакет акций некоего подающего надежды стартапа. Венчурный инвестор соглашается приобрести лишь 34% акций, опасаясь рисковать большими средствами, но при этом готов выкупить остальные 66% акций по требованию продавца, если по прошествии года после вхождения в акционерный капитал ставший миноритарием предприниматель будет продолжать эффективно управлять компанией, постепенно и добросовестно вводить менеджмент покупателя в управление и не материализуются какие-то правовые или финансовые риски, вытекающие из отношений с участием компании в период до продажи первой части акций (например, налоговые недоимки). В такого рода случаях стороны обычно соглашаются на опцион *put (put option)* в отношении 66% акций без внесения какой-либо отдельной платы, поскольку соответствующая асимметрия прав учитывается в цене самих акций.

Другой пример: стороны акционерного соглашения, владеющие по 50% акций компании, нередко договариваются о том, что в случае возникновения тупика в управлении компанией и невозможности договориться по жизненно важным для компании вопросам (об избрании директора и т.п.) одна из сторон получает право на выкуп у другой стороны 1% или даже всего пакета акций по той или иной заранее определенной или определяемой цене в целях разрешения возникшего тупика. В таких случаях стороны также обычно избегают установления какой-либо платы за приобретение такого секундарного права. Каузой согласия на возникающую асимметрию прав является общая цель разрешения конфликта в управлении.

При этом стоит иметь в виду, что опционные конструкции используются не только в рамках схемы купли-продажи. Они могут структурировать и нередко структурируют отношения по предоставлению имущества в возмездное владение и пользование или лицензии на исключительное право, по выполнению работ или оказанию услуг и т.п.

Опционные договоры признаются во многих правовых порядках, как англосаксонских (под именем *option contract*)², так и континентально-европейских, где они часто отделяются от предварительных договоров (Италия³, Германия⁴, Франция⁵, Румыния⁶ и др.)

В принципе существует две основные правовые модели оформления отношения сторон такой опционной сделки. Первая (модель соглашения об оферте) состоит в том, что стороны заключают особый вид договора, согласно предмету которого одна из сторон предоставляет другой безотзывную оферту на заключение в будущем некоего основного договора (например, купли-продажи, аренды и т.п.), а эта другая сторона получает секундарное право в течение установленного срока ее акцептовать и тем самым «запустить» правоотношения по основному договору. При возмездности конструкции стороны предусматривают в таком случае внесение опционной премии за получение секундарного права на акцепт. Иначе говоря, при

² См., напр.: *Farnsworth E.A. Contracts*. 4th ed. New York, 2004. P. 175–176.

³ *Alpa G., Zeno-Zencovich V. Italian Private Law*. Oxford, 2007. P. 222 (опционный договор упомянут в ст. 1331 ГК Италии).

⁴ Palandt. *Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar zum BGB*. 64. Auflage. 2005. § 158, Rn. 10. В Германии такие договоры также отличаются от предварительных договоров. Подробный анализ отличий предварительного договора и опционных договорных конструкций в немецком праве см.: *Полякова В.Э. Предварительный договор в праве России и Германии: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2015. С. 32–37.*

⁵ Во Франции такие опционные договоры обозначаются как *la promesse unilatérale de contrat* (анализ французского режима опционной сделки см.: *Ilie U. Option Agreement and the Promise to Contract as Established in the New Romanian Civil Code // Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XL* (Valparaíso, Chile, 2013, 1er Semestre). P. 114–117). В рамках идущей на момент написания настоящей статьи реформы ГК Франции в подготовленном правительством Франции, утвержденном в феврале 2016 г. соответствующим ординасом и вступающем в силу в октябре 2016 г. проекте реформы таким договорам посвящена отдельная статья (ст. 1124). Английский перевод проекта реформы см.: URL: http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/Draft-Ordonnance-for-the-Reform-of-the-Civil-Codepdf.pdf.

⁶ Подробное регулирование опционного соглашения содержится в ст. 1278 ГК Румынии. Анализ данных положений ГК Румынии см.: *Ilie U. Op. cit.* P. 101–120.

подобной модели мы имеем такую двухступенчатую схему: заключенная вначале опционная сделка в момент акцепта трансформируется в основной договор того или иного типа.

Вторая модель (модель востребования исполнения) состоит в том, что стороны сразу заключают основной договор (купли-продажи, аренды и т.п.), но откладывают исполнение основных обязательств по нему до момента востребования одной из сторон исполнения. Востребование исполнения в данном случае является чисто потестативным (т.е. зависящим от одного лишь волеизъявления) условием, наступление которого приводит к созреванию обязательств сторон по заключенному договору. Иначе говоря, если в рамках первой модели опционная сделка была направлена на предоставление секундарного права на акцепт, то в рамках второй модели секундарное право состоит в востребовании исполнения по уже заключенному договору. При возмездности опционной конструкции за получение секундарного права востребования исполнения вносится соответствующая опционная премия.

Различия между этими вариантами по большей части являются чисто догматическими. Экономическая функция у них одинаковая. В международном деловом обороте встречаются оба варианта.

При подготовке новой редакции ГК РФ вначале было принято решение ввести в Кодекс регулирование опционной сделки по модели соглашения об оферте. При структурировании сторонами опционной сделки по этой модели возникает уникальная структура прав и обязанностей: предметом договора оказывается предоставление (причем нередко возмездное) секундарного права на акцепт оферты на заключение в будущем некоего иного договора. Для комфортного существования такой конструкции в российском правовом контексте, в котором принцип свободы договора пока котируется не очень высоко, а непоименованные договорные конструкции существуют в зоне повышенных правовых рисков, действительно, было разумно ввести в ГК РФ какое-либо регулирование такой модели. Соответственно, во внесенном в Госдуму тексте соответствующего законопроекта имелась лишь одна статья об опционной конструкции. Это была ст. 429.2 ГК РФ, которая обозначала эту конструкцию как «опционный договор». Игнорирование разработчиками реформы ГК второй модели оформления опционной сделки было обусловлено тем, что не было и нет никаких правовых препятствий структурированию договора с исполнением до востребования. Ведь в этом случае речь идет не о каком-то особом виде договора, а об обычном договоре купли-продажи, аренды и т.п. с исполнением основных обязательств до востребования. При этом конструкция обязательства с исполнением до востребования прямо упомянута в п. 2 ст. 314 ГК РФ и никогда не ставилась в российском праве под сомнение.

Но ко второму чтению в Госдуме было принято решение ввести в законодательство регулирование и второй модели с учетом того, что на практике нередко опционные конструкции структурируются именно по модели договора с исполнением до востребования. На первых порах это решение вызвало у автора настоящей статьи некоторое непонимание и ощущение избыточности такого удвоения в ГК опционных конструкций. Но по прошествии некоторого времени пришло пони-

мание того, что определенный прагматический резон в таком шаге, возможно, имелся. При этом он состоял не в том, чтобы еще раз напомнить всем о возможности конструкции исполнения обязательств до востребования, а в том, чтобы однозначно признать возможность установления в договоре платы за предоставление секундарного права востребования. Возможно, в стране с развитым гражданским правом у судов не возникало бы сомнений в том, что платность предоставления секундарного права, порождающего серьезную асимметрию прав, вещь абсолютно экономически и этически оправданная. Но в российских реалиях, где долгие годы право мучилось и в определенной степени до сих испытывает некоторые затруднения с признанием аналогичных случаев 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), возможно, определенная логика в прямом законодательном признании премии за предоставление права востребования исполнения была.

Как бы то ни было, в тексте ГК РФ с учетом поправок ко второму чтению появилась ст. 429.3, оформляющая законодательное регулирование этой второй модели опционной сделки.

Но тут следует обратить внимание на одну немаловажную терминологическую деталь. В рамках редакции, принятой в 2012 г. в первом чтении, закрепленная в ст. 429.2 ГК РФ модель соглашения об оферте обозначалась как «опционный договор». Но при внедрении во втором чтении в текст законопроекта ст. 429.3, вводящей регулирование модели исполнения до востребования, обозначение «опционный договор» было закреплено депутатами в отношении именно этой конструкции. Тот же договор о предоставлении безотзывной оферты, который в изначальной редакции именовался опционным договором, было принято обозначить как «опцион на заключение договора». Эта терминологическая перетряска может создать определенную путаницу. Поэтому юристам рекомендуется очень четко прояснять, о какой опционной сделке они говорят или пишут: об опционе на заключение договора (модель соглашения об оферте) или об опционном договоре (модель исполнения до востребования). Также следует иметь в виду, что в литературе, особенно той, которая выходила в период с 2012 по 2015 гг. (т.е. с момента принятия Госдумой текста реформы общей части обязательственного права ГК в первом чтении и до момента принятия этого текста в окончательном чтении), авторы под опционным договором, скорее всего, имели в виду не тот опционный договор, который теперь закреплен в ст. 429.3 ГК, а конструкцию, которую теперь Кодекс именуется опционом на заключение договора и регулирует в ст. 429.2.

В задачи настоящей статьи не входит глубокий доктринальный анализ обеих появившихся в ГК РФ конструкций. Эта важная задача еще ждет своей реализации, которая, безусловно, должна осуществляться с опорой на серьезный компаративный анализ и с учетом наработок как англосаксонского, так и континентально-европейского права.

Далее будет приведен краткий постатейный комментарий к двум указанным статьям ГК РФ об опционе на заключение договора и опционном договоре. Он мо-

жет помочь практикующим юристам лучше сориентироваться в тексте этих новых норм и увереннее заключать соответствующие сделки.

Статья 429.2. Опцион на заключение договора

1. 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. Опцион на заключение договора предоставляется за плату или другое встречное предоставление, если иное не предусмотрено соглашением, в том числе заключенным между коммерческими организациями. Другая сторона вправе заключить договор путем акцепта такой оферты в порядке, в сроки и на условиях, которые предусмотрены опционом.

Опционом на заключение договора может быть предусмотрено, что акцепт возможен только при наступлении определенного таким опционом условия, в том числе зависящего от воли одной из сторон.

2. 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.
3. Если опционом на заключение договора не предусмотрено иное, платеж по нему не засчитывается в счет платежей по договору, заключаемому на основании безотзывной оферты, и не подлежит возврату в случае, когда не будет акцепта.
4. Опцион на заключение договора должен содержать условия, позволяющие определить предмет и другие существенные условия договора, подлежащего заключению.

Предмет договора, подлежащего заключению, может быть описан любым способом, позволяющим его идентифицировать на момент акцепта безотзывной оферты.

5. Опцион на заключение договора заключается в форме, установленной для договора, подлежащего заключению.
6. Опцион на заключение договора может быть включен в другое соглашение, если иное не вытекает из существа такого соглашения.
7. Права по опциону на заключение договора могут быть уступлены другому лицу, если иное не предусмотрено этим соглашением или не вытекает из его существа.
8. Особенности отдельных видов опционов на заключение договора могут быть установлены законом.

Комментарий

1. Опцион на заключение договора — это новая договорная конструкция, появившаяся в ГК РФ 1 июня 2015 г. Такие соглашения очень часто оформлялись ранее в обороте и становились предметом судебных разбирательств (опцион на строительство и поставку кораблей в постановлении Президиума ВАС РФ от 13.09.2011 № 1795/11, опцион на продажу доли в ООО в постановлении Президиума ВАС РФ от 06.03.2007 № 13999/06 и т.п.). В то же время до 1 июня 2015 г. правовая природа таких договоров не была прояснена.

Опцион на заключение договора (далее — опцион) — это договор, который оформляет предоставление безотзывной оферты на заключение в будущем любого гражданско-правового договора. В случае акцепта отраженной в опционе оферты основной договор считается заключенным и далее отношения сторон регулируются его условиями.

Почему стороны иногда предпочитают оформить предоставление оферты посредством заключения договора?

Во-первых, это связано с тем, что безотзывная оферта связывает оферента на весь ее срок. Предоставляя безотзывную оферту, оферент вручает другой стороне секундарное право своим односторонним волеизъявлением (акцептом) ввести договор в действие и сам претерпевает неопределенность в отношении перспектив акцепта в течение всего этого времени. Такое положение связанности и вызванная этим асимметрия прав создают для оферента серьезные риски. За период действия оферты рыночные условия и иные обстоятельства могут измениться и условия оферты перестанут отражать интересы оферента. Соответственно, оферент может опасаться предоставить оферту на длительный срок. В то же время в деловой практике у участников оборота нередко возникает потребность в получении долгосрочной безотзывной оферты, позволяющей акцептанту в течение этого продолжительного срока иметь возможность произвольно решать вопрос о введении договора в действие.

Чтобы создать условия для примирения этих интересов, в обороте используется такая конструкция, как внесение акцептантом, желающим получить долгосрочную безотзывную оферту, платы за ее получение и все связанные с этим удобства. Такая плата (опционная премия) компенсирует оференту риски, обусловленные возложением на себя бремени претерпевания неопределенности в течение длительного периода, и стимулирует предоставлять подобные оферты. Для того чтобы закрепить отношения по предоставлению безотзывной оферты в обмен на такое встречное предоставление в виде опционной премии, стороны должны оформить оферту в форме двустороннего договора.

Во-вторых, заключение договора для оформления предоставления безотзывной оферты часто нацелено на то, чтобы урегулировать отношения сторон на период до акцепта и предусмотреть в том числе ряд информационных обязанностей (например, предоставление финансовой отчетности), порядок взаимодействия сторон на период до акцепта, обязательства воздерживаться от отчуждения соответствующего актива и не голосовать за изменение устава общества, режим конфиденциаль-

ности и другие подобные организационные аспекты. Без сопровождения оферты договором такие аспекты было бы невозможно урегулировать.

Если стороны не предусматривают внесение опционной премии и не имеют желания урегулировать свои отношения сторон на период до акцепта, в заключении опциона нет особой нужды и стороны могут вполне оформить заключение договора посредством традиционной оферты. В то же время ничто не мешает им даже в таких случаях для удобства оформить оферту в качестве документа, подписанного обеими сторонами, и назвать его опционом. Представляется, что в таком случае к отношениям сторон должны применяться положения комментируемой статьи.

- 1.1. Из описанного выше очевидно и из п. 1 ст. 429.2 ГК РФ напрямую следует, что опционная премия не является ни квалифицирующим признаком, ни существенным условием опциона. Стороны могут заключить опцион и без условия об опционной премии, но по смыслу п. 1 ст. 429.2 ГК РФ они для этого должны прямо оговорить безвозмездность опциона. При отсутствии в договоре такой оговорки в силу положений п. 1 ст. 429.2, а также п. 3 ст. 423 ГК РФ (презумпция возмездности договора) предполагается возмездность опциона, а размер опционной премии должен определяться по правилам п. 3 ст. 424 ГК РФ (определение цены при ее отсутствии в самом договоре посредством анализа обычно взимаемых цен). В то же время исходя из п. 3 ст. 423 ГК РФ безвозмездность может вытекать не только из условий договора, но и из его существа. Соответственно, даже в тех случаях, когда стороны прямо не обозначили безвозмездность опциона, последняя может быть выведена судом из природы отношений сторон. Так, если стороны включили условие об опционе на выкуп акций в акционерное соглашение в качестве инструмента разрешения тупиковой ситуации в управлении компанией, вряд ли разумно предполагать его возмездность.

В целом фиксация в законе презумпции возмездности опциона вызывает большие сомнения. Было бы разумнее установить уплату опционной премии в качестве случайного условия, о котором стороны при желании вправе договориться, а молчание сторон по данному вопросу рассматривать как указание на безвозмездность опциона. Тем не менее закон решает этот вопрос иначе.

- 1.2. Обычно опцион носит односторонний характер в том смысле, что право на акцепт получает только одна из сторон, а другая претерпевает неопределенность. В то же время из принципа свободы договора следует, что стороны могут заключить двусторонний опцион, в котором каждая из них одновременно является и оферентом, и акцептантом. Соответственно, основной договор вступит в силу, если содержащаяся в опционе двусторонняя оферта будет в установленный в договоре срок акцептована любой из сторон. Такие договоры, как правило, не содержат опционной премии. Более того, было бы логично исходить из того, что в данной ситуации презумпция возмездности, вытекающая из текста п. 1 ст. 429.2 и п. 3 ст. 423 ГК РФ, не действует. Такая разновидность опциона должна презюмироваться безвозмездной в силу существа подобной разновидности опциона.
- 1.3. Следует обратить внимание на то, что имеется указание Банка России от 16.02.2015 № 3565-У «О видах производных финансовых инструментов», в п. 2 которого есть

определение опционного договора как разновидности производного финансового инструмента. Под опционным договором данное указание понимает, во-первых, сугубо расчетный производный финансовый инструмент («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 активом»). Во-вторых, к опционному договору указание относит так называемый поставочный производный финансовый инструмент (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, в том числе путем заключения стороной (сторонами) и (или) лицом (лицами), в интересах которого (которых) был заключен опционный договор, договора купли-продажи ценных бумаг, договора купли-продажи иностранной валюты или договора поставки товара», а также договор, предусматривающий «обязанность стороны договора в случае предъявления требования другой стороной заключить договор, являющийся производным финансовым инструментом и составляющий базисный актив»).

Расчетный опционный договор в том его описании, которое приводится в Указании, явным образом выходит за рамки предусмотренной в ГК РФ конструкции опциона на заключение договора и является договором особого, алеаторного вида (п. 2 ст. 1062 ГК РФ). Если же вчитаться в определение поставочного опционного договора, становится очевидным, что в терминологии ГК РФ речь может идти: а) об одностороннем предварительном договоре (когда по условиям договора одна из сторон вправе требовать заключения основного договора, а другая сторона обязана его заключить при получении такого требования); б) опционном договоре по смыслу ст. 429.3 ГК РФ (когда по требованию одной из сторон договора другая сторона должна осуществить его исполнение); в) опционе на заключение договора (когда такой договор дает одной из сторон право заключить основной договор). Пока в российском праве нет ясного ответа на вопрос о том, действительно ли любой из перечисленных трех видов договоров (включая опцион) по определению должен быть отнесен к категории поставочных деривативов и подпадать под существующие или возможные ко введению в будущем общие нормы о внебиржевых деривативах либо следует выделить какие-либо не учтенные в Указании принципиальные содержательные особенности опциона как дериватива, отличающие его от обычного «общегражданского» опциона.

- 1.4. Из определения опциона в п. 1 ст. 429.2 ГК РФ в его сопоставлении с содержанием ст. 429 следует, что опцион отличается от предварительного договора в первую очередь следующим. Предварительный договор опосредует возникновение обязательств заключить в будущем основной договор. Если по требованию одной из сторон, пожелавшей заключить основной договор, другая сторона уклонится от его заключения, первая сторона должна обратиться в суд с иском о принуждении к заключению договора. В то же время опцион устанавливает не обязательство заключить основной договор по требованию одной из сторон, а секундарное право одной из сторон своим односторонним волеизъявлением ввести основной договор в действие. Каких-либо судебных разбирательств по вопросу о принуждении к заключению договора здесь не требуется, так как основной договор будет считаться

заключенным в момент доставки акцепта offerенту (п. 1 ст. 433 ГК РФ). В этом состоит существенное преимущество опциона перед предварительным договором. Остальные отличия между двумя этими конструкциями несущественны, так как а) опцион может быть двусторонним (как и предварительный договор по общему правилу), а предварительный договор — односторонним (как и стандартная модель опциона); б) ничто не мешает сторонам одностороннего предварительного договора согласовать плату за право востребовать заключение основного договора по своему усмотрению.

- 1.5. Опцион на заключение договора следует также отличать от договора, устанавливающего преимущественное право на приобретение того или иного имущества (*right of first refusal, preemption right*). Собственник некоего имущества (акций, недвижимости и т.п.) может заключить договор, посредством которого контрагент получает преимущественное право на приобретение этого имущества в случае возникновения в будущем у собственника желания его продать.

Согласно условиям договора об установлении преимущественного права собственник обязуется, прежде чем заключить с третьим лицом договор на продажу соответствующего имущества, выставить обладателю преимущественного права offerту на его отчуждение на условиях не хуже тех, по которым он намеревается продать имущество третьему лицу. Предоставление такого преимущественного права может осуществляться на возмездных или безвозмездных началах. Если в течение указанного в договоре срока собственник нарушает преимущественное право и отчуждает имущество третьему лицу, не выставив предварительно соответствующую offerту обладателю преимущественного права, последний вправе требовать от бывшего собственника возмещения убытков или уплаты установленной в договоре неустойки. Кроме того, обладатель преимущественного права должен иметь право предъявить к третьему лицу иск и потребовать перевода на себя прав и обязанностей по заключенному бывшим собственником с таким третьим лицом договору, если будет доказано, что третье лицо было недобросовестно, осознанно вторглось в чужие договорные отношения, зная или имея все основания знать при заключении договора о предоставленном истцу преимущественном праве и нарушении этого права собственником⁷.

Нормативное обоснование для такой формы защиты установленного договором преимущественного права может быть найдено в п. 4 ст. 1 ГК РФ (никто не вправе извлекать преимущество из своего недобросовестного поведения), а также в применении по аналогии норм п. 4 ст. 21 Федерального закона от 08.02.1998 № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» (далее — Закон об ООО; установленное в законе преимущественное право участников ООО на приобретение доли, планируемой к отчуждению одним из участников) или ст. 250 ГК РФ (уста-

⁷ Конструкция договора об установлении преимущественного права хорошо известна европейскому праву. В рамках Проекта реформы ГК Франции, подготовленного Правительством Франции и утвержденного соответствующим ординасом в феврале 2016 г., вступающего в силу в октябре 2016 г., предусмотрена ст. 1123 о соглашениях об установлении преимущественного права. Проект предлагает предоставить лицу, получившему на основании договора преимущественное право на заключение некоего договора в будущем, в случае нарушения его преимущественного права не только возможность взыскания убытков, но и право оспорить заключенную с третьим лицом сделку или потребовать перевода на себя прав и обязанностей по ней, если третье лицо знало о существовании договора об установлении преимущественного права.

новленное в законе преимущественное право собственников на покупку доли в праве общей собственности, отчуждаемой одним из собственников). Отличие такого договора об установлении преимущественного права от опциона состоит в том, что первый создает обязательство одной из сторон выставить в будущем оферту, в то время как второй сопровождает уже выставленную оферту и дает другой стороне секундарное право на ее акцепт.

Кроме того, нет серьезных причин возражать и против оформления договора на установление преимущественного права на заключение и иных договоров, не влекущих распоряжение имуществом. Например, может быть заключен договор об установлении преимущественного права на заключение договора аренды.

- 1.6. В силу прямого указания в п. 1 ст. 429.2 ГК РФ опцион может быть заключен под отлагательным или отменительным условием. В этом случае под условие ставится секундарное право акцептанта. Если опцион заключен под отлагательным условием, право на акцепт и введение в действие основного договора возникает только при наступлении такого условия. Если опцион заключен под отменительным условием, право на акцепт, ранее не реализованное акцептантом, прекращается до истечения указанного в опционе срока на акцепт при наступлении условия.

При этом в силу прямого указания в п. 1 ст. 429.1 ГК РФ отлагательное или отменительное условие, включенное в опцион, может зависеть от воли одной из сторон договора. Иначе говоря, условие может быть потестативным или смешанным. В частности, между акционерами может быть оформлен опцион на заключение договора купли-продажи акций, поставленный под условие продажи одним из акционеров своих акций третьим лицам. Условием может быть также реорганизация одной из сторон, возникновение непогашенных долгов перед банками, публичное размещение компанией своих акций, привлечение банковского кредита, возникновение ситуации тупика в управлении компанией и т.п.

- 1.7. В определении опциона согласно п. 1 ст. 429.2 ГК РФ указывается, что он оформляет предоставление безотзывной оферты. В то же время в силу принципа свободы договора, а также положений ст. 310 и 450.1 ГК РФ не исключен и вариант, при котором сторона опциона, предоставившая оферту, выговорит себе право отказаться от договора в одностороннем порядке. Единственное ограничение допустимости такого условия, вытекающее из ст. 310 ГК РФ, состоит в том, что оно не может быть включено в договор в пользу лица, осуществляющего предпринимательскую деятельность, если другой стороной опциона является лицо, не осуществляющее такую деятельность. Отказ от опциона, по сути, будет приводить к прекращению оферты. Вместе с тем, если иное не предусмотрено в опционе, отказ от договора со стороны лица, предоставившего оферту, должен возлагать на это лицо обязанность вернуть опционную премию, в случае когда таковая была предусмотрена договором и получена. При этом опцион может предусматривать как безусловное право на отказ от договора, так и право на отказ, обусловленное наступлением тех или иных обстоятельств.
- 1.8. В опционе на заключение договора об отчуждении того или иного имущества могут быть предусмотрены негативные обязательства собственника воздержаться от отчуждения соответствующего имущества третьим лицам или обременения его

залогом, ипотекой или иными ограниченными вещными правами либо правами долгосрочной аренды в течение всего срока действия опциона. В случае нарушения таких условий другая сторона может вместо акцепта сопровождающей опцион безотзывной оферты расторгнуть договор опциона и потребовать возмещения убытков или уплаты установленной в договоре на этот случай неустойки. Но даже при отсутствии в договоре таких условий подобные негативные обязательства могут быть признаны подразумеваемыми и выведены из общего принципа добросовестности (п. 3 ст. 307 ГК РФ). Как минимум обязанность продавца, являющегося стороной опциона на покупку, воздерживаться от отчуждения соответствующего имущества или обременения его залогом вполне может считаться вытекающей из принципа добросовестности.

Помимо права на расторжение договора опциона и взыскания убытков (неустойки) потенциальный приобретатель имущества по опциону должен иметь право оспорить заключенный собственником договор об отчуждении указанного в опционе имущества третьему лицу (или обременении этого имущества залогом, ипотекой, иным ограниченным вещным правом, правом аренды), если будет доказано, что такое третье лицо в момент заключения оспариваемого договора знало или заведомо не могло не знать о том, что это имущество является объектом заключенного ранее собственником опциона, и, соответственно, заключение такого договора с собственником нарушает принятые им в опционе негативные обязательства. Оспаривание сделки в такой ситуации может опираться на положения п. 4 ст. 1 («никто не вправе извлекать преимущества из своего ... недобросовестного поведения»), а также ст. 10 и 168 ГК. Право не может поощрять очевидно злонамеренный сговор собственника и третьего лица, направленный на нарушение прав акцептанта по опциону, и недобросовестное вмешательство такого третьего лица в чужие договорные отношения⁸.

В то же время, так как право на возмещение убытков или неустойки в российских реалиях оказывается не в полной мере эффективным с учетом рисков снижения неустойки судом и сложностей доказывания убытков и существуют очевидные трудности в доказывании недобросовестности третьего лица, купившего у собственника указанное в опционе имущество, стороны опциона нередко пытаются договориться о том или ином способе блокирования распоряжения таким имуществом.

О возможности ограничения распоряжения акциями говорит п. 3 ст. 149 ГК РФ, но ясности в вопросе о том, может ли такое распоряжение быть установлено в договоре (в том числе опционе), на настоящий момент нет. Теоретически фиксация ограничения распоряжения акциями на соответствующих лицевых счетах (счетах депо) возможна в силу положений п. 11 ст. 8.2 Федерального закона от 22.04.1996 № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг» (далее — Закон о рынке ценных бумаг), п. 3.83–3.85 приказа Федеральной службы по финансовым рынкам от 30.07.2013 № 13-65/пз-н «О порядке открытия и ведения держателями реестров владельцев ценных бумаг лицевых счетов...», а также п. 8.1–8.6 и 9.1–9.4 положения Банка России от 13.11.2015 № 503-П «О порядке открытия и ведения депозитариями счетов депо

⁸ Возможность аннулирования договора, заключенного стороной опциона в нарушение своих обязательств с недобросовестным третьим лицом, предусматривается и в ряде зарубежных правопорядков (например, ст. 1124 ГК Франции в редакции принятого в феврале 2016 г. и вступающего в силу в октябре 2016 г. ордонанса о реформе Кодекса).

и иных счетов». Но каких-либо четких норм, указывающих на то, что эти нормативные правовые акты имеют в виду в том числе и ограничение распоряжения, введенное договором владельца акций с третьим лицом, нет. В равной степени нет в нормативных правовых актах и указания на то, что снятие такой «блокировки» возможно только с согласия лица, в пользу которого она установлена. А без этого никакого эффективного ограничения распоряжения акциями установить невозможно. Применительно к доле в ООО или недвижимости в нормативных правовых актах нет даже намека на возможность блокирования распоряжения в обеспечение обязательств по передаче этого имущества в будущем.

Соответственно, в настоящий момент, пожалуй, единственным способом реализовать задачу блокирования распоряжения имуществом в целях обеспечения исполнения негативных обязательств воздержаться от отчуждения указанного в опционе имущества является использование конструкции залога. Внесение в реестры акционеров, Единый государственный реестр юридических лиц или Единый государственный реестр прав на недвижимое имущество и сделок с ним записей о залоге соответственно акций, доли в ООО или недвижимости эффективно ограничит возможности собственника распоряжаться этим имуществом в нарушение своих обязательств по опциону. Залог может обеспечивать закрепленные в опционе негативные обязательства собственника по воздержанию от отчуждения данного имущества или денежные обязательства по возмещению убытков или штрафа в случае нарушения данных обязательств.

2. Согласно п. 2 ст. 429.2 ГК РФ стороны могут согласовать в договоре срок действия опциона (срок на акцепт). Он должен соответствовать общим правилам ГК РФ о сроках (ст. 190). В коммерческой практике опционы, в которых право на акцепт может быть реализовано в любой момент в течение определенного времени, называют обычно американскими опционами, а опционы, акцепт которых возможен строго в определенную календарную дату, обычно именуют европейскими опционами.

Если опцион не содержит четко зафиксированного срока на акцепт, такой срок считается равным году, если иное не следует из существа договора или обычаев.

При отсутствии в опционе отлагательного условия предусмотренный в договоре (или годичный) срок на акцепт следует рассчитывать с момента оформления опциона.

При наличии в договоре отлагательного условия вопрос о соотношении срока и условия требует дополнительных разъяснений. Такое соотношение может быть построено двумя способами. Во-первых, стороны могут указать, что акцепт должен поступить в течение определенного времени с момента заключения договора при наступлении соответствующего отлагательного условия. В этом случае наступление условия является необходимым для реализации права на акцепт, но по истечении указанного в договоре срока (а при отсутствии такого срока в договоре — по истечении года) после заключения договора право на акцепт в любом случае прекращается.

Во-вторых, стороны могут договориться о том, что право на акцепт должно быть реализовано в течение определенного срока после наступления отлагательного

условия. При этом в случае, когда стороны обусловили само возникновение права на акцепт, им стоит задуматься над установлением в договоре предельного срока ожидания наступления отлагательного условия во избежание возникновения ситуации вечной неопределенности и вечной связанности оферента. Если стороны такой предельный срок не предусмотрели, суд во избежание возникновения ситуации вечной подвешенности и неопределенности должен, восполняя пробел в договоре по правилам ст. 6 ГК РФ, установить, что опцион (а вместе с ним и состояние подвешенности) прекращается, если отлагательное условие не наступило в течение разумного срока. Конечно, расчет этого разумного срока должен определяться исходя из характера договора и иных обстоятельств.

3. Опционная премия имеет самостоятельное основание (каузу), являясь встречным предоставлением за выдачу безотзывной оферты и приобретение акцептантом секундарного права на акцепт. Соответственно, вполне логично, что в силу п. 3 ст. 429.2 ГК опционная премия по общему правилу не возвращается, если право на акцепт так и не было реализовано в течение установленного срока, и не идет в счет оплаты по основному договору, если акцепт был произведен и такой договор вступил в силу. Иное может быть предусмотрено в самом опционе. В частности, стороны поставленного под отлагательное условие опциона могут договориться о том, что опционная премия подлежит возврату полностью или в определенной части, если отлагательное условие так и не наступит.
4. Согласно п. 4 ст. 429.2 ГК РФ опцион должен содержать все существенные условия основного договора. Это в полной мере согласуется с положением п. 1 ст. 435 ГК РФ, который требует указывать в оферте все существенные условия заключаемого договора. Согласно опциону предусматривается секундарное право на акцепт, который будет производиться посредством одностороннего волеизъявления. Соответственно, возможность дополнительного согласования каких-то условий уже не подразумевается. Стороны должны договориться обо всех параметрах основного договора уже при заключении опциона (например, включив в качестве приложения к последнему текст основного договора). В этом наблюдается принципиальное отличие от норм ГК РФ о предварительном договоре (ст. 429), согласно которым в нем можно не указывать условия основного договора, являющиеся существенными в силу закона.

При этом, как отмечено в п. 4 ст. 429.2 ГК РФ, необходимо, чтобы предмет основного договора был определен в опционе таким образом, чтобы он мог быть четко идентифицирован на момент акцепта. Соответственно, нет возражений против того, чтобы существенные условия были не определенными, а определенными. В последнем случае в опционе стороны предусматривают некий четкий механизм определения существенного условия, который позволит бесспорно обозначить его содержание к моменту акцепта (например, формулу расчета цены недвижимости).

- 4.1. Иногда в обороте стороны договора опциона не только предусматривают право акцептанта акцептовать соответствующую оферту, но и дают ему возможность в одностороннем порядке определить содержание тех или иных условий заключаемого посредством акцепта основного договора по своему усмотрению. При этом, как правило, в опционе закрепляется некое «меню» опций, из которого ак-

цептанту позволяет выбирать, либо фиксируются рамки дискреции акцептанта. Например, опцион на покупку акций по модели *call* может устанавливать, что покупатель вправе, принимая решение о выкупе акций, одновременно определить количество акций, выкуп которых он акцептует. При получении такого акцепта offerentом основной договор будет считаться заключенным с учетом выбора акцептанта. В силу принципа свободы договора нет серьезных возражений против возможности структурирования опциона по этой модели.

5. Согласно п. 5 ст. 429.2 ГК РФ форма опциона должна следовать установленной в законе форме заключаемого основного договора. Соответственно, если основной договор должен быть заключен в письменной форме или удостоверяться нотариально, опцион также должен быть оформлен письменно или удостоверяться нотариально. Так как государственная регистрация договора не является элементом его формы, опцион на заключение договора, подлежащего государственной регистрации, сам по себе регистрации не подлежит.
- 5.1. Здесь следует обратить внимание на особенность оформления опциона на заключение основного договора, в отношении которого закон устанавливает требование его оформления в виде единого документа, подписанного сторонами (например, купля-продажа или аренда недвижимости). В таких случаях к опциону следует прилагать offerту в виде двух подписанных offerentом экземпляров основного договора, с тем чтобы ее акцепт осуществлялся путем подписания и возвращения offerенту одного из экземпляров. При таком условии требование об оформлении основного договора в виде единого документа, подписанного сторонами, будет соблюдено.
- 5.2. В случае оформления опциона на заключение договора об отчуждении доли в ООО нужно учитывать следующее. Согласно п. 11 ст. 21 Закона об ООО сделка, влекущая отчуждение доли, подлежит нотариальному удостоверению. При этом под такой сделкой Закон об ООО понимает распорядительное волеизъявление сторон, непосредственно переносящее право на долю на приобретателя. Если такое распоряжение содержится непосредственно в договоре купли-продажи, мены, дарения и т.п., нотариальному удостоверению подлежит сам такой договор. Если же в договоре предусматривается лишь обязательство распорядиться долей в будущем при наступлении того или иного срока либо отлагательного условия, он не имеет непосредственного распорядительного эффекта и в терминологии п. 11 ст. 21 Закона об ООО не является «сделкой, направленной на отчуждение доли». Это недвусмысленно следует из редакции абз. 3 п. 11 ст. 21 Закона об ООО, который четко разделяет договор, создающий обязательства распорядиться долей, и сделку, направленную на отчуждение доли.

В связи с этим, если по условиям основного договора (купли-продажи, мены и т.п.), указанным в опционе (приложенным к нему), права на долю переходят непосредственно в момент заключения основного договора, договор опциона также подлежит нотариальному удостоверению. Акцепт такой offerты согласно прямому указанию в п. 11 ст. 21 Закона об ООО в редакции Федерального закона от 29.12.2015 № 391-ФЗ может нотариально удостоверяться отдельно. В этом случае «безотзывная offerта считается акцептованной с момента нотариального удостоверения акцепта» и «после нотариального удостоверения акцепта нотариус обязан

в течение двух рабочих дней со дня удостоверения акцепта направить offerentу извещение о состоявшемся акцепте». При этом согласно п. 11 ст. 21 Закона об ООО, если безотзывная offerта, содержащаяся в таком удостоверенном опционе, выдана под отменительным или отлагательным условием, «акцептант представляет нотариусу, удостоверяющему акцепт, доказательства, подтверждающие ненаступление или наступление соответствующего условия». По смыслу данной нормы прежде чем удостоверить акцепт, нотариус должен проверить наступление или ненаступление соответствующих условий.

Если согласно приложенной к опциону offerте акцепт будет влечь заключение основного договора, не предполагающего непосредственный распорядительный эффект (переход прав на долю), а лишь создающего обязательства распорядиться долей в будущем после заключения договора посредством отдельного распорядительного волеизъявления сторон, то нормы п. 11 ст. 21 Закона об ООО об отчуждении доли к заключению такого договора не применяются. Соответственно, и опцион на его заключение нотариально может не удостоверяться. Вхождение сторон в основной договор в таком случае будет осуществляться без участия нотариуса, но для исполнения обязательств по отчуждению доли сторонам придется идти к нотариусу и нотариально удостоверить распорядительную сделку по переводу прав на доли. В случае уклонения одной из сторон от удостоверения такой распорядительной сделки права на доли могут быть переведены на приобретателя по судебному решению (абз. 3 п. 11 ст. 21 Закона об ООО).

6. Пункт 6 ст. 429.2 ГК РФ предусматривает и без того очевидную возможность включения опциона в качестве элемента некоего иного договора. Например, нередко опцион на выкуп акций (доли) при определенных условиях согласовывается сторонами акционерного соглашения или соглашения участников ООО в качестве инструмента выхода из тупика в управлении.

Также опцион на выкуп или продажу акций (доли) нередко включается в договор продажи корпоративного контроля, акционерное соглашение или соглашение участников ООО в качестве своего рода санкции за нарушение стороной такого соглашения своих обязательств (например, по голосованию на общем собрании акционеров): цена выкупа (продажи) в этой ситуации нередко устанавливается с учетом «штрафной» скидки (или премии). Например, договор купли-продажи контрольного пакета акций может предусматривать, что в случае, если продавец нарушает свои обязательства воздерживаться от открытия аналогичного конкурирующего бизнеса в том же регионе в течение определенного срока, покупатель вправе выкупить у продавца оставшийся пакет его акций с дисконтом к рыночной цене или обратно продать нарушителю ранее купленный у него пакет с премией к рыночной цене.

Ко всем подобным случаям в полной мере применимы нормы ГК РФ о смешанных договорах (ст. 421).

7. Пункт 7 ст. 429.2 ГК РФ предусматривает оборотоспособность прав по опциону (т.е. права акцепта). Акцептант, указанный в опционе, после его оформления по общему правилу может уступить свое право третьему лицу на основании возмездного или безвозмездного договора уступки опциона. В таком случае при получении

нии offerentом акцепта от такого третьего лица основной договор будет считаться заключенным между offerentом и таким третьим лицом.

Оборотоспособность секундарного права на акцепт принципиально вполне возможна, так как закон прямо предусматривает возможность выдачи публичных offerт (п. 2 ст. 437 ГК РФ), тем самым демонстрируя, что нет ничего невероятного в том, что конкретному offerенту может быть безразлична фигура возможного контрагента. В то же время вызывает некоторые сомнения решение законодателя установить возможность уступки в качестве общего правила. Более логичным видится правило, согласно которому такая уступка была бы возможна только в случаях, когда на это прямо указано в опционе.

- 7.1. Интересный вопрос встает в отношении правового режима уступки опциона. Дело в том, что в данном случае уступается секундарное право, а не требование кредитора по обязательству, в то время как нормы главы 24 ГК РФ об уступке требований напрямую распространяются лишь на уступку обязательственных прав (п. 1 ст. 382). В то же время очевидно, что в отсутствие иных норм, применимых к уступке секундарного права на акцепт, многие положения об уступке обязательственных прав могут применяться по аналогии закона. В частности, можно обратиться к некоторым положениям ст. 385 ГК РФ об уведомлении должника при уступке. Очевидно, что в случае уступки прав по опциону offerент должен быть уведомлен об этом либо изначальным акцептантом, либо лицом, получившим право на акцепт в силу уступки, если последнее представило offerенту доказательства приобретения опциона.
- 7.2. При этом в силу прямого указания в п. 7 ст. 429.2 ГК РФ стороны опциона могут запретить такую уступку, прописав условие о подобном запрете в договоре. Последствия его нарушения в законе не прописаны. Здесь встает выбор между применением по аналогии (а) положения п. 2 ст. 382 ГК РФ о том, что уступка права из обязательства может быть оспорена, если будет доказано, что приобретатель права знал или должен был знать о договорном запрете; (б) нормы п. 2 ст. 391 ГК РФ о том, что перевод долга без согласия кредитора считается ничтожным. При принятии варианта (а) оспаривание сделки уступки в подавляющем числе случаев не составит труда, так как приобретатель опциона не мог не читать его текст и не видеть там этого запрета, но вызывает большие сомнения справедливость возложения на offerента, в чьих интересах был согласован запрет на уступку прав по опциону, бремени возбуждения судебного спора об оспаривании такой уступки. Несколько более логичным является применение здесь по аналогии нормы п. 2 ст. 391 ГК РФ. Ведь де-факто уступка прав по опциону приводит к тому, что offerент может оказаться связанным договором с неизвестным ему лицом. А поскольку в большинстве случаев речь идет о двустороннем договоре, такой offerент может оказаться кредитором совсем не того лица, с которым он оформил опцион, т.е. имеет место ситуация, близкая к той, которая возникает при переводе долга.
8. В п. 8 предусматривается, что положения ст. 429.2 ГК РФ носят общий характер, и допускается установление особенностей тех или иных типов опционов на уровне других федеральных законов. Соответственно, в принципе законодательство о рынке ценных бумаг или иные законы, регулирующие финансовую сферу, могут вводить особенности регулирования опционов (в частности, как производных

финансовых инструментов). Если такое регулирование появляется на уровне подзаконных нормативных актов, возникнет видимое противоречие с редакцией п. 8 ст. 429.2 ГК РФ, согласно которой особенности отдельных видов опционов могут предусматриваться именно в законах. Представляется, что эту формулировку не стоит воспринимать как ограничивающую возможность устанавливать особенности отдельных видов опционов на уровне подзаконных нормативных актов, если соответствующие правотворческие органы при издании такого акта реализовывали свою компетенцию, делегированную им федеральным законодательством.

- 8.1. В ст. 2 Закона о рынке ценных бумаг дается определение такой именной ценной бумаги, как опцион эмитента. Под этим названием скрывается «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». В этой статье указывается следующее: «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». В ряде других статей данного Закона правовой режим такой ценной бумаги уточняется (например, ст. 27.1 Закона о рынке ценных бумаг предусматривает особенности эмиссии опционов эмитента). Представляется, что к опциону эмитента, являющемуся бездокументарной именной эмиссионной ценной бумагой, нормы ст. 429.2 ГК РФ неприменимы. При этом следует отметить, что такие ценные бумаги в обороте распространения не получили.

Статья 429.3. Опционный договор

1. По опционному договору одна сторона на условиях, предусмотренных этим договором, вправе потребовать в установленный договором срок от другой стороны совершения предусмотренных опционным договором действий (в том числе уплатить денежные средства, передать или принять имущество), и при этом, если управомоченная сторона не заявит требование в указанный срок, опционный договор прекращается. Опционным договором может быть предусмотрено, что требование по опционному договору считается заявленным при наступлении определенных таким договором обстоятельств.
2. За право заявить требование по опционному договору сторона уплачивает предусмотренную таким договором денежную сумму, за исключением случаев, если опционным договором, в том числе заключенным между коммерческими организациями, предусмотрена его безвозмездность либо если заключение такого договора обусловлено иным обязательством или иным охраняемым законом интересом, которые вытекают из отношений сторон.
3. При прекращении опционного договора платеж, предусмотренный пунктом 2 настоящей статьи, возврату не подлежит, если иное не предусмотрено опционным договором.

4. Особенности отдельных видов опционных договоров могут быть установлены законом или в установленном им порядке.

Комментарий

1. Опционный договор, урегулированный в ст. 429.3 ГК РФ, представляет собой договор, в силу которого одна из сторон обязуется исполнять свои обязательства (платить деньги, передать или принять имущество и т.п.) при условии предъявления другой стороной требования (т.е. востребования исполнения по договору).

1.1. Основное отличие опционного договора от опциона на заключение договора состоит в том, что последний является отдельным договором, из которого при поступлении от одной из сторон акцепта рождается некий основной договор. Иначе говоря, опцион — это особый договорный тип: договор, который опосредует предоставление оферты. В то же время опционный договор не является самостоятельным договорным типом. Это любой договор (купли-продажи, мены, аренды и т.п.), в котором исполнение основных обязательств обеих сторон поставлено в состояние «до востребования» (п. 2 ст. 314 ГК РФ). В момент востребования не возникает некий новый договор, а созревает основание для исполнения тех основных обязательств, которые входят в предмет опционного договора. Опционный договор порождает не секундарное право односторонним волеизъявлением ввести в действие новый, основной договор, а секундарное право востребовать исполнение по уже заключенному договору. То есть вместо двух договоров мы имеем единый договор с исполнением до востребования. По сути, это альтернативная модель структурирования схемы, при которой актуализация трансакции зависит от произвольного усмотрения одной из сторон, а отличие от опциона проявляется в виде разной структуры прав и обязанностей. По большому счету одну и ту же идею (например, куплю-продажу под условием выражения волеизъявления одной из сторон) можно реализовать как посредством оформления опциона, так и за счет опционного договора.

1.2. Из смысла ст. 429.3 ГК РФ в системном единстве с положениями ст. 432 вытекает, что по общему правилу опционный договор должен содержать положения, конкретизирующие его предмет, а также все существенные условия, обязательные для договора данного типа. В частности, в опционном договоре купли-продажи должно быть согласовано наименование и количество товара. От стороны, управомоченной на востребование исполнения, требуется лишь реализовать свое секундарное право, направив другой стороне соответствующее уведомление о востребовании: каких-либо дополнительных согласований параметров востребованного исполнения не требуется.

В то же время 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.

1.3. Также в силу принципа свободы договора заключенный сторонами договор может содержать «усиленное» секундарное право, предполагающее, что управомоченная сторона может не только востребовать исполнение по своему усмотрению, но еще

и в одностороннем порядке определить его объем, как правило, в установленных в опционном договоре пределах. Например, стороны договора поставки могут согласовать, что поставщик обязуется отгружать покупателю тот объем товара, который покупатель вправе ежемесячно в одностороннем порядке определять в заявках. Это проявление принципа свободы договора признается в российской судебной практике (определение Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 07.12.2015 № 305-ЭС15-4533). К этой же категории следует отнести и договор кредитной линии, согласно которому заемщик приобретает право при возникновении необходимости затребовать у банка необходимую ему сумму кредитного финансирования в пределах установленного в договоре лимита кредитной линии, а банк в ответ на заявку обязуется выдать соответствующие кредитные транши.

О такой конструкции можно говорить как об особенной «усиленной» модификации опционного договора (опционный договор с исполнением по заявкам). Но с равным успехом можно использовать и иной понятийный аппарат. Дело в том, что п. 1 ст. 429.1 ГК РФ допускает возможность заключения рамочного договора, в котором конкретизация отсутствующих в нем существенных условий будет производиться в односторонних заявках. Соответственно, подобную конструкцию можно обозначать как особую разновидность и опционного, и рамочного договора. Этот договор рамочный в том смысле, что существенные условия в нем прямо не согласованы и подлежат конкретизации в дальнейшем, но он одновременно и опционный, поскольку определение таких условий поставлено в полную власть одной из сторон.

Вопрос о возможности квалификации такой конструкции договора с исполнением по заявкам в качестве опционного имеет практическое значение. В случае признания судами подобной квалификации к этим договорам начнет применяться, в частности, п. 2 ст. 429.3 ГК РФ о презумпции возмездности предоставления секундарного права востребования. Представляется, что в условиях действующего законодательного регулирования нет иного выхода, кроме как признать, что такой договор является опционным, и применять к нему правила ст. 429.3 ГК РФ. Соответственно, при желании исключить из него какую-либо плату за получение секундарного права востребования исполнения об этом стоит прямо сказать в договоре. Если же стороны захотят включить такую плату в договор и компенсировать соответствующей стороне бремя претерпевания асимметрии прав, ее разумно установить в виде либо фиксированного единовременного платежа при заключении договора, либо ежемесячного начисления (наподобие банковской комиссии за поддержание кредитной линии). В любом случае с учетом сложностей в определении рыночного уровня такой платы за приобретение секундарного права по правилам ст. 424 ГК РФ сторонам желательно не оставлять в договоре пробел в отношении вопроса о возмездности/безвозмездности.

Остается лишь отметить, что в случае, если стороны дополнили эту конструкцию опционного/рамочного договора с исполнением по заявкам условием об уплате периодических фиксированных платежей в качестве абонентской платы, такой договор должен быть квалифицирован как абонентский (ст. 429.4 ГК РФ). В данном случае абонентская плата, уплачиваемая за право востребовать исполнение при первой необходимости, по своему усмотрению и в желаемом объеме, является одновременно и встречным предоставлением за тот объем исполнения, который

был реально востребован, и платой за получение секундарного права. В отличие от опционного/рамочного договора с исполнением по заявкам, в котором, независимо от наличия или отсутствия какой-либо отдельной платы/комиссии за асимметрию прав, всегда предполагается оплата того объема исполнения, который был реально востребован управомоченной стороной в соответствующей заявке, в случае с абонентским договором ничего, кроме фиксированной абонентской платы, платить не требуется, независимо от того, какой объем реального исполнения был востребован и был ли он востребован в принципе.

- 1.4. Норма п. 1 ст. 429.3 ГК РФ говорит о праве востребовать исполнение договорного обязательства, но умалчивает о статусе встречного обязательства управомоченной на востребование стороны. Представляется, что в большинстве случаев в силу текста заключенного договора данное встречное обязательство будет обусловлено исполнением обязательства, поставленного до востребования, и тем самым созревать не ранее, чем произойдет востребование исполнения и последнее будет осуществлено. Но можно себе представить и такой вариант договоренности сторон, при котором встречное исполнение управомоченной на востребование стороны будет осуществляться при условии и после востребования, но ранее осуществления востребованного исполнения.
- 1.5. По прямому указанию в п. 1 ст. 429.3 ГК РФ, если востребование исполнения не произойдет в предусмотренный в договоре срок, опционный договор прекращается. Соответственно, отпадает и встречное обязательство, если оно должно было быть произведено после исполнения обязательства, поставленного до востребования. В случае же если встречное исполнение было произведено ранее, при прекращении опционного договора оно должно быть возвращено по правилам о неосновательном обогащении.
- 1.6. В данной норме не указывается, что делать, если в опционном договоре не предусмотрен срок востребования. Очевидно, что здесь должно применяться по аналогии закона положение п. 2 ст. 429.2 ГК РФ о том, что этот срок в таком случае будет равен году.
- 1.7. Также очевидно, что в силу ст. 157 и 327.1 ГК РФ право востребования исполнения может быть поставлено под отлагательное или отменительное условие, в том числе зависящее от воли одной из сторон договора.
- 1.8. В силу прямого указания в п. 1 ст. 429.3 ГК РФ в договоре может быть предусмотрено, что востребование будет считаться осуществленным автоматически при наступлении зафиксированных в договоре условий. В этом случае договор не предусматривает секундарное право востребования, а ставит созревание обязательств под отлагательное условие. Такое проявление свободы договора вполне возможно, но имеются определенные сомнения в оправданности именовании такого договора в законе в качестве опционного, т.е. зависящего от выбора одной из сторон (*option* в переводе с английского означает «выбор»).
- 1.9. Статья 429.3 ГК РФ умалчивает об обороте прав по опционному договору. Тем не менее нет сомнений в том, что право востребовать исполнение может быть по общему правилу уступлено третьему лицу. При этом, так как секундарное право вос-

требовать 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. Эта уступка будет в полной мере подчиняться правилам ГК о цессии (глава 24 ГК РФ). В то же время уступка третьему лицу права востребовать исполнение не означает перевод на это лицо встречных обязанностей уступающей стороны по опционному договору. При желании перенести на третье лицо как право востребовать исполнение, так и встречные обязанности (т.е., по сути, заменить сторону договора по правилам ст. 392.3 ГК РФ) требуется заручиться согласием другой стороны. В то же время ничто не препятствует возможности установить в опционном договоре заранее данное согласие на передачу прав и обязанностей по опционному договору третьему лицу. В последнем случае лицо, имеющее право востребовать исполнение договора, может комплексно уступить третьему лицу все права и обязанности по опционному договору. Представляется, что в этом состоит определенное отличие опционного договора от опциона на заключение договора. Как мы видим, в случае с опционом оборотоспособность опционных прав презюмируется, если в договоре она не ограничена; в случае же с опционным договором реальная возможность уступить место управомоченной на востребование стороны опционного договора появляется только тогда, когда в договоре выражено согласие другой стороны на такую замену стороны договора.

2. В соответствии с п. 2 ст. 429.3 ГК РФ секундарное право востребования исполнения может оплачиваться опционной премией ровно так же, как оплачивается секундарное право акцепта в модели опциона. Экономическая функция такого платежа состоит в компенсации неудобств, которые принимает на себя сторона, согласившаяся претерпевать произвольный выбор управомоченной на востребование стороны.
- 2.1. При этом согласно данному пункту (как представляется, не вполне удачному) наличие опционной премии предполагается. Следовательно, при отсутствии условия об опционной премии и ее размере предоставление права востребования должно оплачиваться, а размер такой платы определяться по правилам п. 3 ст. 424 ГК РФ. Безвозмездность предоставления права востребования исполнения возможна, только если (а) на это прямо указано в договоре; (б) такая безвозмездность обусловлена иным обязательством или иным охраняемым законом интересом, которые вытекают из отношений сторон. Например, в ситуации, когда договор купли-продажи предоставляет обеим сторонам право востребования исполнения, возмездность не предполагается и умолчание сторон об опционной премии не означает, что она должна в том или ином размере вноситься.

В целом было бы разумнее, если бы закон установил внесение опционной премии по таким договорам в качестве случайного условия, о котором стороны могут при желании договориться. В этом случае безвозмездность предоставления секундарного права презюмировалась бы и молчание сторон по вопросу о плате за асимметрию прав исключало бы возможность восполнять пробел путем применения правил п. 3 ст. 424 ГК РФ о рыночных ценах. Но закон решает данный вопрос по-иному.

3. Согласно прямому указанию в п. 3 ст. 429.3 ГК РФ опционная премия не подлежит возврату в случае невостребования исполнения в пределах установленного срока, если иное не предусмотрено в договоре.

В п. 2 ст. 429.3 ГК РФ не указано прямо, но из смысла конструкции и применения по аналогии закона п. 3 ст. 429.2 Кодекса следует, что опционная премия не засчитывается в счет платежей по договору в случае востребования исполнения, если иное не предусмотрено в договоре.

4. Согласно п. 4 ст. 429.3 ГК РФ особенности отдельных видов опционных договоров могут быть предусмотрены в других законах или в установленном ими порядке. Последнее означает, что такие особенности могут быть установлены и на уровне подзаконных нормативных правовых актов, принятых соответствующими органами исполнительной власти при реализации ими компетенции, закрепленной на уровне федеральных законов. В частности, те или иные особенности заключения, исполнения или прекращения опционного договора, выступающего в качестве дериватива (производного финансового инструмента), могут быть установлены на уровне нормативных правовых актов, издаваемых Центральным банком РФ.

References

- Alpa G., Zeno-Zencovich V.* Italian Private Law. Oxford, Routledge-Cavendish, 2007. 310 p.
- Farnsworth E.A.* Contracts. 4th ed. New York, Aspen Publishers, 2004. 984 p.
- Ilie U.* Option Agreement and the Promise to Contract as Established in the New Romanian Civil Code // Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XL (Valparaíso, Chile, 2013, 1er Semestre). P. 114–117.
- Karapetov A.G.* Analysis of Certain Issues of Execution and Termination of Agreements in the Context of the Reform of Law of Obligations [*Analiz nekotorykh voprosov zaklyucheniya, ispolneniya i rastorzheniya dogovorov v kontekste reform obyazatelstvennogo prava Rossii*]. The Herald of the Supreme Arbitrazh Court of the Russian Federation [*Vestnik Vysshego Arbitrazhnogo Suda Rossiiskoi Federatsii*]. 2009. No 12. P. 33–36.
- Palandt.* Buergerliches Gesetzbuch. Kommentar zum BGB. 64. Auflage. Muenchen, C.H. Beck Verlag, 2005.
- Polyakova V.E.* Provisional Contract in Russian and German Law: PhD Thesis in Law [*Predvaritelnyi dogovor v prave Rossii i Germanii: dissertatsiya na soiskanie uchenoj stepeni kandidata yuridicheskikh nauk*]. Moscow, 2015. 141 p.

Information about the author

Artem Karapetov — Doctor of Laws, Director of *M-Logos* Law Institute, Professor at Higher School of Economics (119049 Russia, Moscow, Post Box 14; e-mail: postmaster@m-logos.ru).