

**ЭКОНОМИКА****Севастьянова Надежда Гурьевна**

канд. экон. наук, доцент

ФГБОУ ВПО «ЧГУ им. И.Н. Ульянова»

г. Чебоксары, Чувашская Республика

**Севастьянова Елена Юрьевна**

студентка 5 курса юридического факультета

МГУ им. М.В. Ломоносова

г. Москва

**СООТНОШЕНИЕ ДЕРИВАТИВОВ С ИНЫМИ ДОГОВОРАМИ**

***Аннотация:** в судебной практике имеет место противоречивая квалификация деривативных договоров. Деривативы иногда квалифицируются как договоры пари, на основании чего судебная защита по искам, основанным на таких обязательствах, не предоставляется. Главным образом, причина такого подхода в отсутствии должного законодательного регулирования деривативных сделок. Для того, чтобы найти путь к решению проблемы, необходимо прежде всего определить правовую природу деривативных сделок и возникающих из них обязательств и соотнести их с действующим гражданско-правовым инструментарием.*

***Ключевые слова:** деривативы, деривативные сделки, игры и пари, условные сделки.*

**1. Соотношение деривативов со сделками пари.**

Как отмечалось ранее, для одних авторов сделки на разницу тождественны играм и пари, другие исследователи приводят правовые критерии их разграничения. Что принимают в расчет судебные инстанции при толковании договора, вот к примеру: «...заключенные банками сделки открытого форварда как поставочные, так и беспоставочные по своей правовой природе относятся к сделкам пари, поскольку результаты сделок не известны их участникам заранее [6].

Е.П. Губин и А.Е. Шерстобитов также говорят о том, что нет оснований считать деривативы, а в особенности расчетный форвардный контракт, пари. В

пари есть спор относительно того, имеет ли место определенное событие или нет, и спорное обстоятельство является условием возникновения обязательства сторон. Стороны же деривативной сделки не спорят в отношении цены, поскольку она прямо зафиксирована. Им известно заранее, что в определенный день торги обязательно должны состояться. Ссылка на то, что ни одна из сторон не может воздействовать на точное определение цены, реального значения базового актива – «часть предпринимательского риска, так как стороны имеют возможность и средства с большой степенью точности прогнозировать реальную цену...» [7]. Риски присущи вообще экономике, финансовому рынку в особенности, поэтому решения, которые принимаются сторонами, всегда опираются на ожидание будущих событий. Кроме того, отсутствие реальной поставки не свидетельствует само по себе о пари. Таким образом, авторы видят в деривативах непоименованный договор.

Для настоящей работы не суть важна разница между играми и пари, поскольку это не влияет на гражданско–правовую квалификацию последствий применения к сделке положений об играх и пари, тем более что их разграничение – вопрос дискуссионный. Важнее сравнить характер правоотношений, возникающих из игр и пари с деривативами, а также причины отсутствия судебной защиты.

Рассмотрим с традиционной точки зрения, почему игры и пари не защищаются судом, какие положения при этом составляют основу аргументации. Прежде всего, говорят об их социальной сущности: намерение игроков только лишь обогатиться при отсутствии достаточных экономических оснований, приводящих к достижению общественно полезных целей; направленность игры исключительно на удовлетворение прихоти; ни на чем не основанная прибыль одной стороны в ущерб другой [8]. Получение дохода в игре всецело зависти от случая выгоды без какого–либо встречного предоставления, без вложений и затрат – та социальная характеристика, которая является общей для игры и пари, с одной стороны, и деривативов – с другой. Как правильно отмечено в литературе, именно это обстоятельство всегда склоняло чашу весов в пользу сторон-

ников лишения деривативных сделок судебной защиты [9].

Социальную составляющую игр, на взгляд автора вообще не нужно брать за основу как критерии сравнения игр и пари с деривативами. Мы попытались разобрать проблему с догматической позиции, и выяснили, что же именно характерно для игр и пари, что может вывести их из-под публичной защиты. Главное – недостижимая кауза игры или пари.

На взгляд автора работы, общее у деривативов с играми: алеаторность и содержание условий, предусматривающих возникновение обстоятельств, складывающихся независимо от воли сторон. Теперь стоит выяснить, в чем заключается юридическое значение случайности в играх и пари и в деривативных сделках.

Сделка может являться алеаторной, но вместе с тем, иметь цель перераспределить хозяйственный риск наиболее целесообразным образом. В одном случае алеаторное обязательство имеет цель распределения прав и обязанностей и распределения блага и бремени собственности как в ренте, страховании или хеджирующих деривативах [10]. В игре сделке придается искусственный интерес, а права и обязанности ставятся в зависимость от случая, не направленного на оптимизацию хозяйственных рисков. В игре или закладе (пари) стороны создают для себя искусственный интерес, придавая незначительным событиям особое (для определения прав и обязанностей сторон) значение [11]. Поэтому и риск имущественных потерь определен сторонами самостоятельно и произвольно вне привязки к объективным процессам. Именно с этим связывается отсутствие судебной защиты.

Можно также еще раз обратиться к аргументу Г. Райнера о том, что стоимость требований по деривативам может быть вычисляема в любой момент времени и может быть получена на срочном рынке. Сравнивая с игрой и пари, об их объективной вычисляемости в любой момент времени до наступления события говорить нельзя, за исключением лишь о неких субъективных оценках сторон сделки.

Главным образом, разница между пари и деривативами в характере риска.

## 2. Деривативы и договор купли–продажи.

Деривативы, или сделки на разность, как они названы в дореволюционной литературе, при их заключении в основании имеют намерение сторон исполнить ее простым расчетом разности. Специалисты утверждают, что деривативной является только расчетные биржевые контракты, когда товар не поставляется, а стороны ограничиваются уплатой вариационной маржи.

Однако, в рассуждениях П.П. Цитовича мы замечаем, что он квалифицировал сделки на разность как покупку и продажу, но которая исполняется расчетами. Это объясняется тем, что сторона при изменении цены актива может купить и сразу же продать его и получить разницу, а может получить разницу сразу же. Поэтому взаиморасчеты и фактически равняются предоставлению актива и уплате за него. По сути характер исполнения обязательства уплатой расчета, а не предоставлением товара, продиктован только лишь удобством для биржевого оборота и мотивами экономии времени. В.А. Белов поддерживает это положение: большинство сделок на бирже совершается путем платежа, и если фактическое исполнение по ним совершается путем платежа разности, то такой способ реализации введен лишь в целях упрощения биржевого оборота.

Второй вопрос, который нас интересует в настоящей главе, это возможность квалификации деривативов как договора купли–продажи с последующим зачетом. Заявление о зачете встречного однородного требования согласовывается в предваряющих договорных конструкциях (генеральные соглашения). Подходя формально, суд считает, что прекращения обязательств зачетом по ст. 410 ГК РФ поставлено в зависимость от направления стороной заявления о прекращении обязательств по сделкам после их заключения.

Стоит заметить, что судебная практика дает различное толкование правоотношениям. К примеру, «действия ОАО «Альфа–Банк» не могут рассматриваться как самостоятельная односторонняя сделка, направленная на прекращение обязательств (зачет), так как списание денежных средств, являющихся финансовым результатом прекращения обязательства, являются лишь расчетной операцией, выполненной по итогам подсчета сумм прекращенных обязательств

сторон. процедура прекращения обязательств не является зачетом, а является иным, не предусмотренным ГК РФ, основанием прекращения обязательств, которое в силу п. 1 ст. 407 ГК РФ стороны вправе предусмотреть в договоре» [16].

Другой пример: «Судебные инстанции правомерно квалифицировали сделки, совершенные Банком во исполнение соглашений о конверсионных сделках, как самостоятельные сделки купли–продажи иностранной валюты. В случаях, когда наступал срок исполнения по сделкам, стороны производили зачет (неттинг) встречных однородных требований [17].

Высший Арбитражный Суд закрепил позицию, что при договоре купли–продажи основная обязанность продавца состоит в передаче товара, а из существа договора вытекает его возмездный характер [18].

Законодательное регулирование прямо предусматривает включение условий о порядке прекращения обязательств по всем договорам, являющимся производными финансовыми инструментами. Таким образом, нам представляется, что дериватив есть единое обязательство, которое прекращается надлежащим исполнением, а не зачетом.

В деривтивах – искусственная конструкция зачета, которая не согласуется с природой зачета. Зачет как институт прекращения обязательств свидетельствует о намерении сторон прекратить существующее обязательство полностью, поэтому все «иное» необходимо предусмотреть дополнительно. Кроме того, при зачете сторона вправе будет исполнить обязательство, поскольку с наступлением срока оно не прекращается [19]. Данное положение не согласуется с волей сторон, отраженной в подобных соглашениях поскольку сторона не остается вправе исполнить договор реальной поставкой, такие договоры направлены лишь на получение денежных средств.

Но можно привести и контраргумент, основанный на принципе свободы договора, что существующая судебная практика построена исключительно на формальном подходе к данному вопросу.

Автор работы соглашается с Г. Райнером в том, что договор есть либо дериватив, либо купля–продажа базисного актива, но не одно и другое одновре-

менно. Объясняется это тем, что в деривативах должна быть исключительность алеаторного элемента.

Кроме того, купля–продажа в данном становится договором, заключенным по отлагательным условию. Как мы уже говорили, договор всегда «зависящий от базового актива», то есть содержащий указание на условие не представляет собой условную сделку, поскольку является конститутивным элементом договора, чего мы не можем сказать о купле–продаже.

### 3. Деривативы и договор страхования

Может быть, стоит сравнить деривативные сделки, заключенные с целью хеджирования, с договором страхования. Цель страхования по К.П. Победоносцеву, – «обеспечить от страха за целостность имущества». В деривативах имеет место снижение риска от потерь, обусловленных неблагоприятными изменениями конъюнктуры рынка.

Весьма интересны в этой связи примеры отношений, напоминающих деривативы, которые использовались в древности. Договор о разделе риска, согласно которому торговцы получали кредиты, погашение которых зависело от успешности доставки товаров [20]. При этом процент был выше, чем у обычных кредитов, чтобы покрыть «опцион неисполнения обязательств» по кредиту в случае потери груза. В.К. Райхер называет такой инструмент одним из общественно–исторических типов страхования.

Статья 928 Гражданского Кодекса императивно запрещает страхование убытков от пари. Долгое время договор личного страхования на дожитие или на случай не закреплялся в законодательстве по причине его игровой природе, то есть отсутствия страхового интереса [21]. Похожая ситуация с деривативными инструментами: стороны сами определяют событие, которое для них имеет значение при выплате обозначенной суммы.

Если рассмотреть процентный своп, налицо страхование друг друга сторонами от реального и объективного риска колебаний валютного курса. По своей природе мы можем отнести его, как В.К. Райхер еще упоминал в классификации, к «страхованию от убытков, возникающих в результате превратностей хо-

зяйственной конъюнктуры». Однако в таком правоотношении мы не можем выделить страховщика и страхователя на момент заключения договора, а стороны берут на себя риск в равной степени. Исходя из разобранных нами, можно сделать вывод, что деривативы могут страховать риски обеих сторон. В современной гражданско-правовой закреплении страхования такая конструкция не находит себя: одним из субъектов должен быть либо профессиональный страховщик, либо общество взаимного страхования.

Таким образом, отношения страхования пронизывают деривативные сделки хеджирования в экономической плоскости. С правовой точки зрения современный тип страхования не включает в себя деривативные отношения.

### ***Список литературы***

#### *Нормативно-правовые акты:*

1. Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть первая от 30 нояб. 1994 г. №51–ФЗ: принят Гос. Думой. Федер. Собр. Рос. Федерации 21 окт. 1994 г.: ввод. Федер. законом Рос. Федерации от 30 нояб. 1994 г. №52–ФЗ // Парламент. газ.
2. Проект Федерального закона «О внесении изменений в Гражданский Кодекс Российской Федерации» от 11 сентября 2011 г.: URL: <http://www.rg.ru/2011/09/14/gk-izm-site-dok.html>
3. Федеральный Закон от 22 апр. 1996 г. №39–ФЗ «О рынке ценных бумаг»: принят Гос. Думой Федер. Собр. Рос. Федерации 20 мар. 1996 г. // Рос. Газ. – 1996. – 25 апр.; Собр. законодательства Рос. Федерации. – 1996. 22 апр.
4. Федеральный Закон «О биржах и биржевой торговле» от 20 февраля 1990 г. № 2383–1: принят Гос. Думой Федер. Собр. Рос. Федерации // Рос. Газ. – 1992. – 6 мая.

#### *Учебная литература:*

5. Российское гражданское право: Учебник: В 2 т. Т. 1 / Отв. ред. Е.А. Суханов. – М.: Статут, 2010. – 958 с.
6. Определение ВАС от 3 ноября 2009 г. N ВАС– 12888/09 об отказе в передаче дела в президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации

7. Губин Е.П., Шерстобитов Е.А. Указ. Соч.
8. Белов В.А. Игра и пари как институты гражданского права. Законодательство, 1999, №11.
9. Рахмилович А.В., Сергеева Э. Э. О правовом регулировании расчетных форвардных договоров // Журнал российского права, 2001, №2.
10. Белов В.А. Указ. Соч.
11. Щербаков Н.Б. Указ. Соч. С. 72
12. Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Т. 2. – М.: Статут, 2003. с. 489
13. Павлодский Е.А. Правовое регулирование сделок на биржевом рынке. – М.: Норма, 2009, С. 55
14. Белов В.А. Игра и пари как институты гражданского права
15. Постановление Девятого Арбитражного Апелляционного Суда по проверке законности и обоснованности решений арбитражных судов, не вступивших в законную силу от 1 ноября 2006 г. Дело N 09АП–14407/2006–ГК
16. Постановление Девятого Арбитражного Апелляционного Суда по проверке законности и обоснованности решений арбитражных судов, не вступивших в законную силу от 1 ноября 2006 г. Дело N 09АП–14407/2006–ГК
17. Постановление Федерального Арбитражного Суда Северо–Западного округа от 20 октября 2001 года Дело N А52/1571/01/2
18. Постановление ВАС кассационной инстанции по проверке законности и обоснованности решений (определений, постановлений) арбитражных судов, вступивших в законную силу от 28 октября 1998 г. Дело N КА– А40/2588– 98
19. Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 29.12.2001 обзор практики разрешения споров, связанных с прекращением обязательств зачетом встречных однородных требований, п. 18
20. Райхер В.К. Общественно–исторические типы страхования. Издательство Академии наук СССР, 1948. с.
21. Серебровский В.И. Избранные труды по наследственному и страховому праву. Изд. 2–е, М.: Статут, 2003. – 588 с.

*Научная литература:*



22. Агарков М.М. Избранные труды по гражданскому праву. В 2-х т. Т. 1. – М.: Центр ЮрИнфоР, 2002. 490 с.
23. Годэме Е. Общая теория обязательств. Юридическое издательство министерства юстиции СССР, М.,
24. Иванова Е.В. Расчетный форвардный контракт как срочная сделка / Е.В. Иванова. – М.: Волтерс Клувер, 2005. – 124 с.
25. Иванова Е.В. Деривативы. Форвард, фьючерс, опцион, своп. Экономико–правовая квалификация. – 2-е изд., – М.: «Ось– 89», 2007. – 304 с.
26. Иоффе О.С. Обязательственное право. М., Юридическая литература. 1975 588 с.
27. Кривцов А.С. Абстрактные и материальные обязательства в римском и в современном гражданском праве. Классика российской цивилистики. URL:
28. Нерсесов Н.О. Избранные труды по представительству и ценным бумагам в гражданском праве. М.: Статут, 2000. – 286 с. Классика российской цивилистики.
29. Павлодский Е.А. Правовое регулирование сделок на биржевом рынке.– М.: Норма, 2009, 144 с.
30. Победоносцев К.П. Курс гражданского права. Ч. 3 Договоры и обязательства. М.: Статут, 2003, 622с.
31. Райнер Г. Деривативы и право. – М.: Волтерс Клувер, 2005. –
32. Райхер В.К. Общественно–исторические типы страхования. Издательство Академии наук СССР, 1948. 282 с.
33. Саватье Р. Теория обязательств. М.: Прогресс, 1972. – 440 с.
34. Садилов О.Н. Комментарий к Гражданскому кодексу РФ части 1 / Под ред. О.Н. Садилова. М., 2002.
35. Серебровский В.И. Избранные труды по наследственному и страховому праву. Изд. 2-е, М.: Статут, 2003. – 588 с.
36. Сидоров Д.В. Гражданско–правовое регулирование фьючерсных договоров. М.: Юрист, 2007 – 237 с.
37. Цитович П.П. Очерк основных понятий торгового права. М.,

ЦентрЮрИнфор, 2001. – 448 с.

38. Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Т. 2 – М.: «Статут», 2003. – 544 с. Классика российской цивилистики.

*Периодические издания:*

39. Белов В.А. Игра и пари как институты гражданского права. Законодательство, 1999, №11.

40. Гаджиев Г., Иванов В. Квазиалеаторные договоры (проблемы доктрины, судебной защиты и правового регулирования) // Хозяйство и право. 2003. №5. С.95

41. Губин Е.П., Шерстобитов А.Е. Расчетный форвардный контракт: теория и практика. Законодательство, 1998, №10

42. Карапетов А.Г. Зависимость условия от воли сторон в условной сделке в контексте реформы гражданского права. Вестник вас рф, 2009, №7, с. 29

43. Петросян Э.С. Фьючерсные договоры в классификации гражданско–правовых договоров. Юрист–2003. – № 6

44. Рахмилович А.В., Сергеева Э.Э. О правовом регулировании расчетных форвардных договоров // Журнал российского права, 2001, №2.

45. Щербаков Н.Б. Основные подходы к определению юридической природы алеаторных сделок. Вестник гражданского права. №1, 2006, с. 71

*Судебная практика:*

46. Определение Конституционного Суда РФ от 16 декабря 2002 г. N 282–О

47. Определение ВАС от 3 ноября 2009 г. N ВАС– 12888/09 об отказе в передаче дела в президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации

48. Постановление ВАС кассационной инстанции по проверке законности и обоснованности решений (определений, постановлений) арбитражных судов, вступивших в законную силу от 28 октября 1998 г. Дело N КА– А40/2588– 98

49. Постановление Девятого Арбитражного Апелляционного Суда по проверке законности и обоснованности решений арбитражных судов, не вступивших в законную силу от 1 ноября 2006 г. Дело N 09АП– 14407/2006– ГК

50. Постановление Федерального Арбитражного Суда Северо–Западного округа от 20 октября 2001 года Дело N А52/1571/01/2

51. Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 29.12.2001 «Обзор практики разрешения споров, связанных с прекращением обязательств зачетом встречных однородных требований»