



ПОНЯТИЕ И СПОСОБЫ УПРАВЛЕНИЯ РИСКАМИ В ДОГОВОРНЫХ ОБЯЗАТЕЛЬСТВАХ В ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ

Елена АНДРЕЕВА,

аспирант кафедры гражданского права
Киевского национального университета имени Тараса Шевченко

Summary

The article focuses on the risk management in the contractual obligations. The author analyzes the legal literature devoted to the problem of «risk management» in the contractual obligations in civil law. The author defines the concept of «risk management» in the contractual obligations, highlights the main ways to manage the risk. The article explains the legal standard which is used by the parties of the contract while choosing a method of risk management. The international experience including different methods of risk management is also analyzed and the lack of legal research in the risk management in the contractual obligations in civil law is emphasized in the article.

Key words: risk, risk of contractual obligations, risk management, risk sharing.

Аннотация

Статья посвящена проблемам управления риском в договорных обязательствах. Осуществляется анализ юридической литературы по исследованию понятия «управление рисками» в договорных обязательствах в гражданском праве. Автором определяется понятие «управления риском» в договорных обязательствах, выделяются основные способы управления им. В статье обосновывается правовой критерий, которым руководствуются стороны при выборе способа управления риском, анализируется международный опыт использования различных способов управления риском, подчёркивается отсутствие системных юридических исследований в сфере управления риском в договорных обязательствах в гражданском праве.

Ключевые слова: риск, риск в договорных обязательствах, управления риском, распределение риска, возложение риска на третье лицо.

Постановка проблемы. Категории «риск» в целом и «управление рисками» в частности относятся к наименее исследованным категориям науки гражданского права. Широкое использование этих правовых конструкций на практике влечет за собой необходимость доскональных теоретических разработок вопросов понятия и управления рисками в договорных обязательствах, решения ряда задач и спорных вопросов, без которых использование вышеописанных конструкций весьма затруднительно.

Актуальность темы исследования. Риск (как возможная вероятность реализации неблагоприятных последствий) сопровождает все без исключения человеческие отношения, в том числе и отношения, что регулируются правовыми нормами. Динамика договорных обязательств, возникающих по воле субъектов гражданско-правовых отношений, напрямую зависит от факторов риска. Субъектам гражданских отношений приходится выбирать тот или иной способ управления рисками с целью минимизировать возможные материальные последствия, защитить себя и свои блага при его реализации.

Целью и задачей статьи является анализ уже существующих и разработка новых способов управления рисками в договорных обязательствах в гражданском праве.

Состояние исследования. Отличительные свойства категории «риск» в гражданском праве исследовались многими учеными-правоведами в разные периоды. Среди наиболее известных стоит назвать: М.М. Агаркова, М.И. Брагинского, В.В. Витрянского, В.А. Ойгензихта, Н.С. Кузнецову, Р.А. Майданика, Я.М. Магазинера, В.М. Танаева и др.

Несмотря на глобальное практическое значение и теоретическую неразработанность темы, категории «управление риском» уделялось значительно меньше внимания наукой гражданского права, чем категории «риск». Среди основательных работ, которые, так или иначе, касаются этой проблематики, можем выделить только двух ученых: Д.А. Архипова и Ф.А. Вячеславова. Именно эти ученые-правоведы на уровне кандидатских диссертаций раскрывают вопросы о распределении рисков в договорных обязательствах, как один из возможных способов управления ими.

Следует также отметить полное отсутствие любых научных исследований юридического характера, которые бы освещали тему управления рисками в договорных обязательствах, а именно: понятие, основные способы управления и т.д.

Изложение основного материала. Современное гражданское право в

странах романо-германской правовой семьи строится на началах еще частного права Древнего Рима. Для большинства правовых конструкций, в том числе и в договорных обязательствах, над которыми трудятся современные ученые-юристы, фундаментом послужили именно понятия, выведенные еще римскими правоведами.

Понятие «риск» (*periculum*) широко использовалось древнеримскими юристами. Источники римского права, которые сохранились до нашего времени, употребляют этот термин в связи с понятием морской перевозки, договором купли-продажи, хранения, а также «с отсрочкой на чей-нибудь риск», рисками экспедитора, наследника и т.д. [1, с. 5].

В этом исследовании под понятием «риск» в договорных обязательствах в гражданском праве мы будем понимать возможность (вероятность) наступления результатов, которые приводят к отклонению от первоочередной цели вступления в договорные обязательства, которые могут быть возложены на одну из сторон обязательства, либо на третье лицо, согласно правилам об управлении риском, в порядке, определенном договором или установленном нормами гражданского законодательства.

Наука управления рисками в договорном праве обязана своим появлением экономической сфере знаний,



которая оперирует понятием «риск-менеджмент».

Итак, ученые-экономисты определяют это понятие следующим образом:

Управление риском (риск-менеджмент) – процесс принятия и выполнения управленческих решений, которые минимизируют неблагоприятное влияние на организацию или лицо убытков, вызванных случайными событиями.

Ключевыми словами в данном определении являются следующие:

– процесс – управление риском не является одномоментным актом, а должно быть «встроено» в общий процесс принятия управленческих решений;

– случайные события – управление риском связано с непредвиденными событиями (с реализацией экономического риска), о наступлении которых нельзя знать заранее с полной достоверностью;

– неблагоприятное влияние – случайные события важны не сами по себе, а только тогда, когда последствия этих событий отрицательно влияют на результаты деятельности исследуемого лица или организации;

– минимизируют – результатом управленческих усилий должно быть снижение отрицательного эффекта, вызванного непредвиденными событиями (реализацией экономического риска) [6, с. 43].

Процесс риск-менеджмента (как одной из составных частей менеджмента предприятия в целом) в экономических отношениях облегчается еще и тем, что риск там – это всегда не абстрактная возможность потерь или убытков, а определенная величина, возможность (вероятность) наступления которой можно просчитать, используя математические формулы. На основании таких подсчетов осуществляется выбор того или иного способа управления риском.

В гражданском праве все наоборот. О риске (как о возможной вероятности наступления неблагоприятных последствий) можно говорить только с определенной долей условности. Ни математически выразить, ни просчитать, ни увидеть вероятность реализации риска субъекту договорных гражданских правоотношений не удастся. Можно говорить исключительно о предполагаемой вероятности наступления тех или иных

неблагоприятных последствий в форме реализации риска.

Исходя из особенностей проявления риска в договорном праве, в этом исследовании нами будет предпринята попытка дать определение понятию «управление риском» и очертить основные способы такого управления.

Под управлением риском в договорных обязательствах следует понимать систему мероприятий правового характера (иногда – неправового (неюридического) характера (фактического)), которая направлена на минимизацию негативных результатов впоследствии реализации риска.

В зависимости от механизма правового регулирования можно выделить следующие способы управления риском в договорных обязательствах:

1) распределение рисков между участниками договорного правоотношения;

2) возложения рисков на третье лицо (например, путем заключения договора страхования);

3) использование иных способов управления рисками, как предусмотренных, так и не предусмотренных (но не запрещенных) законодательными нормами (например, эскроу-счета, депозиты под условие, внесения денежной суммы в депозит нотариуса и т.д.).

Раскроем сущность и значения выделенных способов управления рисками в договорных обязательствах.

Итак, что же такое «**распределение рисков**» в договорных обязательствах?»

Жесткая максима, выведенная еще в Древнем Риме, *pacta sunt servanda*, и сегодня является гарантией стабильности гражданского оборота каждой отдельно взятой страны.

Однако нужно не забывать, что в основе динамики правоотношений могут лежать юридические факты, которые обуславливают нарушения договорного обязательства.

На право, как регулятор общественных отношений, возлагается необходимость либо ограничить объем рисков, возлагаемых на одну из сторон договорного обязательства (императивный метод регулирования), либо предложить оптимальные правила распределения рисков, от которых стороны могут отступить по индивидуальным

соображениям (диспозитивный метод правового регулирования) [2, с. 5].

Первые шаги на пути глубокого исследования категории «распределение рисков» принадлежат англо-американскому праву. Одной из возможных причин этого стало широкое распространение в доктрине и судебной практике инструменталистских подходов к пониманию права и «экономической школы» права, устанавливающей тесные связи между правовым регулированием и экономическими отношениями [3, с. 34]. Следует также отметить, что вышеизложенная позиция подтверждается современными работами некоторых ученых-юристов. В частности Д.А. Архипов отмечает необходимость использования принципа экономической эффективности в качестве основы правового критерия распределения рисков в договорных обязательствах [5]. Также он отмечает, что распределение рисков представляет собой функцию договора в гражданском праве [5].

Среди отечественных ученых-цивилистов, которые обращались к проблеме распределения рисков, следует отметить Я.М. Магазинера, который говорил, что «право есть не что иное, как система распределения рисков, которая изменяет и направляет стихийно складывающееся их распределение на основе естественных законов экономики» [4, с. 136].

Следует отметить, что в основании всех способов распределения договорных рисков лежит идея их разделения, суть которой сводится к тому, что один и тот же риск не могут нести обе стороны обязательства одновременно. Он может быть возложен только на одну сторону, что дает лицу, свободному от бремени несения риска, возможность свободно действовать, планировать свое будущее, полагаясь на неизменность обстоятельств, существовавших на момент заключения договора [5]. Таким образом, именно в договоре стороны могут распределить риски путем особого конструирования своих прав и обязанностей.

Ф.А. Вячеславов утверждает, что «правовой основой распределения рисков в частном (гражданском) праве является [только] диспозитивный метод частного права... В случае, когда несение субъектом риска определяется императивной нормой закона, о рас-



пределении [риска] не может быть и речи» [3, с. 36].

С такой позицией не соглашается Д.А. Архипов, который критикует ее и утверждает, что в договорных обязательствах можно выделить два способа распределения рисков:

1) императивный, когда риск возлагается на ту или иную сторону договора императивной нормой, которая не может быть изменена соглашением сторон;

2) диспозитивный, когда стороны договора вправе изменить предложенное законодателем общее правило распределения рисков [5];

Диспозитивный метод правового регулирования, принцип свободы договора, свойственны гражданскому праву в целом и договорному праву в частности, и есть теми отличительными свойствами, на основании которых участники договорного обязательства могут распределить вероятность реализации невыгодных последствий между собой.

Но следует также отметить не последнюю роль императивных норм в договорном праве. Законодатель с целью ограничения объема рисков, которые могут быть возложены на одну из сторон, императивно определяет сторону, которая берет на себя вероятность реализации таких рисков. Такая ситуация характерна для отношений, в которых существует неравенство сторон (потребительские договоры (которые часто могут быть просто договорами присоединения), договоры с участием граждан в сфере страхования, договоры энергоснабжения и т.д.).

Один из немногих исследователей проблемы распределения рисков в гражданском праве Д.А. Архипов утверждает, что основным правовым критерием распределения рисков в договорных обязательствах есть принцип экономической эффективности, которым, так или иначе, руководствуются участники гражданских правоотношений на этапе заключения договора или внесения изменений в договор. По нашему мнению, этот подход ученого не совсем оправдан. Следует также подчеркнуть его явное противоречие сущности гражданско-правовых договорных отношений, которые строятся на началах возмездно-эквивалентного характера. В частности в п. 5 ст. 626 Гражданско кодекса Украины речь идет

о возможности заключения между сторонами безвозмездного договора (в данном случае речь об экономической эффективности в целом и о прибыли по договору в частности вообще не идет).

По нашему мнению, стороны договорного обязательства, прежде всего, руководствуются интересом, заключая тот или иной вид договора (вступая в тот или иной вид договорных правоотношений) и распределяя тот или иной вид риска между собой.

Таким образом, на основании вышеизложенного, стоит отметить ряд особенностей, характерных для такого способа управления рисками в гражданском праве, как их распределение:

1. Распределение рисков в конкретном договорном обязательстве осуществляется сторонами по своему усмотрению, с учетом прав и обязанностей сторон (диспозитивный способ), но может также распределяться на основании императивных норм гражданского права (императивный способ).

2. Распределение рисков возможно как на этапе заключения договора, так и на этапе существования договора (путем изменения его условий).

3. Стороны договорного обязательства, распределяя риски, должны руководствоваться принципами свободы договора, справедливости, добросовестности, разумности, иными принципами гражданского права в целом, и договорного права в частности, ограниченными действием императивных норм в гражданском праве.

Следующим способом управления рисками в договорных обязательствах является **возложение рисков на третье лицо**.

Возложение рисков на третье лицо – это такой способ управления рисками в договорных обязательствах (которые уже возникли на момент возложения таких рисков), когда вероятность (возможность) реализации риска передается третьему лицу за определенное вознаграждение.

Обязанность возложить риски на третье лицо (путем передачи исключительного обязательства и всех рисков, которые ему сопутствуют) может быть четко прописана условиями договора и вменяться в обязанность одной из сторон такого обязательства. Например, очень часто можно встретить такую

конструкцию в кредитных договорах, в договорах ипотеки (как обеспечительному обязательству к кредитному договору), когда прямо прописывается обязанность ипотекодателя застраховать имущество, переданное в ипотеку банку (либо иному финансовому учреждению) в самые короткие сроки с момента заключения договора ипотеки.

Классическим примером такого способа управления рисками можно назвать заключение договора страхования, по условиям которого страховщик берет на себя обязанность выплатить страхователю определенную денежную сумму, сформированную за счет страховых взносов страхователем при условии наступления определенных (негативных) событий (страховых случаев).

Гражданский кодекс Украины также регулирует отношения, которые возникают на основании договора хранения. По нашему мнению, договор хранения можно определить одним из способов возложения рисков на третье лицо. Следует отметить, что договор хранения можно рассматривать двояко: с одной стороны стоит говорить о распределении рисков в рамках конкретного договора хранения между его сторонами, а с другой – о возложении рисков на третье лицо, если речь идет, например, о заключении договора купли-продажи с отсрочкой исполнения обязательства и передачи предмета исполнения обязательства на определенное время профессиональному хранителю (до наступления момента, оговоренного договором купли-продажи, когда предмет исполнения обязательства нужно будет передать покупателю). Легко заметить, что вместе с предметом исполнения обязательства (который является таким по договору купли-продажи) к хранителю переходят и все риски, связанные, например, с его случайной гибелью или повреждением.

Еще одним способом возложения рисков на третье лицо может быть цессия (как уступка права требования, следовательно, прав и обязанностей кредитора по обязательству) либо факторинг (право требования по денежным обязательствам за плату переходят к третьему лицу (а с ними – права и обязанности кредитора по денежному обязательству)). Следует подчеркнуть, что к третьему лицу (новому кредитору по



обязательству) переходят и все риски, которые сопровождали предыдущего кредитора, а именно – риск неисполнения (ненадлежащего исполнения) условий по договору, риск изменений существенного изменения обстоятельств по договору, риск случайной гибели (повреждения) имущества и т.д.

Стоит отметить, что необходимость в таком способе управления рисками, как возложения их на третье лицо, возникает уже после заключения договора (как основания возникновения договорного обязательства) и возникновения потенциальной возможности реализации рисков, которые связаны с конкретным обязательством. Риски, в данном случае, возлагаются на третье лицо (не участника договорного обязательства), путем передачи ему исключительно рисков (договор страхования), предмета исполнения обязательства, вместе с сопутствующими рисками (договор хранения), прав и обязанностей кредитора, вместе с сопутствующими рисками (факторинг, цессия).

Следующим способом управления рисками может **быть использование иных способов управления рисками**, как предусмотренных, так и не предусмотренных (но не запрещенных) законодательными нормами (например, эскроу-счета, депозиты под условие, внесения денежной суммы в депозит нотариуса и т.д.).

Рассмотрим понятие эскроу-счета, как одного из наименее урегулированных видов данного способа управления рисками.

Эскроу-счета пришли в континентальную правовую систему из англо-американского права, и определяются как депонирование у третьего лица (наделенного в обществе должным уровнем доверия и уважения) денежной суммы на имя другого лица с тем, чтобы она была выдана ему лишь после выполнения известного условия. Эскроу – это процесс, когда деньги освобождаются в пользу одной из сторон при исполнении этой стороной определенных обязательств перед другой стороной. Традиционно их используют, когда две или более стороны вступают в товарно-денежные отношения [8].

В правовой системе постсоветских государств определение и широкое использование эскроу-счетов осуществляется в Казахстане. В механизме ре-

ализации эскроу-счетов используется в качестве третьего лица (наделенного в обществе должным уровнем доверия и уважения) банк либо другое финансовое учреждение.

По информации с сайта одного из банков Казахстана, полученной из Всемирной сети Интернет:

Эскроу-счет – это открываемый банком клиенту текущий счет, на котором плательщиком размещаются деньги, с условием их депонирования (блокировки) без права совершения владельцем счета расходных операций до выполнения обязательства, в счет которого размещены деньги. [7]

Проанализированный перечень иных способов управления рисками не есть полным и исчерпывающим. Отличительной чертой этого способа управления рисками является то, что практика всегда идет на шаг впереди науки: появляются новые способы, отвечающие условиям гражданского оборота, исчезают предыдущие. Тем более что диспозитивный метод гражданско-правового регулирования всегда дает сторонам возможность самостоятельно управлять рисками в конкретном виде договорного обязательства.

Выводы. Подводя итог изложенному, следует отметить, что основными способами управления рисками в договорных обязательствах стоит выделить: распределение рисков, возложение рисков на третье лицо, использование иных способов управления рисками (как предусмотренных, так и не предусмотренных нормами гражданского права). Проанализировав способы управления рисками в договорном праве, следует отметить отсутствие должной теоритической основы в разработке данного вопроса. Практическое значение этой темы тяжело переоценить. По нашему мнению, только системные действия ученых и практиков в сфере исследования понятия управления рисками помогут реализовать одну из главнейших функций гражданского права – минимизацию негативных последствий от реализации рисков в договорных обязательствах.

Список использованной литературы:

1. Ойгензихт В.А. Проблема риска в гражданском праве (часть общая) /

В. Ойгензихт. – Душанбе: Изд-во «Ирфон», 1972 – 224 с.

2. Архипов Д.А. Распределение договорных рисков в гражданском праве. Экономико-правовое исследование. / Д.А. Архипов. – М., Статут, 2012. – 112 с.

3. Вячеславов Ф.А. Распределение рисков в договорных обязательствах [Текст]: диссертация на соиск. уч. степ. канд. юр. наук по спец. 12.00.03 «Гражданское право, семейное право, гражданский процесс, международное частное право». / Ф.А. Вячеславов. М., 2009. – 214 с.

4. Магазинер Я.М. Общая теория права на основе советского законодательства // Я.М. Магазинер. // – Правоведение. 1999. № 1.

5. Архипов Д.А. Договор как средство экономически эффективного распределения рисков [Электронный ресурс] / Д.А. Архипов // Корпоративный юрист. – Режим доступа к статье: http://www.clj.ru/journal/161/2267/?sphrase_id=4985.

6. Чернова Г.В., Кудрявцев А.А. Управление рисками: Учебное пособие. / Г.В. Кудрявцева, А.А. Чернова. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2003. – 160 с.

7. Эскроу-счет [Электронный ресурс]. – Режим доступа к ресурсу: <http://www.bta.kz/ru/buss/askrow/>.

8. Счет эскроу [Электронный ресурс]. – Режим доступа к ресурсу: <http://cahome.org/escrow.asp>