

Теоретичні засади договірної регуляції

Великанова Марина Миколаївна,

*к.ю.н., доцент, доцент кафедри міжнародних відносин,
Київський національний університет культури і мистецтв,*

ДОГОВІР ЯК ДЖЕРЕЛО РИЗИКІВ

Будучи засобом розподілу ризику, договір одночасно може бути і джерелом ризиків. У договірних відносинах завжди має місце певна невизначеність. Вони ґрунтуються на ризикові та випадковості й жодна сторона не може повністю контролювати ці ризики. Також неможливо цілком інтегрувати ці ризики в договір або ліквідувати їх [1].

Договір має певний життєвий цикл – від ініціювання укладення до виконання. На кожному етапі є одна або більше зацікавлених сторін, які переглядають, затверджують або виконують умови договору. Втім, досить часто поза увагою може залишитись певний ризик, притаманний кожному етапу циклу. Це зумовлено тим, що ризики важко ідентифікувати, ще важче кількісно оцінювати, а найтяжче усувати. В зв'язку з цим виділяють чотири джерела договірної ризику: ризик на етапі укладення договору; ризик на рівні умов договору; ризик виконання договору та фінансовий ризик [2].

На етапі виникнення договірних відносин ризик може бути зумовлений проблемами стимулювання сторін до укладення договору та інформаційною асиметрією.

Проблеми стимулювання сторін до укладення договору полягають у такому. Для укладення договору в сторін має бути «правильний стимул», адже більшість договорів є зобов'язанням вчинити певну дію у майбутньому. При цьому одна сторона ніби «делегує» іншій стороні завдання цю дію вчинити. Відповідно, для того, щоб дія була вчинена, друга сторона має отримати

«правильний стимул» – винагороду за те, що вона зробить. Проблема може полягати в тому, що запропонована винагорода може відрізнятись від бажаної через різне бачення сторонами «змісту» такої винагороди або покладення на сторону повної вартості дії чи її наслідків тощо. Звідси, виникає ризик або не укладення такого договору, або, якщо договір і укладається, то в ньому вже закладений ризик його невиконання чи неналежного виконання.

Інформаційна асиметрія має місце, коли певні фактори, що стосуються договору, або залишаються поза увагою сторін чи однієї із них (не передбачаються у договорі), або не перевіряються сторонами чи однією із них. Інформаційна асиметрія також може виникати як під час укладення договору, так і під час його виконання. На думку С. Бег, така асиметрія може бути зумовлена недосконалим моніторингом, у тому числі й щодо стимулів протилежної сторони до вступу в договірні відносини, що може обернутися невиконанням чи неналежним виконанням договору через зміну поведінки сторони. Або неспроможністю сторони осмислити всю відповідну інформацію, чи недоступністю тієї чи іншої інформації через її спеціальний режим (державна таємниця, комерційна таємниця, конфіденційна інформація тощо) [3].

На рівні умов договору можна говорити про два види ризику: алеаторний (коли ризик виступає юридичним елементом, умовою договору без якої, власне, такий договір не може існувати) і неалеаторний (ризик є наслідком вже існуючих договірних відносин). Правова природа ризикових (алеаторних) договорів, як правочинів із зниженим ступенем ймовірності очікуваного зустрічного виконання зобов'язання, зумовлена тим, що розмір чи саме існування зустрічного надання поставлено в залежність від ризику – випадкової обставини, включеної до умов договору. Для неалеаторних договорів ризик є не їх юридичною умовою, а «зовнішнім» фактором, що лише супроводжує таке договірне зобов'язання.

На етапі виконання договору можна вести мову про ризик штрафних санкцій, який може спровокувати фінансовий ризик.

Штрафні санкції, на думку Даніеля А. Фарбе, є потенційно корисним засобом захисту сторін, які мають не звичайні збитки, що не можуть бути доведені в суді або які не можна легко виявити. Проте, з іншого боку, штрафні санкції можуть спровокувати декілька потенційних зовнішніх ефектів. По-перше, вони, можуть стати стимулом для відкриття судових процесів, оскільки позивачі звертатимуться до суду з вимогою про відшкодування штрафних санкцій тому, що у такому разі очікуване отримання буде більшим, ніж це було б, якби були відшкодовані тільки фактичні збитки. По-друге, штрафні санкції можуть збільшити ймовірність невдач у бізнесі, спричинивши ефект «доміно», коли сторона, до якої застосовуються такі санкції, будучи залученою до низки довгострокових ділових відносин з іншими, не зможе належно виконувати свої зобов'язання через необхідність сплати таких штрафних санкцій. Нарешті, по-третє, якщо застосування штрафних санкцій буде широко розповсюджено, хвиля невдач у бізнесі, які виникли внаслідок рецесії штрафних санкцій, може мати серйозний вплив на довіру інвесторів, що, у свою чергу, може призвести до відтоку капіталу [4]. А це вже є фінансовими ризиками.

Для мінімізації договірних ризиків вдаються до таких прийомів. По-перше, перевага надається письмовій формі договору з метою належної поінформованості сторін про свої обов'язки задля правильного та належного їх виконання. Вважається, що якщо не надавати письмової форми договору, то це ускладнює його застосування і навіть притягнення до відповідальності сторін. По-друге, у договорі має бути визначено «призначення» ризику. Тобто, випадки, коли сторони покладають ризики один на одного – де кожна сторона визначає рівень ризику, який вона може нести, керуючись рядом факторів, включаючи ймовірність, вплив, ресурси пом'якшення наслідків, необхідність тощо. По-третє, активне використання аудиту: регулярне проведення договірних перевірок може допомогти прискорити виконання внутрішнього та зовнішнього договорів, сприяти зменшенню витрати та збільшенню заощаджень. По-четверте, договірний аудит також може допомогти забезпечити підзвітність сторін та підвищити рівень відповідності договору.

По-п'яте, внесення до договору умови про форс-мажор. Це може врятувати сторін від економічного занепаду, а невиконання цього може призвести до непередбачених зобов'язань та порушень обов'язків, які завдадуть значної (а можливо й катастрофічної) шкоди стороні. І хоча зазначені прийоми більшістю сприймаються як рутинні, втім, більш детальний огляд показує, що вони можуть відігравати дуже важливу роль в управлінні ризиками підприємства [5].

Таким чином, договір має певним чином подвійну природу. З одного боку, договір є одним із засобів мінімізації ризиків, виконуючи економічну роль механізму розподілу обмежених ресурсів. Завданням договірної права у цьому випадку є створення загальних правил регулювання договірних відносин з метою забезпечення належного функціонування такого механізму. З іншого боку договір одночасно може бути і джерелом ризиків. У цьому разі договірне право має надати сторонам належний інструментарій для виявлення, оцінки та мінімізації договірної ризику через закріплення його в нормах, котрі діятимуть за замовчуванням і забезпечать для сторін досконале договірне середовище, зменшуючи ймовірність ризикових ситуацій. При цьому, більшість правил за замовчуванням мають підпорядковуватися волі сторін, які повинні зберігати право змінювати їх за власним бажанням.

Список використаних джерел

1. Mühlbacher Axel C., Amelung Volker E., Juhnke Christin. Contract Design: Risk Management and Evaluation. URL: <https://www.ijic.org/articles/10.5334/ijic.3616/> (дата звернення: 29.04.2018).
2. Yoon Hie Jung. 4 Common Sources of Contract Risk and How to Eliminate Them. URL: <https://www.business2community.com/sales-management/4-common-sources-contract-risk-eliminate-01278811> (дата звернення: 29.05.2018).
3. Bag Sugata. Contract law an economic analysis of incomplete contracts and the legal remedies for breach of contract under some specific contracts. Jawaharlal Nehru University. 2009. 193 p. URL: <http://hdl.handle.net/10603/18706> (дата звернення: 17.01.2019).

4. Farbe Daniel A. Contract Law and Modern Economic Theory. Berkeley Law Scholarship Repository. 1983. URL: <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=2535&context=facpubs;Contract> (дата звернення: 16.01.2019).

5. York Matthew. Five Ways to Manage Procurement Risk with Contract Management. URL: <http://cporising.com/2016/07/01/five-ways-to-manage-procurement-risk-with-contract-management/> (дата звернення: 12.03.2018).