



## **Правовой статус опциона.**

Производные финансовые инструменты давно были изобретены человечеством, однако не утратили своей актуальности и в наши дни.

Одним из таких финансовым инструментам есть опцион. Для использования опциона необходимо понимать особенности его правового статуса, поскольку это имеет значение для определения порядка обращения и учета этого финансового инструмента, а также его налогообложения.

Согласно п. 45 ч.1 ст. 14 Налогового Кодекса Украины (далее по тексту - ПКУ), опцион относится к деривативам. Налоговым Кодексом Украины определено, что дериватив - стандартный документ, который удостоверяет право и / или обязательство приобрести или продать в будущем ценные бумаги, материальные или нематериальные активы, а также средства на определенных им условиях. Стандартная (типичная) форма деривативов и порядок их выпуска и обращения устанавливаются законодательством.

Определение опциона содержится в п. 14 п. 45 ч. 1 ст. 14 ПКУ. Согласно ПКУ опцион - это гражданско-правовой договор, согласно которому одна сторона контракта получает право на приобретение (продажу) базового актива, а другая сторона принимает на себя безусловное обязательство продать (купить) базовый актив в будущем в течение срока действия опциона или на установленную дату (дату исполнения) по определенной при заключении такого контракта цене базового актива. По условиям опциона покупатель выплачивает продавцу премию опциона.

Вопрос о правовом статусе опционов и опционных сертификатов лучше рассматривать как и со стороны правового анализа действующего законодательства Украины так со стороны анализа судебной практики.

Среди юристов существует мнение, что опцион относится к производным ценным бумагам. Однако это не так. Исходя из анализа действующего законодательства Украины вывод о принадлежности опционов к производным ценным бумагам опровергается следующим.

Согласно ч. 2 ст. 195 Гражданского Кодекса Украины (далее по тексту - ГКУ) виды ценных бумаг и порядок их обращения устанавливаются законом. Согласно ч. 1 ст. 196 ГКУ обязательные реквизиты ценных бумаг, требования относительно формы ценной бумаги и другие необходимые требования устанавливаются законом. Законом, которым устанавливаются виды ценных бумаг и порядок их обращения, обязательные реквизиты ценных бумаг, требования относительно их формы и другие необходимые требования, является Закон «О ценных бумагах и фондовом рынке» (далее - Закон о ЦБ).

Из этого следует, что документ может приобретать статус ценной бумаги в том случае, если законом этот документ отнесен к ценным бумагам.

Согласно п. 5 ч. 1 ст. 3 Закона о ЦБ производные ценные бумаги - это ценные бумаги, механизм выпуска и обращения которых связан с правом на приобретение или продажу в течение срока, установленного договором, ценных бумаг, других финансовых и/или товарных ресурсов.

Согласно ст. 15 Закона о ЦБ особенности эмиссии (выдачи), обращения и учета залоговых, ипотечных сертификатов, ипотечных облигаций, сертификатов ФОН, приватизационных, производных, товарораспорядительных ценных бумаг и порядок раскрытия информации о них определяются законодательством.

Законом о ЦБ определено понятие производных ценных бумаг, тогда как их виды, реквизиты и требования к их форме настоящим Законом не установлены. Виды, реквизиты и требования к форме производных ценных бумаг, а также особенности эмиссии (выдачи), обращения и учета и порядок раскрытия информации о них должны определяться законом. Однако, до сих пор такого закона принято не было.

Правовой статус деривативов и особенности их оборота устанавливаются Налоговым Кодексом Украины. Согласно положениям ПКУ деривативы не отождествляются с ценными бумагами.

Итак, опцион законом не относится к ценным бумагам или к производным ценным бумагам и является деривативом. Не является производной ценной бумагой и опционный сертификат.

Вопросы правового статуса опциона и отличия его от опционного сертификата возникли с принятием Государственной Комиссией по ценным бумагам и фондовому рынку (далее - ГКЦБФР) Решения № 572 от 16.06.2009 года, которым были отменены Правила выпуска и обращения фондовых деривативов, утвержденные решением ГКЦБФР от 24.06.1997 года № 13 (далее – Правила № 13) и Положение об упорядочении выпуска и обращения деривативов, утвержденное решением ГКЦБФР от 13.04.1999 года № 70 и утвержден Порядок регистрации выпуска опционных сертификатов и проспекта их эмиссии.

Согласно Решение ГКЦБФР №572 от 16.06.2009 года опционный сертификат - это стандартный документ, удостоверяющий право его владельца на приобретение у эмитента опционного сертификата (опционный сертификат на приобретение) или на продажу эмитенту опционного сертификата (опционный сертификат на продажу) базового актива в срок и на условиях, определенных в проспекте эмиссии этих опционных сертификатов.

Однако, в Порядке № 572 не определено есть ли опционный сертификат производной ценной бумагой и есть ли он деривативом вообще.

До принятия Решения № 572 Правилами выпуска и обращения фондовых деривативов № 13 было четко определено правовой статус опционов. В п. 1 указанных Правил было определено, что опцион - это стандартный документ, заключенный как стандартизированный контракт, который закрепляет право (но не обязательство) его владельца на приобретение от эмитента опциона (опцион на покупку) или на продажу эмитенту (опцион на продажу) в срок, определенный в нем, указанную в нем количество базового актива по зафиксированной при заключении цене.

Следует отметить, что согласно п. 1 Правил № 13 фондовый дериватив - это дериватив, по которому Государственная комиссия по ценным бумагам и фондовому рынку заключила об отнесении его к производной ценной бумаге как опциона или фьючерса согласно части 5 статьи 1 Закона Украины "О государственном регулировании рынка ценных бумаг в Украине". Пунктом 2 было предусмотрено, что Государственная комиссия по ценным бумагам и фондовому рынку может делать вывод об отнесении любых видов стандартизированных контрактов к опционам или фьючерсам.

Итак, Правилами № 13 было четко определено, что опционы являются производными ценными бумагами.

Однако, положения Правил № 13 не соответствовали действующему законодательству. Согласно Закону Украины «О налогообложении прибыли предприятий» фондовым деривативам является деривативы базовым активом которых являются ценные бумаги.

Также, Законом Украины «О государственном регулировании рынка ценных бумаг в Украине» не предусмотрены полномочия ГКЦБФР относить деривативы или любые другие документы к ценным бумагам, в том числе и производным ценным бумагам. Несмотря на это, указанные Правила были зарегистрированы Министерством Юстиции Украины и поэтому участники фондового рынка, применявших опционы, в спорных ситуациях могли ссылаться на Решение ГКЦБФР, как на позицию государственного органа, регулирующего эти отношения.

Так, Хозяйственный суд Днепропетровской области по делу № А36/197-07 по иску в ГНИ в Бабушкинском районе г. Днепропетровска о признании противоправными и отмене налоговых уведомлений-решений, 26.04.2007г. было принято решение об удовлетворении административного иска.

Постановлениями Днепропетровского апелляционного административного суда № 22а-2994/08 от 22 июня 2008 года и Высшего административного суда Украины № К-12544/08 от 25 ноября 2010 г. решение суда первой инстанции оставлено без изменений.

Ответчик обосновывал свои возражения против иска тем, что опционы не являются ценными бумагами. Однако, с такой позицией суды не согласились, поскольку выпуск опционов был должным образом зарегистрирован в ГКЦБФР и согласно Правилам № 13 фондовые деривативы являются производными ценными бумагами.

Использование опционов может принести существенные налоговые выгоды сторонам сделки. Главной особенностью опциона является то, что его покупатель имеет право (но не обязанность) купить или продать базовый актив. За получение такого права покупатель опциона уплачивает продавцу премию, которая не есть объектом налогообложения налогом на добавочную стоимость. Опционы часто используются в операциях в которых конечным покупателем опциона есть физическое лицо либо юридическое лицо на единой системе налогообложения.

Если опцион исполняется, в таком случае, продавец опциона обязан выполнить контракт на заранее определенных в опционе условиях. Стороны могут либо четко определить момент времени, в который подлежит исполнению обязательства продавца опциона (европейский опцион) или обязать продавца опциона исполнить свое обязательство по первому требованию владельца в течение определенного периода времени (американский опцион).

Положением «О требованиях к стандартной (типовой) форме деривативов», утвержденным постановлением Кабинета министров Украины от 19.04.1999 г. № 632, установлено стандартные ( типовые) реквизиты деривативов. Согласно п.4 настоящего Положения требования к стандартной (типовой) форме деривативов, установленные настоящим Положением, распространяются на деривативы, заключение которых осуществляется на организованном и неорганизованном рынках.

Для применения опционов важно знать, что может быть базовым активом опциона, а что нет.

Базовым активом опционов могут быть:

- ценные бумаги;
- материальные активы;
- нематериальные активы;
- средства.

Согласно п. 120 ч. 1 ст. 14 ПКУ к нематериальным активам относятся - право собственности на результаты интеллектуальной деятельности, в том числе промышленной собственности, а также другие аналогичные права, признанные объектом права собственности (интеллектуальной собственности), право пользования имуществом и имущественными правами налогоплательщика в установленном законодательством порядке, в том числе приобретенные в установленном законодательством порядке права пользования природными ресурсами, имуществом и имущественными правами.

Согласно п. 111. ч. 1. ст. 14 ПКУ к материальным активам относятся - основные средства и оборотные активы в любом виде (включая электрическую, тепловую и другую энергию, газ, воду), не являются средствами, ценными бумагами, деривативами и нематериальными активами.

Обстоятельством, что затрудняет применение деривативов субъектами хозяйствования и замедляет развитие срочного рынка вообще есть недостаточно развитое законодательство в этой сфере. Недостаточно урегулированным вопросам является порядок обращения деривативов. С принятием Налогового Кодекса Украины возник еще один важный вопрос: «Какие государственные органы уполномочены устанавливать правила выпуска и обращения деривативов?» До принятия Налогового Кодекса Украины Законом Украины «О налоге на прибыль предприятий» была установлена классификация деривативов на

виды в зависимости, что является базовым активом дериватива. Согласно этой классификации деривативы делились на:

- а) фондовый дериватив - стандартный документ, удостоверяющий право продать и / или купить ценную бумагу на обусловленных условиях в будущем. Правила выпуска и обращения фондовых деривативов устанавливаются государственным органом, на который возлагаются функции регулирования рынка ценных бумаг;
- б) валютный дериватив - стандартный документ, удостоверяющий право продать и / или купить валютную ценность на обусловленных условиях в будущем. Правила выпуска и обращения валютных деривативов устанавливаются Национальным банком Украины;
- в) товарный дериватив - стандартный документ, удостоверяющий право продать и / или купить биржевой товар (кроме ценных бумаг) на обусловленных стандартных условиях в будущем. Правила выпуска и обращения товарных деривативов устанавливаются органом, на который возлагаются функции регулирования товарного биржевого рынка.

Однако в Налоговом Кодексе Украины отсутствуют нормы которые бы указывали на то, какие государственные органы уполномочены осуществлять регулирование деривативов. Сейчас в Верховном Совете Украины на рассмотрении находится проект Закона Украины «О производных (деривативах)» № 8576 от 30.05.2011 года поданный депутатом Верховного Совета Украины Прасоловым Игорем Николаевичем.

Принятие этого Закона будет способствовать решению проблем существующих в законодательстве которое регулирует производные.

**Maestro & Partners Law Group**  
**Управляющий партнер, адвокат**  
**Сахнацкий Андрей**

**Опубликовано в газете «Юридическая практика» № 44 (723) от 01.12.2011**