

УДК 347.132:330.131.7

Марина Великанова,

канд. юрид. наук, доцент,

доцент кафедри правознавства

Київського національного університету культури і мистецтва

ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИХ СПОСОБІВ ВПЛИВУ НА РИЗИК

Ця стаття присвячена дослідженню способів впливу на ризик. Робиться висновок, що розподіл ризиків як спосіб впливу на ризик може здійснюватись із застосуванням як диспозитивного, так й імперативного прийомів. Розподіл ризику може реалізуватись у такий спосіб, як покладання ризиків на третю особу, зокрема використання ескроу-рахунку.

Ключові слова: ризик, вплив на ризик, розподіл ризиків, несення ризику, управління ризиком.

Постановка проблеми. За час свого існування людство намагається вплинути на ризик, використовуючи для цього різноманітні засоби та способи. Ускладнення суспільного устрою, промисловий розвиток, досягнення науки та техніки, з одного боку, породжують нові ризики, а з іншого – стимулюють до напрацювання нових підходів до впливу на ризик. Це активізує діяльність економістів, політологів, правників із пошуку нових чи вдосконалення наявних способів впливу на ризик. Тому логічно, що питання способів впливу на ризик сьогодні викликає гостру дискусію як серед науковців, так і серед практиків.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Загальна проблематика розподілу ризику цікавила багатьох науковців. Зокрема, до цієї проблеми звертались такі вчені-економісти, як Ф. Найт, Г. В. Чернова, А. А. Кудрявцев, Л. І. Донець. Не оминули питання впливу на ризик і правники-цивілісти Д. І. Мейер, Я. М. Магазинер, Р. А. Майданик, Н. І. Майданик, О. Андрєєву, О. Мельник та інші науковці. Серед зарубіжних дослідників-правників зазначене питання викликало зацікавленість у Д. А. Архипова, Ф. О. Вячеславова, А. Г. Мартиросяна та Р. А. Крючкова.

Однак напрацьовані підходи до визначення способів впливу на ризик не є ще повною мірою розробленими і потребують удосконалення. Тому наукові пошуки у цьому напрямі є актуальними.

У зв'язку з цим метою даної публікації є загальнотеоретична характеристика способів розподілу ризику.

Виклад основного матеріалу. Методологічні засади впливу на ризик, які досліджувались у попередній публікації [1], реалізують-

ся через способи впливу на ризик, на аналізі яких доцільно детальніше зупинитись.

Розподіл ризиків як спосіб впливу на ризик викликав найбільшу зацікавленість серед дослідників, результатом якої стала низка публікацій, присвячених як визначенню самого терміна «розподіл ризиків», так і характеристиці цього поняття. Зокрема, розподіл ризику визначається як:

– цивільно-правовий засіб, що являє собою цілеспрямовану вольову діяльність суб'єктів цивільного права зі встановлення особи, яка несе можливі невігідні наслідки відповідної обставини, а також визначення характеру таких наслідків [2, с. 14];

– правовий засіб забезпечення інтересів суб'єктів приватного права, що визначає, хто і якою мірою зазнає тих або інших можливих невігідних наслідків, має той чи інший невігідний результат [3, с. 267];

– самостійний цивільно-правовий засіб забезпечення майнових інтересів учасників цивільного обороту, який являє собою їхню вольову цілеспрямовану дію з визначення особи, на яку покладаються можливі невігідні наслідки, а також характер таких наслідків [4, с. 98].

О. Мельник висловлює думку, що розподіл ризиків і їх обмеження виконують забезпечувальну функцію в цивільно-правовому регулюванні [3, с. 269]. Разом із тим, за твердженням О. Андрєєвої, розподіл ризиків не може бути віднесено до традиційних заходів регулятивного та правоохоронного характеру, зокрема до способів забезпечення виконання зобов'язань, цивільно-правової відповідальності, заходів оперативного впливу і самозахисту [4, с. 98].

Разом із тим позиції науковців щодо прийомів, за допомогою яких може здій-

снюватись розподіл ризиків, різняться. Так, Ф. О. Вячеславов стоїть на позиції застосування диспозитивних прийомів під час розподілу ризиків, зазначаючи, що правовою підставою розподілу ризиків у приватному (цивільному) праві є диспозитивний метод приватного права. У межах самостійної цілеспрямованої вольової діяльності суб'єкти цивільного обороту отримують можливість вирішити питання про те, хто з них повинен нести можливі невідповідні наслідки певної обставини, а також характер і зміст таких невідповідних наслідків [2, с. 13].

Не погоджується із висловленою позицією Д. А. Архипов, на думку якого автор залишив без пояснення той факт, що в договірних відносинах ризики можуть розподілятися не тільки однією волею сторін, але і волею законодавця, вираженою в імперативних нормах. При цьому в цивільному праві імперативні норми виконують ту саму функцію, що і договір: вони визначають особу, яка несе ризик [5, с. 65]. Тому вчений виділяє два способи розподілу ризику: диспозитивний та імперативний. Диспозитивний спосіб розглядається ним як основний у розподілі ризику, виходячи з особливостей методу цивільного права. Імперативний спосіб полягає в тому, що ризик, прямо поіменованій в законі, покладається імперативною нормою на ту чи іншу сторону. Метою застосування такого способу є обмеження обсягу ризиків, які можуть бути покладені на одну зі сторін. Оптимальною сферою його застосування повинні бути відносини, в яких є економічна нерівність сторін (споживчі договори, договори за участю громадян у сфері страхування, договори енергопостачання, перевезення і т. д.), оскільки за відсутності імперативних норм економічно сильна сторона отримує можливість перекидати всі свої ризики на слабку сторону договору [5, с. 62-63].

Остання позиція видається більш виваженою виходячи з такого. Загальновідомо, що диспозитивність, будучи елементом методу цивільного права, є проявом приватноправового характеру відносин, які регулюються. Тому логічним є надання учасникам таких відносин можливості самостійного вибору моделі поведінки. Це дозволяє не тільки змінити правило поведінки, що рекомендоване актами цивільного законодавства, а й врегулювати ті відносини, що не здобули нормативного регулювання. Звідси випливає, що учасники відносин можуть розподілити ризики незалежно від того, чи врегульовані вони диспозитивною нормою чи ні. При цьому таке правило може

виступати умовою зобов'язання (тоді це зобов'язання є алеаторним), або становити його зміст. Застосування диспозитивного підходу до регулювання відносин, за твердженням проф. Н. С. Кузнєцової, повною мірою відбиває реалізацію регулятивної функції цивільного права, яка забезпечує виникнення і функціонування «нормальних» відносин між суб'єктами (власності, зобов'язань, інтелектуальної діяльності та інших) [6, с. 12].

Втім, диспозитивність також має свої межі: сторони не можуть відступити від імперативних приписів, що містяться в актах цивільного законодавства, на чому й наголосувала проф. Н. С. Кузнєцова, зазначаючи, що у виняткових випадках, з мотивів необхідності реального забезпечення публічних інтересів, публічного порядку, у цивільно-правових нормах з'являється імператив. Однак імперативність норми повинна прямо фіксуватися (тобто в законі має бути пряме застереження про те, що сторони не мають права відступити від встановлених правил), або впливати зі змісту норми чи суті відносин між сторонами. І, безумовно, загальне співвідношення імперативних і диспозитивних норм має складатися на користь останніх і визначатися насамперед приватноправовою природою відносин, що ними регулюються [6, с. 11-12].

Таким чином, можуть застосовуватись як диспозитивний, так й імперативний прийоми розподілу ризиків. Самі ж способи розподілу можуть і збігатися: реалізуючи диспозитивну модель поведінки, сторони мають право вибирати в тому числі й ті способи розподілу ризику, які були закріплені імперативно для інших відносин.

У науковій літературі висловлюється й інша точка зору. Зокрема, А. Г. Мартиросян, досліджуючи особливості підприємницького ризику та способи його розподілу, зазначає, що ризик у підприємницьких відносинах проявляється в тому, що за загальним правилом підприємець несе відповідальність за випадок, він же сприймається законодавцем як економічно сильніша професійна сторона. У самих комерційних відносинах підприємницький ризик підлягає розподілу, оскільки і між підприємцями має місце фактична нерівність, зумовлена специфікою їхньої діяльності. У зв'язку з такою специфікою ризик розподіляється відповідними способами. Виділення підприємницького ризику дозволяє розглянути інші види цивільно-правових ризиків і дослідити притаманні цим ризикам способи розподілу. Такий підхід, на думку автора, дозволить також встановити різницю способів розподілу

ризиків між підприємницькими та іншими видами ризиків. Так, наприклад, за твердженням дослідника, початковим способом розподілу підприємницького ризику є конструкція юридичної особи, оскільки за її допомогою законодавець відмежовує те майно, яке наражається на ризик втрати, від іншого майна, що належить особі. У свою чергу ризик втрати майна також потребує певних способів розподілу [7].

Логічним видається максимально широке застосування диспозитивних прийомів розподілу ризиків, які базуються на засадах справедливості та економічної ефективності. У тому разі, коли цього вимагає захист інтересів слабкої сторони чи забезпечення публічних інтересів, публічного порядку, розподіл ризиків може здійснюватись імперативно, навіть відступаючи від принципу економічної ефективності. Хоча необхідно зазначити, що навіть у разі імперативного методу розподілу ризиків зазначений принцип також може використовуватись.

У спеціальній літературі, окрім розподілу ризиків між сторонами відносин, виділяють ще й такий спосіб впливу, як покладання ризиків *на третю особу* [8, с. 8; 9, с. 490]. Зокрема, О. Андреева розглядає покладання ризиків на третю особу як спосіб управління ризиками в договірних зобов'язаннях (які уже виникли на момент покладання таких ризиків), коли ймовірність (можливість) реалізації ризику передається третій особі за певну винагороду. При цьому, як зазначає автор, покладання ризиків на третю особу в окремих випадках є обов'язком однієї зі сторін договірних зобов'язання. І як приклад вона наводить договір іпотеки, в якому закріплюється обов'язок іпотекодавця застрахувати майно, що передається в іпотеку. Покладання ризиків на третю особу має місце також у відносинах зберігання, цесії та факторингу. У будь-якому разі, за твердженням дослідниці, необхідність покладання ризиків на третю особу виникає вже після укладення договору (як підстави виникнення договірних зобов'язання) і виникнення потенційної можливості реалізації ризиків, які пов'язані з конкретним зобов'язанням. Ризики в цьому разі покладаються на третю особу (не учасника договірних зобов'язання) шляхом передачі йому виключно ризиків (договір страхування), предмета виконання зобов'язання разом із супутніми ризиками (договір зберігання), прав і обов'язків кредитора разом із супутніми ризиками (факторинг, цесія) [8, с. 9-10].

Виходячи зі сказаного, можна зробити висновок, що О. Андреева відмежовує розпо-

діл ризиків від покладання ризику на третю особу з огляду на таке: 1) розподіл ризику здійснюється між учасниками відносин за їх волевиявленням чи на підставі нормативного припису, тоді як покладання ризику передбачає його передачу третій особі; 2) розподіл ризиків можливий на будь-якій стадії динаміки договірних зобов'язання (як під час укладення договору, так і під час його існування шляхом внесення до нього змін). Покладання ризиків на третю особу має місце вже після укладення договору і виникнення потенційної можливості реалізації ризиків, які пов'язані з конкретним зобов'язанням; 3) розподіл ризиків здійснюється на безоплатній основі – сторони керуються власними інтересами (в тому числі економічною ефективністю), принципами справедливості, добросовісності, розумності та свободи договору. Покладання ризиків на третю особу відбувається за певну винагороду.

Втім, навряд чи можна погодитись із тим, що розподіл ризиків та покладання ризиків на третю особу є різними способами впливу на ризик. У попередніх публікаціях ми вже звертали увагу на те, що окремі науковці розмежовують зазначені категорії [10, с. 23]. Проте дискусія щодо різниці між цими термінами має філологічне значення, і вони є лише мовними зворотами, які вказують на кількість суб'єктів несення ризику: «розподіл» передбачає як мінімум двох суб'єктів несення ризику, а «покладання» – одного. Крім того, суть розподілу і покладання ризику зводиться до одного – визначення особи, яка буде нести негативні наслідки ризику. Тим більше що під час уважнішого аналізу тих відносин, у яких, на думку О. Андреевої, має місце покладання ризику, можна побачити, що між цими двома способами немає суттєвої різниці.

Швидше за все, дослідницею просто в окремий спосіб управління ризиками виділено саме покладання ризику на третю особу (курсив наш – М. В.). Але думається, що суттєвих відмінностей у підходах до визначення особи, яка нестиме ризик, немає, а тому і потреби вести мову про інший (крім розподілу) спосіб впливу на ризик також немає. Логічно розглядати розподіл ризику як такий спосіб впливу на ризик, який може проявлятися у покладанні ризику у тому числі й на третю особу, а також інших методах впливу (ескроу-рахунки, депозити під умову тощо), про які йтиметься далі. Такий підхід, до речі, закріплюється в ДСТУ ISO Guide 73:2013 (ISO Guide 73:2009, IDT) Національний стандарт України. Керування ризиком. Словник термінів [11], де у п.п. 3.8.1.2 –

3.8.1.5 передавання ризику розуміється як одна із форм розподілу ризику.

Ще одним способом розподілу ризиків у літературі називають ескроу-рахунки. Ескроу-рахунки визначаються як депонування у третьої особи, яка користується в суспільстві певним рівнем довіри та поваги, грошових коштів на ім'я другої особи з метою їх передачі тільки після виконання певної умови [8, с. 10].

У чинному ЦК України ці відносини здобули назву «рахунок умовного зберігання» (ескроу). Відповідно до ст. 10761-10762 ЦК України за договором рахунка умовного зберігання (ескроу) банк зобов'язується приймати та зараховувати на рахунок умовного зберігання (ескроу), відкритий клієнту (володільцю рахунка), грошові кошти, отримані від володільця рахунка та/або від третіх осіб, та перераховувати такі кошти особі (особам), вказаній володільцем рахунка (бенефіціару або бенефіціарам), або повернути такі кошти володільцю рахунка за настання підстав, передбачених договором рахунка умовного зберігання (ескроу). За рахунком умовного зберігання (ескроу) виконуються виключно операції із зарахування банком отриманих від володільця рахунка та/або від третіх осіб грошових коштів, які за настання підстав, визначених договором рахунка умовного зберігання (ескроу), призначені для перерахування бенефіціару, а також операції з перерахування таких коштів бенефіціару або повернення їх володільцю рахунка відповідно до умов договору рахунка умовного зберігання (ескроу).

За твердженням Д. А. Архипова, договір ескроу-рахунка є багатостороннім правочинном, що породжує акцесорне зобов'язання, спрямоване на забезпечення виконання основного зобов'язання. У такому договорі закріплюється механізм реалізації зустрічних обов'язків сторін основного зобов'язання, здебільшого договору купівлі-продажу [5, с. 83].

Ескроу-рахунок може виступати способом мінімізації ризиків у разі невиконання чи неналежного виконання зобов'язання. Зокрема, виконуючи роль засобу здійснення розрахунків, ескроу одночасно виступає й способом забезпечення виконання зобов'язань. І хоча чинний ЦК України у загальних положеннях про забезпечення виконання зобов'язання не містить вказівки на ескроу як вид забезпечення виконання зобов'язання, але у ч. 2 ст. 546 ЦК України зазначається, що договором або законом можуть бути встановлені інші види забезпечення виконання зобов'язання. Це дозволяє говорити про таку його подвійну роль.

Відмінною рисою ескроу, на думку П. Олійника, є відповідальність ескроу-агента перед усіма учасниками правочину відразу. Ескроу є гарантією безпеки правочину для всіх його сторін. Автор наводить такий алгоритм ескроу: 1) сторони основного зобов'язання укладають договір ескроу з ескроу-агентом (по суті, посередником між продавцем та покупцем). Як правило, це тристоронній договір, який укладається одночасно з основним зобов'язанням; 2) покупець перераховує на банківський рахунок ескроу-агента (ескроу-рахунок) кошти, що становлять ціну правочину. Ескроу-агент не може жодним чином використовувати такі грошові кошти, окрім як для перерахування їх продавцю або повернення покупцю. Іноді сторони вимагають надання ескроу-агентом періодичної звітності про стан такого рахунку; 3) продавець передає ескроу-агенту документи, що підлягають передачі за основним зобов'язанням (документ про передачу акцій, установчі документи компанії-цілі, правовстановлюючі документи на майно тощо), тобто документи, передача яких є істотною умовою виконання зобов'язання; 4) ескроу-агент перевіряє форму та зміст наданих йому документів на відповідність умовам основного зобов'язання. Якщо документи відповідають таким умовам, він передає їх покупцю і одночасно перераховує ціну правочину продавцю. Якщо документи не відповідають таким вимогам, ескроу-агент повертає їх продавцю, а грошові кошти, що становлять ціну правочину, повертаються покупцю. У такому разі зобов'язання припиняється [12, с. 10-11].

Цей спосіб мінімізації ризиків знайшов широке застосування в зарубіжній діловій практиці через свою зручність і високу рентабельність у використанні під час проведення розрахунків. Адже, як стверджує І. Кидалов, інші способи забезпечення виконання зобов'язань не завжди можуть принести бажаний результат, наприклад: неустойка не злякає шахрая, який заздалегідь планує не виконувати зобов'язання і сховатися; банківська гарантія може містити окремі умови, що дозволяють банку не проводити виплату; заставне майно може стати предметом судових розглядів, за результатами якого може виявитися, що заставодавець втратив право власності на предмет застави і т. д. [13].

Втім, є й інший бік використання ескроу. Сьогодні виконання договору ескроу-рахунка пов'язане з низкою ризиків, які притаманні всім розрахунковим правовідносинам. Д. А. Архипов виділяє два з них: 1) ризик неспроможності/неплатоспромож-

ності банку, в якому у ескроу-агента відкритий розрахунковий рахунок; 2) ризик неспроможності/неплатоспроможності банку, через який ескроу-агент здійснює платіж для розрахунків за договором. Визначивши сторону договору, на якій лежить ризик неспроможності/неплатоспроможності банку, в якому у ескроу-агента відкритий розрахунковий рахунок, можна відповісти на питання про те, на кому повинен лежати ризик неспроможності/неплатоспроможності банку, через який здійснюється платіж для розрахунків за договором. На думку автора, такий ризик доцільно покласти на ескроу-агента, оскільки він може з порівняно мінімальними витратами на підшукування надійного контрагента зробити максимум для того, щоб мінімізувати ризик неплатоспроможності. Ескроу-агент повинен краще, ніж продавець і покупець, уявляти собі поточне фінансове становище банку, що визначає ймовірність настання неплатоспроможності. Крім того, має місце також економія на витратах з управління ризиком. Ескроу-агент, постійно діючи на ринку, може застрахувати свою договірну відповідальність за всіма договірними зв'язками, включивши страхову премію в ціну своїх послуг. У результаті цього ризик може бути розподілений серед однорідної групи його контрагентів [5, с. 84-86].

Тобто, як видно, ескроу-рахунок за своєю природою є також покладанням ризику на третю особу, а отже, і різновидом розподілу ризиків. Разом із тим варто зазначити, що досліджені способи впливу на ризик не становлять вичерпний перелік. І практикою, і доктриною можуть напрацьовуватись й інші методи, які відповідатимуть вимогам часу та потребам цивільного обороту.

Висновки.

Отже, розподіл ризиків як спосіб впливу на ризик може здійснюватись із застосуванням як диспозитивного, так й імперативного прийомів. Керуючись диспозитивним підходом, учасники відносин можуть розподілити ризики на власний розсуд, незалежно від того, чи врегульовані вони диспозитивною нормою чи ні. За необхідності реального забезпечення публічних інтересів, публічного порядку ризики можуть розподілятися імперативно. У цьому разі учасники відносин позбавляються можливості самостійно визначити особу, яка нести можливі невідповідні наслідки, і сам характер таких наслідків. Розподіл ризику може реалізуватись у такий спосіб, як покладання ризиків на третю особу, зокрема використання ескроу-рахунку.

Список використаних джерел:

1. Великанова М. М. Методологічні засади впливу на ризик. Підприємництво, господарство і право. 2018. № 4. С. 28-33.
2. Вячеслав Ф. А. Распределение рисков в договорных обязательствах: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2008. 30 с.
3. Мельник О. Поняття і значення розподілу ризиків у цивільному праві. Юридичний вісник. 2015. № 2. С. 267-273.
4. Андреева О. Особливості прояву ризику у договірному праві. Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Серія «Юридичні науки». 2013. № 95. С. 96-99.
5. Архипов Д. А. Распределение договорных рисков в гражданском праве. Экономико-правовое исследование. М.: Статут, 2012. 112 с.
6. Кузнецова Н. Принципи сучасного зобов'язального права України. Українське комерційне право. 2003. № 4. С. 9-16.
7. Мартиросян А. Г. Теория риска в гражданском праве РФ: монография. Москва: Проспект, 2016. 113 с. Електрон. версія. URL: <https://books.google.com.ua/books?id=ry7TCgAAQBAJ&pg=PT15&lpg=PT15&dq=%D1%8F.%D0%BC.%D0%BC%D0%B0%D0%B3%D0%B0%D0%B7%D0%B8%D0%BD%D0%B5%D1%80+%D1%80%D0%B8%D1%81%D0%BA&source=bl&ots=cy7dQoqGVE&sig=RfTz5GDhp1O0FHU MJJfIweuR1MIQ&hl=uk&sa=X&ved=0ahUKEwjJrMvt09PUAhW0NJoKHctgApQQ6AEITAA#v=onepage&q=%D1%8F.%D0%BC.%20%D0%BC%D0%B0%D0%B3%D0%B0%D0%B7%D0%B8%D0%BD%D0%B5%D1%80%20%D1%80%D0%B8%D1%81%D0%BA&f=false> (дата звернення 06.07.2017 р.).
8. Андреева Е. Понятие и способы управления рисками в договорных обязательствах в гражданском праве. *Leges si viata*. 2014. Iануаре. Nr 1/2 (265) С. 7-10.
9. Майданик Н. И. Управление юридическими рисками в предпринимательской деятельности. Альманах цивилистики: сборник статей. Вып. 6 / под ред. Р.А. Майданика. Київ: Алерта, 2015. С. 483-508.
10. Великанова М. М. Управління ризиком та його стадії: економіко-правовий аналіз. Підприємництво, господарство і право. 2017. № 12. С. 20-24.
11. Керування ризиком. Методи загального оцінювання ризику (IEC/ISO 31010:2009, IDT). ДСТУ IEC/ISO 31010:2013. К.: Мінекономрозвитку України, 2015. 73 с.
12. Олійник П. За принципом ескроу: запровадження світових стандартів в українському законодавстві. Юридична Газета. 2017. № 16. С. 10-11.
13. Кидалов І. Ескроу – новий інструмент для тих, хто веде бізнес в Україні. URL: <http://kydalov-partners.com/uk/%D0%B5%D1%81%D0%BA%D1%80%D0%BE%D1%83%D0%BD%D0%BE%D0%B2%D0%B8%D0%B9%D1%96%D0%BD%D1%81%D1%82%D1%80%D1%83%D0%BC%D0%B5%D0%BD%D1%82%D0%B4%D0%BB%D1%8F-%D1%82%D0%B8%D1%85%D1%82%D0%BE-%D0%B2/> (дата звернення: 23.11.2017).

Эта статья посвящена исследованию способов воздействия на риск. Делается вывод, что распределение рисков как способ воздействия на риск может осуществляться с применением как диспозитивного, так и императивного приемов. Распределение риска может быть реализовано через возложение рисков на третье лицо, в частности использование эскроу-счета.

Ключевые слова: риск, распределение рисков, несение риска, управление риском.

This article is devoted to the study methods of treat the risk. The conclusion is made that the distribution of risks, as a way of treat the risk, can be carried out with the use of both dispositive and imperative methods. The risk distribution can be realized by assigning risks on a third party, in particular, using the escrow account.

Key words: risk, risk distribution, risk taking, risk management.

