

КОНЦЕПЦИЯ РЕВЕРСИВНЫХ ПРАВ В ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ

Ключевые слова. Реверсивные права, деривативы, фьючерсы, опционы, энергорынок, секундарные права, правовые средства.

Svirkov S.A. The concept of the reversal rights in civil law

The article considers basically new for Russian civil doctrine concept of the reversal rights. The necessity of their separation is explained, their scope and features are determined.

It is shown that in the financial derivatives market and in the energy market a new construction of relative rights of claim «towards a person himself» is applied. That construction has not a contractual nature, although it exists in the framework of obligations. Features that determine the specificity of these rights are the following: their financial nature, their place in the structure of obligation, the source of their appearance. Concerning their place in the structure of obligation the reversal rights take place of the subject of the contract. This fact seems to stipulate the type character of those contracts.

Being the subject of the obligation this right has to appear before the obligation and to have an independent source of occurrence that differs from the obligation. Besides the conclusion is done that the basis of occurrence of these rights is the legal capacity of a person who makes the right of claim towards himself an object of turnover. The analysis of peculiarities of these rights leads to a conclusion about their secondary character.

В действующем законодательстве можно выделить несколько институтов, направленных на отчуждение относительных имущественных прав, в том числе: цессия, факторинг, дарение права к самому себе. С еще одной подобной конструкцией, которая прямо не предусматривается действующим законодательством, мы сталкиваемся в случае с деривативами. Следует отметить, что уступки права требования в деривативных конструкциях не происходит. По мнению Г.В. Мельничука, «на момент заключения фьючерсного договора базовый договор, права по которому могли бы передаваться,

© Свирков С.А., 2012.

* Кандидат юридических наук, старший преподаватель кафедры гражданского и семейного права Московской государственной юридической академии имени О.Е. Кутафина (svirkov-sa@yandex.ru).

не существует»¹. Так, в новой редакции ГК установлена новая конструкция, допускающая уступку будущих требований в сфере предпринимательской деятельности (ст. 388.1 ГК).

Конструкция отчуждения права требования к самому себе предусматривается в ГК применительно к дарению, где указывается на возможность наделения одаряемого правом требования к дарителю. Особенностью данной конструкции, как указывает В.В. Витрянский, является то, что данное право «возникает впервые в силу самого договора дарения»². Для обозначения данных прав предлагается термин «реверсивные права» (от лат. «reversus sum» – возвращаться).

Однако же в случае с деривативами наделение правом является возмездным. Необходимость появления **реверсивных (или возвратных) прав** в принципе закономерна для развитого оборота. По сути, именно они выступают одним из важнейших инструментов современного оборота деривативов и торговли на срочном рынке. Данный аспект обязательств фактически не имеет надлежащего регулирования в законодательстве, тогда как *de facto* данные отношения получили широчайшее распространение в экономическом обороте, являя собой основу всех производных финансовых инструментов (далее – ПФИ). В данном случае мы сталкиваемся с принципиально новой конструкцией, которая является своеобразным аналогом реализационного договора, который выработала практика для оборота прав. Фактически это своеобразная модификация цессии и купли-продажи применительно к сфере биржевой торговли. При этом были устранены свойства указанных инструментов, которые неприменимы к обороту прав.

К примеру, далеко не всегда стороны биржевой сделки располагают наличным товаром, который они собираются реализовать. В случае если покупатель по сделке потребует ее физического исполнения, продавец всегда может приобрести соответствующий базисный актив, чтобы предоставить его покупателю. Но дело как раз в том, что в 98 % случаев такие сделки не приводят к физическому исполнению, что понимают обе стороны при ее совершении. В связи с этим современное развитие отношений на срочном рынке требует создания конструкции возмездной передачи права к самому себе (реверсивного права). Это позволяет максимально эффективно использовать регулятивный потенциал института обязательства, при этом не нарушая его основополагающих начал.

В целом можно сказать, что торговля на срочном рынке обеспечивается посредством оборота особого рода имущественных прав. Именно

¹ Мельничук Г.В. Сделки на срочных рынках // Законодательство. 1999. № 10. С. 22.

² См.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга вторая: Договоры о передаче имущества. – М.: Статут, 2001. С. 344.

в этом состоит специфика договорных инструментов, применяемых в биржевой торговле. Данные права непосредственным образом обуславливают конструкции биржевых реализационных договоров, которые в большинстве случаев представляют собой существенно измененные модификации традиционных договорных конструкций.

Примерами договорных конструкций, подразумевающих передачу реверсивных прав, являются фьючерсные и опционные контракты, а также реализационные договоры в отношении электроэнергии и мощности на оптовом рынке электрической энергии и мощности (далее – ОРЭМ). Подобные аналогии возникают в силу финансового характера реализационных договоров на ОРЭМ, а также значительного сходства процедур проведения торгов на срочном рынке и ОРЭМ. И хотя едва ли целесообразно пытаться вывести единый договорный тип в данной ситуации, сама она свидетельствует о необходимости признания и доктринальной разработки особой модели обязательственного правоотношения.

Указанные права обладают рядом важных особенностей.

1) Финансовый характер реверсивных прав

Значительная специфика данных прав проявляется в их финансовом характере: это права не в отношении наличного имущества, они подразумевают только проведение финансовых расчетов в качестве исполнения по соответствующим правоотношениям. Это становится возможным в силу расчетного характера отношений сторон фьючерсного контракта. Финансовые права представляют собой механизм расчетного (ценового) хеджирования, поэтому при заключении подобной сделки ее стороны рассчитывают на обмен финансовыми средствами (посредством совершения офсетной сделки), а не на получение наличного товара.

Данная договорная конструкция применяется в рамках рынка ПФИ (в том числе контрактов на электроэнергию), а также на первичном рынке электроэнергии в рамках биржевой торговли, поскольку в рамках энергорынка даже спотовые и форвардные сделки отчасти приобретают финансовый характер. Это связано с тем, что физические отношения по поставке электроэнергии составляют отдельный рынок – рынок физических прав на электроэнергию (услуг по передаче электроэнергии). В то время, как реализация электроэнергии направлена исключительно на финансирование деятельности генерации. Кроме того, само существование балансирующего рынка (рынка реального времени) свидетельствует о том, что сделки спот (и тем более форварды) являются в известном смысле срочными сделками, то есть сделками в отношении товара, которого нет в наличии в момент его продажи. Весь рынок электроэнергии направлен на покрытие издержек и

финансирование деятельности энергокомпаний, тогда как финансовые потоки не совпадают с технологическими потоками энергоснабжения.

2) Место реверсивных прав в структуре обязательства

Важнейшей особенностью данных прав, которая непосредственным образом влияет на видовую принадлежность соответствующих договорных конструкций, является место реверсивных прав в структуре обязательства. Дело в том, что *данное право выступает самостоятельным предметом соответствующего договора*.

Место реверсивного права в структуре обязательства по сравнению с договором купли-продажи изменяется: оно выступает не как основной элемент его структуры, а как его предмет. В этом состоит особенность данной договорной конструкции. Как и в случае с фьючерсом, предметом опциона является особого рода финансовое право, передача которого занимает структурную позицию вещной сделки в рамках правоотношения по купле-продаже. Так, в немецкой доктрине уступку права требования предлагается рассматривать в качестве вещного договора³. И подобный подход не является полностью обоснованным. По существу, возмездная реализация права происходит на основе сделки, которая исполняется в момент ее совершения. Данная конструкция становится необходимой, когда право требования возникает из общей правоспособности. В иных случаях может применяться цессионная сделка. Вместе с тем отождествлять цессию с вещной сделкой на том основании, что они обе не предполагают длящегося обязательственного эффекта, едва ли допустимо. В данном случае есть все основания говорить о существовании двух самостоятельных реализационных конструкций, направленных на оборот различных типов имущества (материальных вещей и прав требования).

Если рассматривать данное право как самостоятельный объект оборота (а не как составную часть структуры обязательства), то при совершении офсетной сделки с фьючерсом данное право, составляющее предмет фьючерса, приобретает подобно товару, только без перенесения права собственности. При этом отсутствуют основания считать, что в первичной фьючерсной сделке присутствует иной предмет.

Данный механизм, как и договор купли-продажи, является реализационным договором, однако же не тождественен купле-продаже в силу: (1) отсутствия передачи права собственности; (2) специфики предмета (права требования). Реверсивное право предоставляется его приобретателю путем непосредственного наделения данным правом, поскольку данное право является относительным правом и не подразумевает необходимости

³ См.: *Шанн Я.* Основы гражданского права Германии: учебник. М.: БЕК, 1996. С. 83.

применения вещно-правовых инструментов, обеспечивающих его принадлежность. Это объясняется тем, что обязательства, в которых данные права выступают предметом, относятся к типу *praestare*, то есть это обязательство что-либо предоставить (права, гарантии и т.д.)⁴. В этой связи применительно к цессии в литературе отмечается, что право (требования) передается «не в собственность, а в обладание»⁵.

Вместе с тем следует отметить, что в доктрине присутствует и противоположная точка зрения. Высказываются соображения о необходимости установления особого рода абсолютного права на относительное право⁶. В частности, М.М. Агарков считает подобное построение необходимым в целях защиты обязательственного права, принадлежащего кредитору от посягательств со стороны третьих лиц. В других случаях, данное право считают в чистом виде правом собственности⁷. Вместе с тем положения о праве собственности в принципе не могут быть применены к правам требования. Что касается конструирования иных абсолютных прав на права требования, то данная конструкция выглядит несколько надуманно, видится излишней и оторванной от практики. Кроме того, она вступает в противоречие с традиционной конструкцией обязательства, которая никак не подразумевает возможность появления такого рода права.

Можно сказать, что указанный механизм близок к цессионной сделке. Однако же передача реверсивного права не является уступкой в связи с отсутствием другого обязательства, из которого уступается право. Поскольку само право выступает предметом договора, то цессия в отношении данного права в рамках данного договора становится невозможной. Разница здесь заключается лишь в том, что в одном случае право возникает из обязательства, в другом – из общей правоспособности. А инструментом оборота становится конструкция возмездного отчуждения права. (Отметим, что в общей конструкции цессии данное отчуждение далеко не всегда является возмездным.)

⁴ См.: *Дождев Д.В.* Римское частное право: учебник для вузов / под ред. проф. В.С. Нерсесянца. М.: ИНФРА-М – НОРМА, 1997. С. 435.

⁵ См.: *Крашенинников Е.А.* К понятию купли-продажи в связи с куплей-продажей прав // *Очерки по торговому праву: сб. науч. тр.* / под ред. Е.А. Крашенинникова. Ярославль: ЯрГУ, 2011. Вып. 18. С. 20.

⁶ См.: *Байбак В.В.* Обязательственное требование как объект гражданского оборота. М.: Статут, 2005. С. 55; *Агарков М.М.* Обязательство по советскому гражданскому праву. // *Избранные труды по гражданскому праву.* В 2-х т. Т. I. М.: АО «Центр ЮрИнфоР», 2002. С. 201–202.

⁷ См.: *Москалец М.А.* Субъективные гражданские права как объекты гражданских прав и обязанностей: дис. ... канд. юрид. наук. М.: 2010. С. 7–8.

Таким образом, выступая в качестве предмета соответствующего договора, реверсивное право одновременно конституирующим образом влияет на его видовую принадлежность.

3) Основание возникновения реверсивного права

Другой характерной особенностью данных прав является основание (источник) их возникновения. Так, по мнению Г. Райнера, конструкция поставочного опциона предполагает заключение двух различных договоров: «сначала одного синаллагматического договора (*suī generis*), предметом которого является купля-продажа права, из которого, собственно, это право и возникает, а затем – при осуществлении опционного права – другого самостоятельного и безусловного договора купли-продажи или мены»⁸. В аналогичном ключе высказывается М.Е. Толстухин: «в случае с опционным договором “передаваемое” право у надписателя опциона отсутствует. Оно возникает у правообладателя в момент акцепта оферты заключить опционный договор»⁹.

Вместе с тем, как представляется, данное право возникает не из обязательства. Чтобы стать предметом обязательства, оно (право) должно возникнуть раньше самого обязательства и иметь самостоятельный (отличный от данного обязательства) источник возникновения (например, другое обязательство). Однако в данном случае другого обязательства не существует. Так, к примеру, в рамках срочного рынка Московской энергетической биржи участникам предоставляется возможность проведения «продаж без покрытия» (SHORT), т.е. возможность продавать электроэнергию, не являясь ее производителем и не обладая контрактами на ее поставку¹⁰.

Если данное право возникает из данного обязательства, оно не может выступать предметом этого обязательства. Права и обязанности, возникающие из обязательства, становятся элементами его содержания¹¹, а не предметом. При таком подходе происходит подмена реализационного договора (которым является дериватив) обязательством типа *facere* (по оказанию услуг).

Анализ способа заключения фьючерсного договора посредством выдачи двух оферт и их акцепта клиринговым центром приводит к выводу о том, что действия оферента и акцептанта – это односторонние сделки. Скла-

⁸ Райнер Г. Деривативы и право. Волтерс Клувер, 2005. С. 15.

⁹ Толстухин М.Е. Фьючерс и опцион как объекты фондового рынка // Объекты гражданского оборота: сборник статей / отв. ред. М.А. Рожкова. М.: Статут, 2007. С. 238.

¹⁰ Как работать на срочном рынке ОАО «Московская энергетическая биржа». Методическое пособие // www.mosenex.ru

¹¹ См.: Иоффе О.С. Обязательственное право // Избранные труды: В 4 т. Т. III. СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2004. С. 63.

дывается ситуация, когда лицо своими собственными односторонними действиями создает реверсивное право и делает его предметом оборота. Иными словами, данное право возникает из одностороннего волеизъявления лица. В юридической литературе уже высказывалась точка зрения о том, что каждая сделка выражает волю лишь одного лица – оферента или акцептанта¹², однако развития она не получила.

Вместе с тем в обезличенной форме данное право обращается в виде заявки до момента заключения фьючерсной сделки в процессе биржевых торгов. На этой стадии оно по своей природе близко к публичной оферте. При этом конкретных обязанностей (кроме обязанности по заключению договора) для его эмитента данное право не влечет. Обязанности могут возникнуть после заключения контракта, притом для любой из его сторон в силу его стохастической обусловленности. Вместе с тем из одного факта заключения фьючерсного контракта заранее определенной обязанности для его сторон не возникает. Возникает лишь состояние их связанности данным контрактом.

По мнению Е.В. Ивановой, «непосредственно опцион является односторонней сделкой, поскольку, согласно ст. 155 ГК РФ, совершение односторонней сделки (заключение опционного договора) создает обязанности для лица, совершившего сделку»¹³. Соглашаясь с основной мыслью автора, следует отметить, что предоставляемое держателю опциона право не порождает четкой обязанности у подписанта опциона. Эта обязанность может быть установлена в будущем, а может и вообще не возникнуть. Заключение опционного контракта вызывает состояние связанности для продавца. В любом случае данному праву будет корреспондировать обязанность не третьих лиц, а самого эмитента данного права (подписанта опциона).

Исходя из данных обстоятельств, есть все основания отнести данные права к категории вторичных прав¹⁴. Так, Э. Зеккель выделял вторичные права в качестве особой разновидности субъективных прав и определял их как права, содержанием которых является возможность установить конкретное правоотношение посредством односторонней сделки. Другой особенностью вторичного права является то, что ему не противопостав-

¹² См.: Александров Н.Г. Право и законность в период развернутого строительства коммунизма. М.: Госюриздат, 1961. С. 157–158.

¹³ См.: Иванова Е.В. Правовая квалификация деривативов. Опыт российского права и экономического развития. LAP Lambert Academic Publishing, 2011. С. 129.

¹⁴ О понятии вторичных прав см.: Вакулина Г.А. О вторичных правах в науке гражданского права России // Фундаментальные исследования. 2008. № 11. С. 60–61.

лена определенная обязанность, данное право «связывает, но не обязывает другую сторону»¹⁵.

Значительный вклад в развитие концепции секундарных прав был сделан М.М. Агарковым. Ученый отвечает на вопрос об источнике происхождения данных прав, а также снимает их противопоставление «возможностям, которые имеет всякий и каждый», то есть проявлению правоспособности лица, что фактически предлагает Э. Зеккель в своей работе. Напротив, выделяя особую категорию секундарных прав, М.М. Агарков раскрывал данные права как «отдельные проявления способности иметь гражданские права (гражданской правоспособности)»¹⁶.

Таким образом, источником (основанием) возникновения секундарных прав предлагается считать динамическую правоспособность субъекта. «Право совершать договоры и всякого рода иные сделки... есть не что иное, как проявление гражданской правоспособности, которая является предпосылкой для тех гражданских правоотношений, субъектом которых является лицо, обладающее правоспособностью»¹⁷, – указывает ученый.

Следует отметить, что предлагаемое М.М. Агарковым динамическое понимание правоспособности¹⁸ является весьма продуктивным с точки зрения гражданско-правовой методологии. Вообще статическое и динамическое понимания правоспособности не должны противопоставляться друг другу. По сути, это два проявления одного и того же явления, которые должны рассматриваться с точки зрения философских категорий возможного (статическая) и действительного (динамическая правоспособность).

Сделанные М.М. Агарковым выводы касательно источника происхождения секундарных прав, как представляется, в полной мере применимы для объяснения феномена реверсивных прав на срочном рынке, а также финансовых прав, применяемых в рамках реализационных договоров на ОРЭМ. «Создание» реверсивного права (контракта) есть в чистом виде проявление динамической правоспособности субъекта, поскольку он сам, в результате односторонней сделки создает право требования к самому себе (как продукт финансового инжиниринга), выпускает его в оборот, делает предметом торгов. В условиях либерализованного рынка реализация собственной правоспособности не может ограничиваться прямыми указаниями законо-

¹⁵ Секундарный характер прав из опциона связан также с тем, что в основе опциона заложено альтернативное обязательство. См.: *Агарков М.М.* Указ. соч. С. 280.

¹⁶ См.: *Агарков М.М.* Указ. соч. С. 284.

¹⁷ Там же. С. 284.

¹⁸ По указанию М.М. Агаркова, «гражданская правоспособность для каждого данного лица в каждый определенный момент означает возможность иметь определенные конкретные права и обязанности в зависимости от его взаимоотношений с другими лицами». См.: *Агарков М.М.* Указ. соч. С. 285.

дательства о возможных моделях и средствах осуществления хозяйственной деятельности. В современной экономике субъекты рынка сами, своими самостоятельными действиями создают новые инструменты, посредством которых в полной мере реализуют собственную правоспособность.

Такой порядок создания прав может восприниматься как проявление диспозитивного метода регулирования в гражданском праве. Он не нарушает ничьих прав, а также не противоречит законодательству. Более того, согласно норме п. 2 в ст. 1062 ГК данным правам предоставлена судебная защита, что фактически означает их законодательное признание. Как указывает М.М. Агарков, «термин “право” обозначает здесь, что закон, во-первых, не запрещает такое действие, во-вторых, что он придает ему юридическое значение»¹⁹.

Подобное инициативное создание вторичных прав является далеко не единственным примером специфического способа реализации общей правоспособности. Аналогичным образом может быть охарактеризовано право гражданина выступить в качестве учредителя юридического лица, при этом само данное право выступать в таком качестве будет основано на общей правоспособности гражданина. По существу, в данном случае имеет место функциональный подход к праву, который возник в европейской доктрине и получил интерпретацию у ряда отечественных правоведов в виде теории правовых средств²⁰. Так, Б.И. Пугинский указывает, что правовые средства «предназначены для организации и регулирования отношений, возникающих при осуществлении хозяйственной деятельности» и что хотя «их виды и порядок применения предусматриваются законодательством», правовые средства в отличие от норм права предполагают определенную свободу усмотрения, некоторый диапазон юридического поведения субъектов в допускаемых законом пределах²¹. Говоря далее о видах правовых средств, Б.И. Пугинский подразделяет их на основные, куда относит договорные и внедоговорные обязательства, и вспомогательные, а также юридические конструкции. В число последних включаются, в частности, конструкции, определяющие субъектов правоотношений – юридического лица, производственной единицы и др.²². Таким образом, вторичные права, равно как и юридические лица, могут рассматриваться как особое средство реализации гражданской правоспособности.

¹⁹ См.: Агарков М.М. Указ. соч. С. 284.

²⁰ См.: Пугинский Б.И. Правовые средства обеспечения эффективности производства. М.: Юрид. лит., 1980; Миц Б.И. Понятие и роль правовых средств в хозяйственных отношениях // Правоведение. 1983. № 2. С. 69–74.

²¹ См.: Пугинский Б.И. Указ. соч. С. 112–113.

²² Там же. С. 19, 23, 24, 28–31.

Правовая природа данных прав может раскрываться посредством анализа ст. 413 ГК, согласно которой обязательство прекращается совпадением должника и кредитора в одном лице. В рассматриваемом же случае имеет место обратный процесс: происходит одновременное расщепление права и обязанности, эмитент права сам становится потенциально обязанным лицом, выпуская в оборот право требования к самому себе. Но поскольку обязательство предполагает наличие двух лиц (ст. 307 ГК), данное право не является обязательственным, являясь при этом относительным правом. Следует отметить, что в доктрине высказывается точка зрения, согласно которой секундарное право включается в группу относительных прав наряду с правами требования²³. Так, судебная практика часто квалифицирует опционный договор в качестве договора купли-продажи опциона, под которым понимается самостоятельное, отличное от других, имущественное право²⁴.

Подводя итог вышесказанному, можно сделать вывод о том, что в сфере срочной торговли получили распространение особого рода права, которые не вписываются в традиционное представление об обязательственных правах требования. Данные права, которые предлагается именовать реверсивными правами, применяемые как основной инструмент оборота деривативов, до момента заключения срочной сделки являются особой разновидностью секундарных прав²⁵. В рамках срочного контракта данные права становятся его предметом, при этом подобная ситуация нетипична для реализационных договоров, направленных на передачу какого-либо имущества.

²³ См.: *Бабаев А.Б.* Проблема секундарных прав в российской цивилистике: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М.: 2006. С. 6.

²⁴ См.: постановление Федерального арбитражного суда Северо-Западного округа от 28.03.2011 по делу № А56–32481/2010; постановление Президиума ВАС РФ от 19.01.2010 № 12320/09 // СПС «КонсультантПлюс».

²⁵ Так, М.М. Агарков именно таким образом характеризовал «предложение вступить в договорные отношения..., которое связывает предложившего в течение определенного срока». См.: *Агарков М.М.* Указ. соч. С. 278.