

Опционный договор в немецком праве и англо-американском праве

В Гражданском уложении Германии (далее - ГГУ) отсутствует, понятие «опционный договор», и также как в российском праве закреплено правило о безотзывности оферты¹.

При этом в немецком гражданском обороте конструкция опционного договора используется в разнообразных сферах жизни, что подтверждается судебной практикой.

1) В решении Федерального финансового суда Германии² обсуждалось значение и происхождение опционного права для сотрудника, производилась оценка акционерных опционных прав для работников. Работник являлся коммерческим директором фирмы, и ему было предоставлено право выкупить акции по цене 65 центов за акцию. Он мог воспользоваться правом с 1 января 2004 по 5 января 2005 года, а также по договору предоставлялось право переуступить данное право компании. Перед судом был поставлен вопрос о налогообложении опционной премии в случае переуступки.

Суд постановил, что работник получает преимущество тогда, когда использует право на опцион непосредственно в своих интересах или иным образом, когда передает это право в пользу третьего лица. При этом выгода, получаемая работником, равна стоимости права на момент распоряжения им.

2) В соответствии с решением Федерального суда Германии между³ архитектором и заказчиком был заключен договор оказания услуг, в соответствии с которым архитектор осуществляет проектирование и надзор за строительством одного жилого дома, и а также, по требованию заказчика надзор за строительством еще четырех жилых домов, расположенных рядом. После окончания строительства первого дома заказчик воспользовался своим правом, и архитектор осуществил надзор за строительством трех из четырех согласованных домов. После оказания услуг архитектор потребовал их оплаты. Заказчик отказался уплачивать вознаграждение за три последующих дома, поскольку размер и порядок оплаты не был закреплён договором. Как указывается в решении суда, стороны при заключении договора не указали порядок и условия определения принципов и размера вознаграждения, а также условия продления договора в письменной форме, что могло быть сделано сторонами со ссылкой на рамочный или предварительный договор.

Суду необходимо было установить, воспринимал ли сам архитектор и заказчик положения опционного договора, в котором было зафиксировано право заказчика на использование дополнительных услуг как обязательные для исполнения архитектором; была ли направлена воля сторон на возникновение всех указанных обязательств, в том числе и по опционному договору. Следует ли из текста договора, что архитектор мог уклониться от исполнения указанных дополнительных обязательств. Для решения указанных вопросов было рассмотрено толкование пункта соглашения, в котором

¹ § 145 ГГУ: лицо, предложившее другому лицу заключить договор, связано предложением, если только не оговорило, что предложение его не связывает. § 436 ГК РФ Полученная адресатом оферта не может быть отозвана в течение срока для ее акцепта, если иное не оговорено в самой оферте либо не вытекает из существа предложения или обстановки, в которой оно было сделано.

² Bundesfinanzhof : Urteil vom 18.9.2012, VI R 90/10,

<http://www.bundesfinanzhof.de/entscheidungen/entscheidungen-online>.

³ Der Urteil des Bundesgerichtshof № VII ZR 189/06, 18 Dezember 2008/ <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=398c76e873c2a650632b298f0f764e3f&nr=46964&pos=1&anz=6&Blank=1.pdf/>

устанавливалось, что в случае продолжения строительства проекта, услуги архитектора по надзору и инженерные услуги в рамках данного проекта оказываются по согласованным единовременно платежам. Суд установил, что договором была определена стоимость оказания услуг архитектора только за первый дом, но никак не еще за пять согласованных, поскольку сумма, уплаченная заказчиком была меньше минимальной суммы, установленной положением о сборах для архитекторов и инженеров.

Какие же функции несет в себе опционный договор? Каким образом в немецкой доктрине объясняется появление данного правового явления?

В целях поиска ответов рассмотрим вопросы о правовой природе опционного договора, его задачах и ответственности, в случае его нарушения.

Соотношение основного и опционного договоров. Один из ключевых вопросов, связанных с правовой природой опционного договора, - вопрос соотношения опционного договора (Optionsvertrag) и основного договора (Hauptvertrag), объясняется немецкими цивилистами в двух диаметрально противоположных теориях, в каждой из которых используется понятие секундарного права и каждая из которых используется сегодня на практике. Вопрос заключается в том, являются ли опционный договор и основной договор двумя самостоятельными договорами или единым обязательством?

В немецкой юридической литературе существует две теории опционного договора: теория единого договора (теория единства) и теория разделения договоров⁴.

1. Теория разделения договоров (Trennungstheorie).

В немецкой литературе сегодня преобладает теория, разработанная немецкими учеными Ларенцем и Георгиадисом. В соответствии с ней опционный договор является самостоятельным и независимым договором подготовительного характера, который дает возможность обладателю опционного права ввести в действие основной договор путем одностороннего заявления формирующего (и изменяющего) характера. Вместе с опционным договором сторонами создается отдельное, независимое (секундарное) право по формированию и изменению правоотношения (Gestaltungsrecht)⁵. Das Gestaltungsrecht - это субъективное право, осуществление которого производится в одностороннем порядке и непосредственно влияет на существующее правовое положение, изменяя его. Право

⁴ Райнер Г. Деривативы и право/ пер. с нем. Ю.М. Алексеев, О.М. Иванов. – М.: Волтерс Клувер, 2005. - С. 15.

⁵ При переводе термина «das Gestaltungsrecht» возникают значительные сложности. Лингвистический перевод данного термина приводит к пониманию понятия «das Gestaltungsrecht» как права формирующего (или) изменяющего правоотношение, поскольку «gestaltung» имеет значение формировать или изменять. При этом семантическое толкование слова позволяет принять и поддержать следующий перевод выражения «das Gestaltungsrecht»: секундарное право, хотя в немецком языке право по формированию и изменению правоотношения (правоформирующее и правообразующее) подразумевает более широкое значение, чем секундарное право. В Вестнике Гражданского права № 2 за 2007 год был опубликовано исследование Э. Зеккеля в переводе с немецкого, получившее название «Секундарные права в гражданском праве», при этом в оригинале работа звучит следующим образом «Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts»..

создавать, изменять или прекращать субъективные права, предоставленное управомоченному лицу⁶.

Опционное право является проявлением и основой данной теории. Профессор Ларенц определяет его, как 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 образом⁷. Следовательно, для создания правоотношения достаточно волеизъявления или же оно формируется на основании решения суда.

Иными словами, опционное право имеет следующее содержание: управомоченное лицо может заключить договор с предварительно согласованным содержанием путем одностороннего правоформирующего и правообразующего заявления (*Gestaltungsrecht*). Право на такое заявление может быть представлено договором, который целесообразно обозначить как опционный договор.

Опционный договор и основной договор являются двумя самостоятельными договорами, при этом опционный договор включает в себя признак состава основного договора, что, в свою очередь, позволяет сохранить связь основного и опционного договоров между собой.⁸ Опционный договор должен содержать существенные условия основного договора.

2. Теория единого договора (Einheitstheorie).

Теория единого договора в литературе основывается на существовании опционного права (права на реализацию опционного соглашения) и основного договора. Представители этой теории (в частности, Эссер) не разделяют основной и опционный договоры и говорят о главном договоре с опционной оговоркой⁹.

⁶ Субъективные права формирования и изменения правоотношения (или вторичные права) подразделяются на самостоятельные (оригинарные) и производные права. Производные права происходят от правового предшественника (например, предложение о расторжении договора). Оригинальные возникают в силу независимого, особого основания для приобретения права (например, право присвоения вещей добытых на охоте (*Aneignung*) или право обратной покупки). (Larenz K. *Lehrbuch des Schulrechts, Besonder Teil*. – München: C.H.BECKSHEVERLAGS BUCHHANDLUNG, 1986).

⁷ Larenz K. *Lehrbuch des Schulrechts, Besonder Teil*. – München: C.H.BECKSHE VERLAGS BUCHHANDLUNG, 1986. – P. 155-158

⁸ Casper M. *Der Optionsvertrag* –Tübingen: Mohr Siebeck, 2005. – P. 58.

⁹ Эссер придерживается того мнения, что при опционном договоре является договор, содержащий оферту (*Angebotsvertrag*). Такой договор содержит предложение заключить договор, о содержании которого стороны уже предварительно договорились, а также заявление оферента о том, что он будет придерживаться связанности этой офертой в течение обусловленного срока, а также возможное соглашение о связывающей компенсации (*Bingungsentgelt*) и других обязательствах между сторонами. Соответственно, осуществление опционного права как принятие объявленной оферты представляет собой право осуществить договор путем принятия (предложения)./Esser. *Schuldrecht, Allgemeiner Teil, Fufilage*. 1970.

С того момента, когда владелец (держатель) опционного соглашения получает опционное право, у него возникает секундарное правомочие в рамках опционного соглашения, которое позже поглощается основным договором. Именно использование одной стороной (держателем опциона) своего опционного права и приводит к заключению основного договора.

Как признают немецкие юристы¹⁰, теория единого договора была создана, прежде всего, для обхода правила о недопустимости воли под условием. Главное отличие указанной теории от теории воли под условием является терминологическим, поскольку оговорка о том, что основной договор признается заключенным, если управомоченная сторона реализует свое опционное право, это ни что иное, как одно из отлагательных условий, которое зависит только от воли управомоченной стороны.

Суды в настоящее время придерживаются той позиции, что при решении вопроса о соотношении опционного и основного договора следует рассматривать как единый (унифицированный) договор.

По мнению профессора Ларенца, 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 покупки¹¹. Судом отмечалось, что условием действительности договора купли-продажи является заявление управомоченного лица, который таким образом осуществляет свое право выбора (option).

К 2005 году судебная практика не изменилась. Судебная палата по гражданским делам Федерального суда Германии в решениях, связанных с правом на приобретение земельного участка¹², отмечает, что в таких договорах выражен опционный договор, то есть договор, обуславливающий волю одной из сторон заключить основной договор. В указанных «земельных» делах опционное право выражается в виде права покупки. В них опционный договор понимается как потестативно обусловленный основной договор, то есть основной договор становится действительным лишь в момент реализации опционного права. Причем подобная реализация зависит от воли только одной из сторон сделки.

¹⁰ Casper M. Ibid. – P. 47.

¹¹ Larenz K. Lehrbuch des Schulrechts, Besonder Teil. – Münghen: C.H.BECKSHE VERLAGSBUCHHANDLUNG, 1986. – P. 155-158

¹² Правом приобретения обозначается правом, посредством которого можно приобрести определенную вещь до определенного момента во времени (даты). По своей конструкции право приобретения либо связывающая оферта продавца, которую управомоченное на приобретение лицо, может принять до определенного времени или либо предварительный договор, или при отлагательном условии заключенный договор купли-продажи, или же право приобретения обеспечивается предварительной заявкой.

Аналогичные правила применяются Федеральным финансовым судом при квалификации срочных биржевых сделок.

Существование двух противоположных теорий: теории единого договора (теория единства) и теории разделения договоров, не препятствует появлению в немецкой юридической литературе мнений, позволяющих примирить данные концепции. Так, Г. Райнер полагает, что в каждом конкретном случае стороны должны сами выбирать: какую из теорий они будут использовать при заключении договора, поскольку здесь важно не само существование множества теорий, а возможность обосновать существующее опционное право на основании договора¹³. Теории – это только формы обоснования, возможность для сторон определить и квалифицировать свои правоотношения. И какая из представленных возможностей является наиболее подходящей – целиком зависит от воли сторон договора, а «ведущаяся дискуссия сопровождается стремлением найти универсальный подход»¹⁴.

В тоже время важно учитывать следующий аргумент не теоретического, а уже практического характера. В зависимости от того, какая теория была применена сторонами (является ли договор единым или стороны имеют дело с двумя разными договорами), могут возникать различные последствия, в частности, в случае переуступки опционного права или невыполнения сторонами условий опционного соглашения, а также в случае использования способов защиты контрагентов по договору.

Задачи опционного соглашения. Немецкими цивилистами в частности, М.Каспером¹⁵, Броксом¹⁶, Медикусом¹⁷ и Ларенцем¹⁸ выделяется три основные задачи опционного соглашения.

Первая задача состоит в том, чтобы определить содержание будущего основного договора. Стороны определяют содержание будущего основного договора, включая право стороны в одностороннем порядке «запустить» исполнение (§ 315-317 ГГУ).

Во-вторых, стороны могут оговориться о дополнительных обязанностях до реализации права на опцион, например, установить опционную премию. В установлении

¹³ Райнер Г. Деривативы и право/ пер. с нем. Ю.М. Алексеев, О.М. Иванов. – М.: Волтерс Клувер, 2005. - С. 15.

¹⁴ Райнер Г. Там же. С. 15.

¹⁵ Casper M. Ibid. – P. 58-65.

¹⁶ Brox H. Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs.- Köln, Berlin, Bonn, München: Carl Heymanns Verlag KG, 1988. – P.94-95.

¹⁷ Medicus D. Juristische Kurz-Lehrbücher Schuldrecht II, Besonderer Teil. – München: C.H. BECKSCHE VERLAGSBUCHHANDLUNG, 1995. – P. 80-81.

¹⁸ Larenz K. Lehrbuch des Schulrechts, Besonderer Teil. – München: C.H.BECKSHE VERLAGSBUCHHANDLUNG, 1986. – P. 155-158.

опционной премии между сторонами и согласовании каких-либо иных дополнительных условий и состоит преимущественно опционного договора по сравнению с предполагаемым основным.

Третья задача опционного соглашения состоит в создании опционного права у одной стороны и права ожидания у другой стороны предполагаемого основного договора. В этом выражается связь опционного и основного договоров. Наличие возможности заключить основной договор соответствует интересам сторон, хотя при этом исполнение такого договора и не является обязательным.

Опционный договор по праву Англии и США

В работах английских и американских авторов указывается¹⁹, что опционным договором (option contract) является договор, который обусловлен обещанием не отзывать оферту, возникающий после того, как акцептант обеспечит ее встречным удовлетворением. Таким образом, для признания опционного договора заключенным необходимо наличие двух элементов: обещания не отзывать оферту и встречного удовлетворения (consideration)²⁰. Данный вывод хорошо иллюстрируется выдержками из судебных решений:

- Опцион – это дящаяся оферта, которая может быть отозвана в любое время до акцепта в случае, если не поддерживается встречным предоставлением. Опцион становится безотзывным, если обеспечивается соответствующим встречным предоставлением²¹.

- Опцион есть односторонний договор, связывающий одну сторону с даты совершения, по которому с одной стороны что-либо передается, а с другой стороны что-либо приобретается до момента исполнения получателю опциона. (Решение *Barton vs Thaw* (1914)).²²

Опцион в теории права имеет двойственную природу. С одной стороны, это оферта, которая после ее акцепта другой стороной станет двусторонним договором, с другой стороны – это договор, который предусматривает обещание не отзывать оферту в

¹⁹ См. например: Chitty on Contracts. 27-th edition. London. 2004., *Treitel G.H.* The Law of Contract. London. 2003.

²⁰ Наличие встречного предоставления является существенным для признания действительным любого соглашения: от простого договора, до договора, заключенного в квалифицированной форме (например, «deed» - договор «за печатью»). Когда речь идет о договоре «за печатью», встречное предоставление предполагается.

²¹ *Galen J. M.* Resent cases. - 28 Oregon Legal review. - 1948-1949. – P. 82.

²² *Lord R.A., Williston S.A.* Treatise on the law of contracts. -Thomson/West., Volume 1. 2007.- P. 1022-1023.

обмен на уплату опционной премии (встречного предоставления). Основной договор считается заключенным в момент акцепта безотзывной оферты акцептантом²³.

Вопрос о правовой природе опционного договора является дискуссионным. С одной стороны, опционный договор – это безотзывная оферта, основанная на встречном предоставлении.²⁴ С другой стороны – это договор, зависящий от наступления специального условия, то есть условный договор²⁵.

В Англии и США опционный договор является универсальной правовой конструкцией, применимой к различным видам договоров. В нормативно-правовых актах, судебной практике и в литературе можно встретить использование конструкции опционного договора применительно к договору купли-продажи, договору аренды, купле-продаже ценных бумаг на финансовых рынках и во многих других случаях.

²³Ibid 1035.

²⁴ Об этом пишет Lord Diplock в деле *United Scientific Holdings Ltd v Burnley BC*, 1978.

²⁵В судебном акте по делу *Spiro v Glencrown Properties Ltd* судья Hoffmann пишет: «Опцион на покупку земли, по существу должен быть охарактеризован как договор, зависящий от исполнения опциона». Цит. по: *Murrin A, Williams P.J.G. Case Comment Thinking positively: preserving positive obligations when selling a property –Riderwood Properties Group Ltd v Valero Energy Ltd [2013] -Landlord&Tenant Review, 2013/www.westlaw.com*