

НОВЫЕ ДОГОВОРНЫЕ КОНСТРУКЦИИ В ГК РФ: АБОНЕНТСКИЙ ДОГОВОР И ОПЦИОНЫ

1. Абонентский договор

С 01 июня 2015 года в ГК РФ появляется нормативное регулирование абонентского договора:

Статья 429.4 теперь вводит законодательное определение абонентского договора:

«1. Договором с исполнением по требованию (абонентским договором) признается договор, предусматривающий внесение одной из сторон (абонентом) определенных, в том числе периодических, платежей или иного предоставления за право требовать от другой стороны (исполнителя) предоставления предусмотренного договором исполнения в затребованном количестве (объеме) либо на иных условиях, определяемых абонентом.

2. Абонент обязан вносить платежи или предоставлять иное исполнение по абонентскому договору независимо от того, было ли затребовано им соответствующее исполнение от исполнителя, если иное не предусмотрено законом или договором.»

Комментарий:

На мой взгляд, это в целом очень удачная и полезная норма, решающая важную проблему договорной практики. Проект данной статьи был изначально разработан Группой по созданию МФЦ при Президенте РФ и согласован с Советом по кодификации при Президенте РФ. Каких-либо серьезных изменений редакция в дальнейшем не претерпела.

Абонентский договор – это не некий поименованный договорный тип наряду с куплей-продажей, подрядом, арендой и т.п. Это договорная конструкция, некая форма, в которую можно облечь, по сути, почти любой возмездный поименованный договор. Может быть абонентский договор оказания услуг, абонентский договор подряда, абонентский договор купли-продажи и т.п. (вариант с услугами, конечно, наиболее распространен на практике).

При этом абонентские договорные конструкции повсюду вокруг нас (шведские столы, техобслуживание оборудования и транспорта на случай поломок, техподдержка сайтов, аутсорсинг юридической поддержки, абонементы в бассейн и фитнес, услуги круглосуточной помощи на дорогах, тарифы сотовой связи или иных телекоммуникационных услуг и т.п.).

В чем же специфика такой конструкции?

Здесь совмещаются два важных элемента.

Во-первых, в рамках такого договора проявляется интересная структура прав. Одна из сторон (абонент) получает право в течение срока действия договора требовать от другой стороны исполнения в тот момент, в который ей это будет нужно, и в том объеме, который ей будет нужен. Чаще всего это усмотрение абонента ограничено некими лимитами, но встречаются и безлимитные абонементы, ограниченные лишь объективными параметрами (вроде количества часов в сутках). Востребование исполнения может осуществляться как в форме некоего предварительного заказа, который другая сторона должна немедленно исполнить (например, абонентское техобслуживание техники в случае поломки, оперативное устранение сбоев в работе сайта, оказание медицинских услуг при необходимости и т.п.), так и в форме молчаливого, не требующего предварительного востребования использования (например, звонок по телефону или выход в интернет).

Для абонента удобство состоит в том, что ему гарантировано будут предоставлять исполнение, как только ему это понадобится.

Во-вторых, специфика абонентского договора проявляется в порядке фиксации цены. В отличие от договора, предусматривающего исполнение стороной заявок другой стороны (вроде договора кредитной линии или договора поставки товара по заявкам), в рамках абонентского договора абонент платит фиксированную плату. Гарантирующая сторона получает от абонента фиксированную абонентскую плату за право требовать/получать исполнение в нужном объеме при возникновении потребности. В отдельные месяцы абонент может затребовать и получить исполнение номиналом больше, чем его абонентская плата, но в другой все может быть наоборот. Специфика конструкции предполагает, что абонентская плата вносится независимо от того, затребовал ли абонент исполнение или воспользовался ли он им. Естественно, возврат абонентской платы в случае незатребования исполнения невозможен.

Природа абонентской платы смешанная. Отчасти она является встречным предоставлением за то, что абонент получает в качестве исполнения от гарантирующей стороны, а отчасти платой за предоставление абоненту своего рода секундарного права востребовать исполнения по своему разумению и компенсацией за поддержание гарантирующей стороной своей готовности исполнять по первому требованию.

У нас ранее суды нередко не понимали специфику такой договорной конструкции и отказывали во взыскании абонентской платы из-за отсутствия акта об оказании услуг или доказательств осуществления иного встречного предоставления.

Конструкция абонентского договора, безусловно, требует дальнейшего научного изучения и осмысления. Пока на русском языке по поводу такой крайне распространенной договорной конструкции не написано почти ничего. Думаю, законодатель поступил мудро, не став прописывать детали, а ограничившись лишь констатацией возможности такой конструкции. Остается надеяться, что появление этой нормы ГК простимулирует научную проработку деталей функционирования данного института, и в конечном итоге поспособствует формированию более проработанной доктрины абонентского договора.

В частности, требует проработки следующие вопросы.

1. Как соотносится конструкция абонентского договора с правилами Закона о защите прав потребителей, дающими потребителю право на немотивированный отказ от договора оказания услуг с условием возмещения понесенных расходов? Стоит ли признать, что до момента, когда потребитель выразил свою волю на отказ от абонентского договора, он обязан вносить абонентскую плату? Мне кажется, на последний вопрос нужно ответить однозначно утвердительно.

2. Могут ли быть признаны бессрочные абонентские договоры? Мой ответ – вряд ли. В таком случае должна применяться по аналогии ст.610 ГК о бессрочной аренде, дающая в этом случае каждой из сторон право на немотивированный отказ от договора.

3. Должна ли быть признана какая-то специфика применения ст.451 ГК применительно долгосрочных абонентских договоров? Нет ли оснований императивно ограничить срок абонентского договора? На первый взгляд, на оба вопроса, видимо, ответить стоит отрицательно, как минимум, если речь идет о договоре между двумя коммерсантами.

2. Опционы

С 1 июня 2015 года в ГК РФ появляются две статьи об опционах (ст.429.2 и 429.3).

В целом законодательное регулирование этой конструкции считаю большим достижением. Законодательное регулирование опционов было очень необходимо, так как такие договоры встречаются повсюду (они постоянно заключаются в отношении акций и долей и используется

при структурировании M&A, нередко сопровождают акционерные соглашения как механизм выхода из дедлока в управлении, выступают как механизм стимулирования топ-менеджмента компаний, на основании опционов оформляется поставка товаров, кораблей и самолетов и т.п.). До Президиума ВАС РФ за последние годы доходил не один спор, где фигурировали опционы (на продажу валюты, на продажу доли в ООО, на строительство кораблей и т.п.), а деловые газеты упоминают об опционах чуть ли не каждый день. В то же время природа таких договоров до сих пор была не прояснена. Самое главное без ответа был вопрос о соотношении этого инструмента с близким институтом предварительного договора, а также над договором висел риск признания его в качестве сделки под отлагательным чисто потестативным (то есть зависящим от голого волеизъявления) условием, что в условиях сохранявшихся долгое время проблем с признанием потестативных условий судами было серьезным юридическим риском.

О необходимости встраивания этой конструкции в наше право я писал в 2009 году (Карпетов А.Г. Анализ некоторых вопросов заключения, исполнения и расторжения договоров в контексте реформы обязательственного права России. // Вестник ВАС РФ. № 12, 2009).

Рад, что в итоге эта конструкция была воспринята, и прочерчено верное отличие от договора предварительного. Оно состоит в том, что предварительный договор ОБЯЗЫВАЕТ заключить основной договор, и в случае нарушения предполагает подачу иска о принуждении к заключению, в то время как опцион опосредует предоставление секундарного права (для того, чтобы запустить исполнение достаточно одностороннего волеизъявления). Второе, менее принципиальное отличие состоит в том, что в отличие от предварительного договора, который как правило обязывает обе стороны, опцион обычно (хотя и не всегда) носит односторонний характер. Последнее предопределяет и еще одну специфику: в силу своего одностороннего характера за секундарное право «запустить» исполнение стороны часто выговаривают встречное предоставление в виде опционной премии.

В принципе в мире существует две основные модели правового оформления опционов. Согласно первой опцион структурируется как особая организационная договорная конструкция (наряду с предварительным договором), предусматривающая предоставление на определенный срок одной из сторон безотзывной оферты другой стороне на заключение некоего основного договора (купли-продажи, услуг, аренды и т.п.) за плату (опционную премию). Реализовав секундарное право акцепта, другая сторона преобразует организационный опцион в полноценный основной договор.

Согласно второй модели опцион структурируется как полноценный договор купли-продажи, оказания услуг, аренды и т.п. без промежуточного звена в виде некоего организационного договора, но опционная специфика проявляется в том, что одной из сторон дается секундарное право востребовать исполнение. По сути, тут мы имеем договор, в котором основные обязательства поставлены до востребования одной из сторон. При этом за получение секундарного права востребования стороны могут предусмотреть соответствующую плату.

В обоих случаях опционная премия может как присутствовать, так и нет, но ее наличие в принципе достаточно характерно, так как в обоих случаях мы имеем асимметрию прав. Одна из сторон получает секундарное право, а другая вынуждена претерпевать неопределенность в отношении перспектив акцепта/востребования. В тех случаях, где опционной премии прямо в соглашении нет, обычно кауза такого секундарного права в виде некой встречной выгоды растворена в комплексе коммерческих отношений сторон (например, когда опцион выступает в качестве инструмента выхода из тупика в управлении).

В принципе оба варианта имеют право на существование. Изначально разработчиками была выбрана первая модель – соглашение о предоставлении безотзывной оферты за плату или некое иное встречное предоставление. В рамках редакции ГК, принятой в первом чтении в 2012 году, это решение было закреплено в ст.429.2 (Опционный договор). Но в окончательной редакции эта модель была переименована в Опцион на заключение договора. Содержательно редакция претерпела некоторые изменения, в целом удачные. Во-первых, прямо указано, что опцион может быть заключен под условием, в том числе зависящим от одной из сторон (это крайне

важно, так как половина всех опционов в ряде сфер выдается под отлагательным потестативным условием). Во-вторых, прямо допущено существование опциона без встречного предоставления (для России, где нет доктрины consideration, жесткое требование наличия встречного предоставления, пожалуй, избыточно).

В остальном же статья сохранила основные решения, изначально включенные в проект (необходимость фиксации существенных условий в опционе, годичный диспозитивный срок действия на случай несогласования конкретного срока, опционная премия не засчитывается в счет исполнения договора и не возвращается при нереализации права на акцепт и т.п.).

Вот, собственно, эта статья:

Статья 429². 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 иное 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, сроки и на условиях, предусмотренных 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, если 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.

Меня почти все в статье устраивает. Есть, конечно, вещи, которые более или менее самоочевидны и без их закрепления в ГК (например, про то, что опцион можно включить в другой договор), но это редакционные мелочи.

Единственный, пожалуй, принципиальный вопрос, это вопрос об уступке прав по опциону. Нет, я не против самой возможности уступки. В конечном итоге прав допускает публичную оферту, по которой договор будет заключен с любым, кто решит акцептовать публичную оферту.

Тем более должна допускаться оферта, адресованная конкретному лицу и дающая ему право при желании уступить право акцепта кому угодно. Но я при подготовке этой статьи предлагал отразить идею о том, что для допустимости такой уступки требуется прямое указание в опционе. В тексте же отражена обратная позиция: согласие презюмируется и для блокирования уступки надо фиксировать в опционе запрет на уступку. Мне кажется, это не лучшее решение. В качестве диспозитивной нормы согласно экономическому анализу права и здравому смыслу стоит выбирать решение, которое имело бы в виду большинство сторон такого договора. Все-таки в большинстве случаев оборотоспособность опциона, как мне кажется, не предполагается.

Особо интересный вопрос состоит в том, по каким правилам осуществляется уступка прав по опциону. Ведь по сути уступается право акцепта, секундарное право. Нормы же ГК о цессии писаны под уступку права требования. Видимо, к уступке секундарного права на акцепт нормы о цессии применимы по аналогии, но очевидно, что не все. Так что здесь есть большое пространство для дальнейшей проработки вопроса.

Но ситуация стала в целом более интересной, когда ко второму чтению в тексте законопроекта появился второй опцион, который получил название «опционный договор» (название, которым в первоначальной редакции обозначали ту конструкцию, которую теперь называли «опционом на заключение договора») По сути, тем самым по настоянию ЦБ РФ в текст законопроекта проникла вторая модель оформления опциона: а именно полноценного основного договора с постановкой основных взаимных обязательств до востребования.

Вот эта норма ГК:

«Статья 429³. 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».

Как уже отмечалось, «опционность» здесь проявляется не в праве на акцепт и введение в действие некоего основного договора, а в востребовании исполнения. В самой идеи обязательств до востребования для нашего права нет ничего необычного. В принципе, такого рода обязательства прямо предусмотрены в п.2 ст.314 ГК. Правда, при этом закон почему-то объявляет

исполнение до востребования способом установить срок, что само по себе сомнительно, так как противоречит требованию ст.190 ГК о том, что срок - это всегда обстоятельство, которое неизбежно наступает. По большому счету востребование исполнения – это не срок, а отлагательное чисто потестативное (то есть зависящее от голого волеизъявления) условие.

В принципе, с появлением второго опциона у нас в ГК появляется своего рода «опционный плюрализм». Кодифицированы обе наиболее типичные конструкции оформления опциона. Жизнь покажет, какая конструкция окажется более популярной и удобной. Так что такое решение в принципе можно считать разумным: стороны могут сами решить, какой из вариантов им лучше подходит. Единственное, мне не нравится близость (до степени смешения) названий обеих конструкций, которая может породить много проблем в коммуникациях. Судам иногда придется путем толкования выявлять природу договора как опциона на заключение договора или опционного договора. И это минус. Если было нужно закрепить, что договор с исполнением до востребования может предусматривать плату за реализацию секундарного права востребования (а у меня нет сомнений, что это возможно), то проще было просто внести поправки в ст.314 ГК, а не создавать второй опцион.

Остается только отметить, что опционный договор в ст.429.3 урегулирован куда более скудно, чем опцион на заключение договора в ст.429.2 ГК. В силу близости конструкций мне представляется разумным применение в соответствующих случаях норм ст.429.2 по аналогии закона.