

ЕКОНОМІЧНИЙ АНАЛІЗ ЄВРОПЕЙСЬКОГО КОНТРАКТНОГО ПРАВА (EUROPEAN CONTRACT LAW AND ECONOMICS)

ГАЙДУЛІН Олександр Олександрович - кандидат філософських наук, кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри міжнародного та європейського права Київського національного економічного університету імені Вадима Гетьмана

УДК 34(091)+347.44.

В статті розглядається методологія економічного аналізу європейського контрактного права. По результатам дослідження встановлено, що методологія економічного аналізу успішно експортується в європейське контрактне право. Для більш глибокого уявлення проблеми здійснено аналіз оговорки о «расширение или обновление контракта».

Ключові слова: тлумачення, економічний аналіз права, неоднозначні контракти, раціональна необхідність.

Актуальність теми дослідження полягає в тому, що останніми роками в доктрині контрактного права провідним постає загальний методологічний тренд – активізація досліджень на базі комплексної теорії економічного аналізу права (law and economics або economic analysis of law).

Звернутися до цієї проблематики змушує та обставина, що цей напрям наукових досліджень ще не отримав у нашій країні належного поширення і репрезентований в основному науковими публікаціями оглядового, дискусійного та пропагандистського змісту. Серед авторів таких робіт виділяються Д. О. Вовк, О. А. Воловик, О. А. Гриценко, І. А. Єфіменко, Л. М. Павловська, В. О. Потехіна та інші.

Метою даної статті є виявлення потенціалу методології економічного аналізу права щодо дослідження актуальних проблем європеїзації контрактного права.

У витоках цього напрямку досліджень знаходиться стаття Рональда Гарі Коуза (Ronald Harry Coase) «Проблема соціальних витрат», після написання якої автор став лауреатом Нобелівської премії з економіки 1991 року [1, с. 87–141], а головна ідея цієї публікації отримала назву «теорема Коуза».

Найбільш систематизовано науковий метод економічного аналізу права, викладений засновником позитивної економічної теорії права суддею Верховного суду США, Річардом Алленом Познером (Richard Allen Posner), який у 1972 році видав свою фундаментальну працю «Економічний аналіз права» [2; 3]. Останнім часом вагомий внесок у цьому напрямі наукових досліджень зробили американські економісти, зокрема Лауреат Нобелівської премії з економіки 1993 р. Дуглас Сесіл Норт (Douglass Cecil North), а також Нобелівські лауреати 2009 р. в цій же номінації Олівер Вільямсон (Oliver E. Williamson) та Елінор Остром (Elinor Ostrom).

Це має не лише суб'єктивні причини, а й солідне об'єктивне підґрунтя. Сучасна хвиля комерціалізації приватноправових відносин загалом і договірних зокрема призводить до того, що економічна практика з джерела змісту контрактного права все більше перетворюється на безпосереднє джерело правоутворення.

За таких умов значно підвищується значущість економічного контексту змісту контракту порівняно з його текстом. Саме тому нині в лабораторії правового тлума-

чення контрактів економісти все більше відтісняють від юристів-інтерпретаторів їхніх «старих» партнерів – лінгвістів, логіків, істориків права.

Лідерство вчених із Сполучених Штатів Америки у напрямі Law and Economics супроводжується масованою «експансією» американської економічної моделі інтерпретації в доктрину європейського контрактного права. Прикладом апробації економічного аналізу права на загальноєвропейському матеріалі може служити спроба комплексного соціально-економічного та психологічного аналізу проблеми неуніфікованого контрактного права держав – членів ЄС як бар'єра для подальшого розвитку євроринку [3].

Усе це вимагає уточнення змісту поняття «європеїзація контрактного права» у цьому контексті. У сучасному правовому дискурсі отримав максимальне поширення «про-ЄС-івський» підхід до тлумачення цього поняття, відповідно до якого «європеїзація» розуміється як процес зближення головним чином на основі позитивно-правових джерел права ЄС інститутів контрактного права держав-членів.

Багатогранний процес розширення Євросоюзу стимулював і розширення обсягу поняття «європеїзація», до якого все частіше відносять і процес гармонізації контрактного права країн-кандидатів з європейським контрактним правом.

Звернення головної уваги на роль доктрини і судової практики в процесі зближення систем приватного права змушує нас звернутися до первісного, переважно культурологічного, змісту поняття «європеїзація». Це поняття буде переважно вживатися нами для позначення процесу правової акультурації національних доктрин договірних країн світу, які рецептують європейську культурно-правову традицію.

Отже, необхідно визнати, що європейська культурно-правова традиція явно виходить за межі суверенних територій європейських держав і давно вже є поняттям не суто географічним, а цивілізаційним. Тому європейська культурно-правова традиція отримала відповідний розвиток і в правових системах США, латиноамериканських

держав, Австралії, Нової Зеландії, держав Латинської Америки і навіть вестернізованих систем права Азії та Африки.

Першим і головним наслідком експорту з США до Європи методології law and economics є поширення в доктрині та судовій практиці європейських країн стратегії контекстуального тлумачення контрактів, відповідно до якої основним договірним контекстом визнаються економічні умови укладення угод.

Так, економічна практика транскордонного контрактингу, зокрема укладення договорів лізингу в нафтогазовій сфері, свідчить про те, що обов'язок добросовісності (duty of fair dealing) вимагає від сторін застосовувати настільки широке договірне тлумачення, наскільки воно найбільшою мірою відповідає б ймовірним намірам і очікуванням сторін [4, с. 562].

Контекстуальне тлумачення актуалізується й при здійсненні стандартизованих операцій, головним чином при реалізації споживчих договорів та комерційних контрактів, що «вмонтовані» в звичаєві норми торгового обороту. У цих випадках споживчий контекст (the consumer context) та торговельний контекст (the sales context) істотно ускладнюють суто партикулярну природу контракту, яка абсолютизується в межах текстуального підходу[5].

На думку американського адвоката, який практикує в цій галузі, Натана Коулмана (Nathan R. Coleman), необхідна широта такого тлумачення має забезпечуватися через договірні застереження про «розширення або оновлення» («extension or renewal clause») змісту контракту. Це головним чином пов'язано з наданням можливості збереження балансу інтересу сторін через нове контекстуальне тлумачення умов контракту при зміні зовнішніх економічних обставин під час його виконання[4, с.565].

Відомий американський професор, що спеціалізується в галузі економічного аналізу права, Стівен М. Шавелл (Steven M. Shavell) поставив за мету з'ясувати проблему, дуже важливу для економіки і водночас надзвичайно складну для права, – заповнення прогалів у змісті контракту, що вже виконується. Для розв'язання цього питання

він пропонує максимально зблизити процес написання контракту та його інтерпретацію. Це, до речі, пояснює, чому дослідник уникає загального поняття «контракт» або постійно вживає термін «контракт, що спостерігається» (observed contract) [6, с. 562–592].

Американський вчений наголошує: процес тлумачення, правочину завжди ситуативний і тому не повинен зазнавати визначального впливу умоглядних уявлень про те, що звичайно думають абстрактні суб'єкти стосовно контрактів певного виду в типових ситуаціях.

На його думку, фундаментальною властивістю оптимального методу інтерпретації (the optimal method of interpretation) є те, що тлумачення має бути «наївним» або соціально оптимальним («naively» socially optimal interpretation). Тобто інтерпретація договірних умов має бути зорієнтована не на уявну пересічну людину, а повинна бути найкращою саме для тих типів сторін, які насправді пишуть контракт, що спостерігається. Такий метод інтерпретації має ігнорувати будь-які абстрактні загальні висновки про те, що ж, власне, у цьому контракті написано.

Головний висновок полягає в тому, що ситуативність тлумачення контракту зумовлює можливість корегування змісту контракту в процесі його виконання. Так, у процесі виконання контракту може бути з'ясовано, що інформаційна симетрія сторін, якої було досягнуто під час укладення угоди, істотно порушена. Тому Стівен М. Шавелл переконаний, що це може стати підставою для заміни неефективних термінів і навіть скасування старих та внесення нових умов до змісту контракту, якщо для сторін і суду стає очевидною неефективність його виконання (приміром витрати на виконання набагато перевищують очікуваний результат).

Однак це зовсім не означає, що суд повинен тлумачити договір, виходячи виключно з його продуктивності. У цьому передусім зацікавлені самі сторони договірних відносин і тому цим критерієм мають керуватися саме вони. З іншого боку, корегування змісту контракту в процесі його виконання має здійснюватися під контролем суду. Якщо такі зміни в контракті зачіпають права та ін-

тереси третіх осіб, то заборона відмови від певних договірних умов тут може бути соціально корисною.

Однак парадигма економічного аналізу контрактного права надихає не тільки прибічників контекстуальної інтерпретації, а й представників консервативного текстуалізму. У контексті економічно вмотивованих інтерпретаційних процедур багатозначний термін формалізм (англ. formalism) тлумачиться як певний текстуалізм (англ. textualism). Для такого підходу характерною настановою є те, що «правові документи повинні бути інтерпретовані без додаткової інформації за межами даного тексту». Заради справедливості необхідно підкреслити, що сучасний економічний формалізм у контрактному праві (Modern Economic Formalism in Contract Law) хоча й є різновидом добре відомого текстуалізму, однак не може бути зведений лише до буквального тлумачення. Текстуальний формалізм (англ. textual formalism) лише орієнтує суддів на те, що їм зазвичай вигідніше ігнорувати законодавчу історію (англ. legislative history) нормативно-правових актів, а стосовно усьох угод немає резону аналізувати, окрім самого тексту контракту, інші докази, у тому числі й показання свідків [7, с. 949]. Тобто, користуючись вітчизняним лексиконом правової герменевтики, прибічники такого підходу пропонують системне тлумачення окремих положень контракту, не виходячи за межі його тексту.

У зв'язку з цим постає питання: «А в чому, власне, полягає економічна аналітичність такого підходу»? Відповідь дуже проста – у тому, що обґрунтування необхідності текстуального тлумачення здійснюється через підрахунок його рентабельності – тобто через порівняння «витрат» і «прибутків» окремих інтерпретаційних процедур.

Приміром, серед захисників сучасного економічного формалізму найбільш послідовними є відомі фахівці в галузі law & economics Алан Шварц (Alan Schwartz) і Роберт Скотт (Robert E. Scott), які наполегливо пропагують інтерпретаційні стратегії фірм певного типу (здається, що нині саме такий підхід на практиці переважає в комерційному обороті США). Такі фірми американські

вчені позитивно оцінюють як раціональні та нейтральні до ризику (англ. *rational and risk-neutral*) [8].

Головною ж підставою для визнання таких фірм «раціональними» є те, що вони абстрагуються від ризиковості як переважно юридичного критерію ефективності контрактів, а цілковито керуються суто економічним критерієм – прибутковістю трансакцій. Саму ж вигідність правочину такі особи визначають виключно математичним очікуванням виграшу, який така трансакція може принести.

Таке свідоме самообмеження пояснюється тим, що, на думку прибічників догвірного формалізму, текстуальна інформація є цілковито достатньою для підрахунку результативності контракту. Природно, що використання додаткової інформації збільшує судові витрати. А з огляду на те, що ці уточнюючі дані зазвичай істотно не впливають на визначення очікуваних результатів реалізації умов контракту, така додаткова інформація визнається зайвою. Таким чином, утилітарна економічна доцільність «відмінняє» актуальність подолання розбіжностей інтерпретацій договірних умов сторонами контракту [7, с. 952–953].

Такий тип правового мислення явно нагадує ригоризм літерального тлумачення римського права до виникнення концепції добросовісності (*bona fides*) на зламі епох на початку першого століття. Проте така інтерпретаційна архаїчність не може бути «списана» на банальний консерватизм мислення, його закостенілість, природну психологічну стереотипність, схильність до нехтування всім новим, нестандартним, що в англосовному дискурсі позначається терміном *closed-mindedness*. Тут має місце не позасвідомо рефлекторна реакція, а свідоме ігнорування реально існуючої інформації, яка, на думку інтерпретатора, не стосується суті справи і тому відволікає від пошуку істини, спонукає до марної втрати часу. Для термінологічного позначення подібного інтелектуально-вольового «відсіювання» непотрібних даних був запропонований спеціальний термін раціональна необізнаність (англ. *rational ignorance*). Запропонований у 1957 році Ентоні Даунсом (Anthony

Downs) в його «Економічній теорії демократії» (*An Economic Theory of Democracy*) термін *rational ignorance* активно використовувався в теорії громадського вибору (*public choice theory*) у рамках сучасного напряму досліджень на межі економіки і політології і згодом надійно закріпився в правовій герменевтиці [9].

Насправді концепція раціональної необізнаності має не менш раціональні обмеження. Навіть гранично широке використання судами математичних методів для визначення економічної ефективності контрактів не може повністю скасувати всі без винятку конфлікти інтерпретацій. Правда такого методу полягає в тому, що він дозволяє відносно точно визначити «ціну інтерпретаційного питання». Якщо очікуваний обопільний економічний ефект від «конфліктного» контракту значно переважає можливі ризики від нез'ясованості його окремих положень, то це має спонукати обидві сторони заплющити очі на існуючі розбіжності. Однак, якщо контроверсивність тлумачення загрожує значними вартісними ризиками, а вигоди від реалізації контракту, що прогножуються, навпаки, незначні, то «ціна» інтерпретаційних розбіжностей змушує негайно зайнятися їх розв'язанням, навіть припускаючи реальну загрозу припинення договірних зобов'язань у разі неможливості конструктивного виходу з конфлікту тлумачень.

У цьому світлі молодий американській вчений Шон Дж. Баєрн (Shawn J. Bayern), який, до речі, професійно застосовує сучасні комп'ютерні технології для з'ясування проблем контрактного права, має рацію, наголошуючи: «притаманні звичайним людям раціональна необізнаність (англ. *rational ignorance*) і консервативність (англ. *closed-mindedness*) жодним чином не повинні поширюватися на суди». Шон Баєрн як критик текстуального формалізму висуває дуже важливе припущення про те, що раціональна консервативність (*rational closed-mindedness*) суддів переважно обумовлена самим законом (*foreordained in law*). Таку функцію легалізації необізнаності виконують так звані чітко визначені правові норми (англ. *bright-line rules*), які, на відміну від ва-

АНОТАЦІЯ

У статті розглядається методологія економічного аналізу європейського контрактного права. За результатами дослідження встановлено, що методологія економічного аналізу успішно експортується в європейське контрактне право. Для більш глибокого з'ясування проблеми здійснено аналіз застереження про «розширення або оновлення контракту».

SUMMARY

The article considers the methodology of European contract law and economics. As a result, the law & economics successfully exported in European contract law, was set. For a better understanding of the problem, the «extension or renewal» clause was analyzed.

ріативних тонко визначених норм (англ. fine line rules), прямо заперечують можливість різних інтерпретацій як самих статутних чи прецедентних норм, так і умов контрактів. Не випадково, що прибічники текстуального формалізму дуже високо оцінюють bright-line rules, які «потрібні для того, щоб обмежити інформацію» [7, с. 952].

Висновок: Методологія економічного аналізу, яка сформувалася в доктрині американського права, успішно «експортується» в європейське культурно-правове середовище. Ця методологічна настанова на системне дослідження правових явищ головним чином «спрацьовує» стосовно проблеми розширеного динамічного тлумачення змісту контракту в процесі виконання його умов. Однак теорія law and economics може мати й протилежний праксеологічний ефект і використовуватися для виправдання звуженого, буквального тлумачення тексту правочину. У цьому й полягає головний парадокс економічного аналізу права: орієнтуючи інтерпретаторів контрактів на економічний контекст правочину, цей підхід дезорієнтує контрагентів і судів стосовно вищої справедливості через жорстку їх прив'язку до економічної доцільності та мінливої кон'юнктури ринку.

Література

1. Коуз Р. Проблемы социальных издержек // Рональд Коуз. Фирма, рынок, право. – М. : Дело, 1993 – С. 87–141.
2. Познер Р.А. Економічний аналіз права / Ричард. А. Познер ; пер. з англ. С. Савченко. – Х. : Акта, 2003. – 862с.+ 120 с. додат.; Познер Р.А. Проблемы юриспруденції /

Ричард. А. Познер ; пер. С. Савченко. – Х. : Акта, 2004. – 488 с.

3. Smits J.M. The Need for a European Contract Law; Empirical and Legal Perspectives / Jan M. Smits. – Maastricht : University of Maastricht, February, 2005. – 188 pp.

4. Nathan R. Coleman. The emerging “duty of fair dealing” in contract interpretation: [REYNOLDS-REXWINKLE OIL, INC. V. PETEX, INC., 1P.3D 909 (KAN. 2000)] / Nathan R. Coleman. - Washburn Law Journal, 2001. - Vol.40 – P. 562.

5. Scott, Robert E. Text versus Context: The Failure of the Unitary Law of Contract Interpretation / Robert E. Scott // The American Illness. Essays on the Rule of Law, Edited by F. H. Buckley. – New Haven: Yale University Press, 2012. - 552 p.p. <http://buckleymix.com/wp-content/uploads/2010/10/scott.pdf>

6. Coleman, Nathan R. The Emerging «Duty of Fair Dealing» in Contract Interpretation: [Reynolds-Rexwinkle Oil, Inc. v. Petex, Inc., 1 P.3d 909 (Kan. 2000)] / Nathan R. Coleman // COLEMAN.DOC 5/9/2001 2:34 PM. – P. 562-592. <http://www.washburnlaw.edu/wlj/40-3/articles/coleman-nathan.pdf>

7. Bayern, Shawn J. Rational Ignorance, Rational Closed-Mindedness, and Modern Economic Formalism in Contract Law / Shawn J. Bayern // California Law Review. - Vol. 97 : 943, 2009. – P. 943–974.

8. Schwartz, Alan & Scot, Robert E. Contract Theory and the Limits of Contract Law (2003). Faculty Scholarship Series. Paper 308. http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/308

9. Downs, A. An Economic Theory of Democracy/ Anthony Downs. – New York: Harper & Brothers, 1957. – 310 pp.