

Научная статья
УДК 347:330.8
DOI: <https://doi.org/10.24866/VVSU/2949-1258/2022-4/035-050>

Экономико-правовой анализ инструментов адаптации типовых договоров FIDIC к российскому праву

Варавенко Виктор Евгеньевич

Ниязова Марина Валентиновна

Владивостокский государственный университет
Владивосток, Россия

Аннотация. Стратегическое развитие экспорта строительных услуг требует создания универсальной контрактной базы на основе практики Международной федерации инженеров-консультантов (FIDIC). Исследование посвящено анализу разработанных инструментов адаптации типовых договоров FIDIC, оформленных в виде Разъяснений по формированию контрактов. Исходя из положений экономического анализа права проведена оценка эффективности регулятивного воздействия типовых договоров, адаптированных к отечественному праву. Предложен подход к анализу и оценке регулятивного воздействия инструментов на основе таких критериев, как трансакционные (информационные) издержки, которые сопровождают процесс закрепления прав, оппортунизм во взаимоотношениях участников проекта и риск освобождения от договорной ответственности. Обзор содержащихся в Разъяснениях корректировок условий типовых договоров позволил объединить их в пять групп. Получено подтверждение эффективности отдельных групп. По критерию риска освобождения от договорной ответственности обнаружено, что три из пяти групп корректировок решают проблему распределения этого риска, тем самым способствуя положительному эффекту, так как стоимость и ожидаемая полезность инвестиционно-строительного проекта не изменятся. Выявленная неоднозначность оценки по критерию оппортунистического поведения связана с объективными свойствами инвестиционно-строительного проекта. Чем короче срок исполнения, меньше заинтересованных сторон и менее специфичный предмет договора, тем ниже отрицательный эффект по этому критерию. По критерию информационных издержек Разъяснения (в трех из пяти групп корректировок) демонстрируют невосприимчивость к оценке, выявление причин которой – предмет отдельного исследования. Результаты исследования имеют теоретическую и практическую значимость и могут быть использованы заинтересованными лицами в области реализации инвестиционно-строительных проектов.

Ключевые слова: типовой договор, инструменты адаптации, экономика права, регулятивное воздействие, эффективность, Международная федерация инженеров-консультантов, экспорт строительных услуг.

Для цитирования: Варавенко В.Е., Ниязова М.В. Экономико-правовой анализ инструментов адаптации типовых договоров FIDIC к российскому праву // Территория новых возможностей. Вестник Владивостокского государственного университета. 2022. Т. 14, № 4. С. 35–50. DOI: <https://doi.org/10.24866/VVSU/2949-1258/2022-4/035-050>.

Original article

Law and Economics Analysis of Tools for Adaptation of FIDIC Standard Contracts to Russian Law

Viktor E. Varavenko

Marina V. Niyazova

Vladivostok State University

Vladivostok, Russia

Abstract. *The strategic development of construction services export requires a universal contractual framework based on the practices of the International Federation of Consulting Engineers (FIDIC). The study is devoted to the analysis of the implements for adapting FIDIC model contracts issued in the form of the Guidance to advise on entering into contract. Based on the assumptions of economic analysis of law, the paper estimates the effect of the regulatory impact of model contracts adapted to the national law. Suggested here is the approach to analyzing and estimating the performance of regulation based on the criteria including transaction (information) costs to accompany the process of rights perfection, opportunist behavior on the part of project participants and the risk of release from contractual liability. The survey of the Guidance amendments to the conditions of the standard form contracts contained in the Guidance enabled them to fall into five groups. The research proved the effectiveness of separate groups. With regard to the risk of release from contractual liability, three out of five groups of amendments turn out to solve the problem of this risk of distribution, thus contributing to a positive effect, as there are no changes in the cost and expected gain of the investment and construction project. The ambiguity of the assessment identified in the opportunist behavior criterion results from the objective properties of the investment and construction project. The shorter the contract performance time, fewer parties concerned and less specific the subject matter of the contract, the lower the negative effect in terms of this criterion is. The criterion of transaction (information) costs shows non-susceptibility of the Guidance (in three out of the five groups of amendments) to the assessment whose identification serves to be the subject of a separate study. The results of the study admit of theoretical and practical relevance. They can be in the implementation of investment and construction projects by parties concerned.*

Keywords: *standard contract, adaptation tools, economics and law, regulatory impact, efficiency, International Federation of Consulting Engineers, export of construction services..*

For citation: *Varavenko V.E., Niyazova M.V. Law and Economics Analysis of Tools for Adaptation of FIDIC Standard Contracts to Russian Law // The Territory of New Opportunities. The Herald of Vladivostok State University. 2022. Vol. 14, № 4. P. 35–50. DOI: <https://doi.org/10.24866/VVSU/2949-1258/2022-4/035-050>.*

Введение

В августе 2019 г. Правительство РФ издало распоряжение об утверждении «Стратегии развития экспорта услуг до 2025 года»¹. Названный документ стратегического планирования федерального уровня предусмотрел ряд положений, направленных на развитие строительной отрасли, в частности на совершенство-

¹ Об утверждении Стратегии развития экспорта услуг до 2025 года: распоряжение Правительства РФ от 14.08.2019 № 1797-р (вместе с «Планом мероприятий по реализации Стратегии развития экспорта услуг до 2025 года»). URL: <https://www.consultant.ru/>

вание договорного регулирования отношений в сфере капитального строительства в сфере капитального строительства. В качестве одного из направлений реализации Стратегии в области развития экспорта строительных услуг указано на необходимость создания «официальной универсальной контрактной базы на основе базы Международной федерации инженеров-консультантов (FIDIC)».

Выбор базы типовых договоров FIDIC в качестве некоего эталона не случаен, поскольку именно эта международная неправительственная организация на протяжении уже почти ста лет занимается анализом и обобщением актуального опыта нормативного регулирования договорных отношений в сфере инвестиционно-строительной деятельности и публикует результаты этих обобщений в виде типовых договоров (контрактных проформ). Типовые договоры FIDIC широко применяются в проектах, реализуемых по всему миру. Они получили заслуженное признание и среди представителей строительной индустрии, и среди заказчиков, как частных, так и публичных, и среди международных финансовых институтов развития.

Во исполнение положений Стратегии ряд министерств и ведомств включили в свои документы стратегического планирования мероприятия, направленные на решение указанной выше задачи. В частности, Министерство строительства и жилищно-коммунального хозяйства РФ и Госкорпорация «Росатом» включили в свои планы мероприятия по подготовке разъяснений по формированию контрактов, разработанных на основе типовых форм международных строительных контрактов FIDIC. Национальная ассоциация инженеров-консультантов в строительстве, будучи членом FIDIC и представителем Российской Федерации в этой международной неправительственной организации, активно включилась в реализацию данного мероприятия. В результате были разработаны и весной 2022 г. обнародованы два методических документа – разъяснения по формированию контрактов на основе условий Желтой и Серебряной книг FIDIC 2017 (далее – Разъяснения, методические документы)^{2,3}.

«Условия контракта на поставку оборудования, проектирование и строительство (Жёлтая книга 2017 г.)» (далее – Желтая книга) [14] и «Условия договора для проектов типа ИПС (инжиниринг, поставки, строительство) / «под ключ» (Серебряная книга 2017 г.)» (далее – Серебряная книга) [13] представляют собой типовые договоры, предназначенные для регулирования подрядных

² Разъяснения по формированию контрактов, предметом которых является выполнение работ по строительству (реконструкции) объекта капитального строительства, разработанные на основе условий контракта на поставку оборудования, проектирование и строительство. Желтая книга FIDIC. Второе издание, 2017 г. // Национальная ассоциация инженеров-консультантов в строительстве. Москва, 2022. 67 с. URL: <https://naces.ru/upload/iblock/a59/7dih3idvr7jcmqp17zs206ppj2ys1qbd.pdf>

³ Разъяснения по формированию контрактов, предметом которых является выполнение работ по строительству (реконструкции) объекта капитального строительства, разработанные на основе условий договора для проектов типа ИПС / «под ключ» (инжиниринг, поставки, строительство). Серебряная книга FIDIC. Второе издание, 2017 г. // Национальная ассоциация инженеров-консультантов в строительстве. Москва, 2022. 69 с. URL: <https://naces.ru/upload/iblock/3be/rx1q0ikca0wyn84ajxepj515sno284s.pdf>

отношений, в которых подрядчик выполняет функции проектировщика, закупщика оборудования, подлежащего монтажу на объекте капитального строительства, и генерального подрядчика, выполняющего своими силами и силами привлеченных субподрядчиков строительно-монтажные и пуско-наладочные работы. Данные разновидности типовых договоров по критерию «тип закупки в проекте» (*procurement route*) относятся к группе договоров *Design Build*, которые применяются в промышленном строительстве при создании крупных инфраструктурных и производственных объектов.

Несмотря на текущую геополитическую ситуацию, мощное санкционное давление на Российскую Федерацию со стороны США и ЕС, разрыв значительного количества деловых связей между предпринимателями России и зарубежных стран, применение типовых договоров FIDIC в проектах с участием лиц российского права не утратило свою актуальность. Во-первых, типовые договоры FIDIC широко используются представителями инвестиционно-строительной индустрии дружественных России стран, в частности Китайской Народной Республики, Республики Казахстан⁴ и др. Во-вторых, сами по себе стандарты договорного регулирования, зафиксированные в типовых договорах FIDIC, представляют собой не чуждые отечественному правопорядку юридические конструкции западноевропейских национальных правовых систем, а оптимальные деловые практики управления инвестиционно-строительными проектами, доказавшими свою жизнеспособность и целесообразность по всему миру.

Методические документы содержат рекомендации по адаптации Общих условий Желтой и Серебряной книг к российскому гражданскому праву. В ходе разработки рекомендаций (решений по адаптации условий типовых договоров к российскому праву) авторы руководствовались следующими требованиями: 1) обеспечение соответствия условий типовых договоров применимым положениям гражданского законодательства, что является предпосылкой исполнимости этих условий (т.е. способности их принудительной реализации в случае отказа стороны по договору от добровольного выполнения этих условий); 2) сохранение уникального договорно-правового режима проекта, возникающего под воздействием условий типовых договоров, что выражается в соблюдении в ходе адаптации ограничений, установленных Золотыми принципами FIDIC – рекомендациями, устанавливающими принципиальные пределы свободы усмотрения сторон по изменению положений типовых договоров.

Эти, на первый взгляд, разнонаправленные требования имеют единую цель – максимизацию эффективности регулятивного воздействия на отношения между участниками инвестиционно-строительного проекта. Анализ регулятивного воздействия типовых договоров с точки зрения их влияния на эффективность, прежде всего, использования ограниченных ресурсов, распределения благ и рисков, относится к предметному полю науки экономического анализа права. Действительно ли разработанные Разъяснения направлены на максимизацию эффективности регулятив-

⁴ Портал проекта «Новый путь в Европу». URL: <https://www.europe-china.kz/search/node/fidic>

ного воздействия типовых договоров или их применение окажет негативный эффект? Ответу на эти вопросы посвящена данная статья.

Для достижения поставленной цели необходимо: сформировать подход к анализу и оценке регулятивного воздействия решений, предлагаемых в методических документах; выбрать и обосновать критерии оценки содержащихся в них рекомендаций исходя из положений экономического анализа права (далее – экономика права); провести обзор корректирующих решений, сформулированных в Разъяснениях, их группировку и на этой основе оценить потенциальные эффекты регулятивного воздействия использования методических документов для адаптации типовых договоров FIDIC к российскому праву.

Основная часть

Теоретические и методические основы исследования. Отправной точкой и базовым подходом к анализу регулятивного воздействия являются положения экономики права. Как наиболее точно определено в работе Н. Меркуро и С. Медема [5, с. 13], это научное направление заключается в «применении экономической теории к исследованию формирования, структуры, процессов и экономического влияния права и правовых институтов».

За более чем полувековую историю наиболее активного развития выделяют (с определенной долей условности, понятной в контексте данного исследования) несколько школ и направлений, конкурирующих и дополняющих, но одновременно развивающих экономику права как науку и учебную дисциплину. Представители чикагской школы (например, Р. Коуз [12], Г. Калабреззи [11], Г. Беккер [1] и Р. Познер [17]) основывались на таких предпосылках, как рациональность индивида, его реагирование на ценовые стимулы и возможности оценки норм и результатов с точки зрения эффективности. Применение экономической теории к процессу принятия политических решений, их анализу и регулированию относят к теории общественного выбора, а ее родоначальниками считают Дж. Бьюкенена [2] и У. Наттера [16]. Исследования Дж. Коммонса [4], Т. Веблена [3] и других ученых стали основой институциональной школы, направленной прежде всего на поиск и объяснение взаимосвязей между правовыми и экономическими процессами, а также понимания эффективности как наличия согласия в процессе согласования результата. Представители данной школы признают «множественность возможных решений и лежащих в их основе ценностных предпосылок, пытаются подробно изложить альтернативные возможности, доступные обществу в процессе непрерывного общественного строительства и перестройки экономико-правовой реальности» [5, с. 429]. Новая институциональная экономика занимается взаимосвязями между эволюционным развитием институтов и рыночными силами (экономическим ростом) в целом для государственных правовых институтов, а ее представители (например, О. Уильямсон [10], Д. Норт [6]) полагают, что эффективность обусловлена институциональными структурами, которые различаются по странам и регионам. Выделяют также нью-хейвенскую школу как ответ на усиление роли регулирования и административного права, в рамках которой эффективность зависит от эффективной бюрократии, политических механизмов влияния на индивидуальный выбор. Представители австрий-

ской школы используют термин «социальная эффективность» и утверждают, что «эффективность экономической системы оценивается по степени, в которой она побуждает людей эффективно преследовать свои собственные цели» [15, р. 239]. В последнее время активно развивается направление, основанное на триаде взаимосвязи социальных норм, права и экономики. В целом экономический подход к праву позволяет выявить последствия регулирования, возможные противоречия и закономерности, сравнить экономические результаты.

Накоплен богатый перечень критериев оценки правовых норм. Однако выделенные школы (направления) экономики права, наряду с общими чертами, имеют разные подходы к оценке правовых норм и их эффективности. В рамках данного исследования в качестве таковых предлагаем использовать: транзакционные издержки, которые сопровождают процесс закрепления прав; оппортунизм во взаимоотношениях участников инвестиционно-строительного проекта и риск освобождения от договорной ответственности. Рассмотрим каждый из критериев.

Казалось бы, транзакционные издержки лежат в основе анализа эффективности регулятивного воздействия экономики права и должны пониматься как издержки обмена по установлению и поддержанию прав собственности. Однако проведенный обзор школ (направлений) экономики права показал, что это не совсем так. В широком смысле транзакционные издержки микроуровня связаны с договорными отношениями по обмену правами на ограниченные ресурсы (товары, услуги, факторы производства). Другими словами, они связаны с асимметрией информации или так называемыми информационными издержками, состоящими из издержек заключения договора и контроля за его исполнением, измерения (оценки) и защиты прав на блага, являющиеся объектами обменных операций. Несовершенство информации влияет на точность оценки выгод и потерь, а следовательно, компенсаций.

Обратимся к проблемам взаимоотношения между участниками инвестиционно-строительного проекта – оппортунистическому поведению сторон договора. В отличие от традиционных представлений экономической теории об «идеальном контракте» договоры, заключаемые участниками реальных хозяйственных операций, являются неполными (когда структура договора не позволяет свести к минимуму уровень неопределенности в отношении его исполнения), их выполнение растянуто во времени, а эффективная судебная защита подменяется неюрисдикционными механизмами улаживания споров. С учетом этого подчеркивается значимость личности в договорных отношениях, заинтересованных сторон проекта, цели которых могут не совпадать. В результате заказчик (принципал) в инвестиционно-строительном проекте сталкивается с растущими прямыми агентскими издержками из-за оппортунистического поведения подрядчика (агента) и издержками контроля за его работой. Равным образом и подрядчик может столкнуться с оппортунистическим поведением заказчика, стремящегося оптимизировать свои расходы на реализацию проекта. Это сказывается на размере ожидаемой выгоды (полезности) от проекта. Положения экономики права предлагают установить сис-

тому стимулов агента, например, на основе конкуренции в команде, соглашения об участии в прибыли, штрафных санкций.

Риск освобождения от договорной ответственности – мощный фактор, влияющий в том числе на стоимость инвестиционно-строительного проекта. Под договорной ответственностью в формулировке указанного критерия понимается «позитивная» юридическая ответственность участников обменной операции: их обязанности по отношению друг к другу, установленные условиями договора [9, с. 489]. Риск освобождения от договорной ответственности может быть вызван наступлением события непреодолимой силы и связан с физической невозможностью исполнения договора или с существенным изменением обстоятельств, в результате которых исполнение договора значительно нарушило бы баланс интересов сторон, или с действиями сторон договора [7, с. 237], что привело бы к ущербу вместо ожидаемой по договору полезности. В зависимости от того, на какую из сторон (заказчика или подрядчика) распределяется риск возможного наступления обстоятельства, повлекшего освобождение от договорной ответственности, изменяется стоимость проекта. Экономика права предлагает распределять такой риск на ту сторону договора, которая может с наименьшими издержками принять меры предосторожности для его сокращения.

Каждый из описанных критериев эффективности направлен на оценку регулятивного воздействия инструментов адаптации (корректирующих решений), представленных в Разъяснениях. Если предлагаемые в методических документах решения по адаптации снижают информационные издержки закрепления прав, нейтрализуют оппортунизм взаимоотношений и смягчают риски освобождения от ответственности, позволяя минимизировать уровень неопределенности и потерь в отношении исполнения договора и максимизировать выгоды участников инвестиционно-строительного проекта, то они могут быть оценены как эффективные регулятивные средства с точки зрения экономического анализа права.

Характеристика и оценка групп корректирующих решений. Структура Разъяснений состоит из введения и шести разделов. Во введении раскрываются предпосылки применения методических документов для работы по подготовке к заключению договоров в сфере инвестиционно-строительной деятельности. Первый раздел описывает область применения рекомендаций; второй и третий разделы содержат информацию о нормативных документах, лежащих в основе методических рекомендаций, а также перечень сокращений, используемых в тексте. Четвертый раздел посвящен общим вопросам подготовки к использованию соответствующего типового договора в проекте. Основную часть Разъяснений составляет пятый раздел, в котором раскрывается содержание отдельных корректирующих решений – инструментов адаптации типовых договоров и их обоснование. Шестой раздел включает в себя примерную форму дополнительного соглашения, фиксирующего формулировки условий типового договора в контексте рекомендаций по их адаптации к российскому праву, а также содержит справочную информацию в виде таблиц, отражающих сферы регулятивного воздействия условий типовых договоров и норм гражданского законодательства.

Для достижения цели данной работы сосредоточимся на содержании пятого раздела Разъяснений. В нем отражено описание и обоснование 20 корректирующих решений по адаптации в отношении каждого из двух типовых договоров. Интенциональная общность ряда этих решений позволяет объединить их в укрупненные группы и провести обзор содержательных характеристик, а также дать оценку соответствия критериям экономики права. Все рекомендации (корректирующие решения по адаптации условий типовых договоров к российскому праву), предлагаемые в методических документах, можно отнести к одной из пяти групп: 1) корректировки, направленные на исключение вмешательства в оперативно-хозяйственную деятельность сторон; 2) корректировки, направленные на расширение сферы применения согласительных процедур; 3) корректировки, направленные на обеспечение исполнимости условий о сдаче-приемке результатов работ; 4) корректировки, направленные на обеспечение исполнимости условий о средствах защиты прав сторон; 5) корректировки, направленные на обеспечение исполнимости процедур урегулирования договорных споров. Будем придерживаться данной последовательности в дальнейшем изложении обзора и оценки содержания рекомендаций.

1. *Корректировки, направленные на исключение вмешательства в оперативно-хозяйственную деятельность сторон.* Договорное регулирование основано на идеях равенства участников гражданских правоотношений и недопустимости произвольного вмешательства в частные дела. В России эти идеи являются принципами гражданского права, закрепленными в ст. 1 ГК РФ. Применительно к подрядным договорам в ст. 748 ГК РФ в развитие принципиальных положений закреплен прямой запрет для заказчика вмешиваться в оперативно-хозяйственную деятельность подрядчика при осуществлении контроля за выполнением работ. Однако вмешательство в оперативно-хозяйственную деятельность может иметь разные проявления.

В нашем случае ряд условий типовых договоров требуют от одной стороны договора получения предварительного согласия другой стороны на выход из состава договорного объединения (когда на стороне подрядчика в договоре действует несколько лиц, заключивших между собой договор о совместной деятельности) (п. 1.14(с) Желтой книги, п. 1.13(с) Серебряной книги), на назначение и замену представителей (лиц, которые в ходе исполнения договора вправе давать и получать указания, участвовать в совещаниях, осуществлять обмен информацией и т.п.) (п. 3.6, 4.3 Желтой книги, п. 3.1, 4.3 Серебряной книги) и даже на найм по трудовым договорам работников на некоторые должности (п. 6.12 Желтой и Серебряной книг).

Безусловно, вопрос о том, когда действия стороны договора перестают быть правомерными и образуют неправомерное вмешательство в сферу принятия решений другой стороны, является дискуссионным. Некоторые цивилисты считают, что пределы вмешательства могут быть определены самим договором между сторонами. «Буквальное толкование комментируемого принципа свидетельствует, что он запрещает лишь произвольное вмешательство, но не всякое вмешательство. В ряде случаев вмешательство в чужие дела допускают закон, обычай

или условия сделки» (Прим. – курсив авторов) [8, с. 91]. Однако реальные проекты не могут выступать полигоном для проверки истинности научно-теоретических воззрений. Разъяснения квалифицируют указанные условия как проявление вмешательства в сферу принятия оперативно-хозяйственных решений сторон договора и рекомендуют исключить применение указанных условий к отношениям сторон.

По отношению к критерию информационных издержек рекомендации по отмене согласования назначений направлены на снижение таковых: «согласующему» субъекту не требуется нести дополнительные затраты, связанные с получением информации о личности назначаемого (нанимаемого) лица из альтернативных источников. С точки зрения влияния на степень оппортунистического поведения сторон договора данные рекомендации могут иметь как положительный, так и отрицательный эффект: согласительный порядок создает предпосылки для оппортунизма со стороны «согласующего» лица, а устранение согласительного порядка – для оппортунизма со стороны «назначающего» лица. Наконец, данная группа рекомендаций не восприимчива к критерию риска освобождения от ответственности, поскольку наличие либо отсутствие согласительного порядка назначений не оказывает непосредственное влияние на исполнение сторонами договорных обязанностей.

2. *Корректировки, направленные на расширение сферы применения согласительных процедур.* Данная группа корректировок условий типовых договоров предусматривает необходимость введения в русло согласительных процедур ряда решений и действий сторон договора. Так, согласно п. 13.1 Желтой и Серебряной книг заказчик обладает полномочием инициировать изменение условий договора о видах и объемах работ, которые являются обязательными для подрядчика. В соответствии с п. 7.3 Желтой и Серебряной книг заказчик обладает правом контролировать, т.е. проверять ход и качество изготовления материалов и оборудования поставщиками подрядчика, с которыми заказчик не состоит в прямых договорных отношениях. Пункт 8.3 Желтой и Серебряной книг регулирует порядок согласования между подрядчиком и инженером (представителем заказчика в Серебряной книге) графика производства и поставок материалов и оборудования, который не приобретает статус приложения к договору. Но самым необычным в ряду рассматриваемых условий (в контексте отечественного права) является содержание п. 3.7.2 Желтой книги и п. 3.5.2 Серебряной книги, которые предоставляют инженеру (представителю заказчика в Серебряной книге), не являющемуся стороной договора между заказчиком и подрядчиком, в одностороннем порядке принимать решения, обязательные для сторон договора, результатом которых может стать изменение условий договора о видах и объемах работ, стоимости и сроках их выполнения. В указанных частях типовые договоры FIDIC вступают в противоречие с императивными гражданско-правовыми нормами, закрепленными в ст. 308, 310, 450, 744 ГК РФ.

Для преодоления этих противоречий Разъяснения рекомендуют ввести указанные выше полномочия, решения и действия в согласительную сферу взаимодействия заказчика и подрядчика. Безусловно, заказчик заинтересован в наличии

эффективных средств контроля за ходом реализации проекта, а мнение инженера как независимого квалифицированного специалиста является ценным как для заказчика, так и для подрядчика. Но, для того чтобы эти инструменты управления проектом обладали юридической силой и свойством исполнимости, они должны быть подкреплены, узаконены соглашением заказчика и подрядчика.

С точки зрения критерия информационных издержек предлагаемые рекомендации нельзя признать эффективными, поскольку согласительные процедуры неразрывно связаны с издержками заключения договора (необходимость проведения переговоров, получения дополнительной информации и т.п.). Безусловно, решения, сформированные в рамках согласительных процедур, по сравнению с односторонними решениями и действиями уменьшают перспективы оппортунистического поведения сторон договора. Наконец, согласительные процедуры, направленные на легитимацию волеизъявления сторон в ходе исполнения договора, устраняют риски последующих разбирательств на почве неправомерности односторонних решений и действий, тем самым препятствуя потенциальному отказу сторон от реализации мероприятий проекта.

3. *Корректировки, направленные на обеспечение исполнимости условий о сдаче-приемке результатов работ.* Третья группа корректировок направлена на приведение в соответствии с российским правом условий типовых договоров, предусматривающих процедуру подтверждения фактов сдачи-приемки работ и надлежащего исполнения подрядчиком обязательств по договору.

Условия типовых договоров предусматривают фактически двухэтапную приемку результата работ: сдачу-приемку результата по окончании выполнения работ (п. 10.1 Желтой и Серебряной книг) и итоговую сдачу-приемку работ по истечении договорного срока на заявление о недостатках (*Defects Notification Period*), который (по умолчанию) составляет один год с даты первоначальной сдачи-приемки результата. Отсутствие недостатков результата работ или их устранение подрядчиком в пределах указанного срока являются условием признания надлежащего исполнения подрядчиком договорных обязанностей (п. 11.9 Желтой и Серебряной книг). В отличие от указанных правил по российскому законодательству результат работ передается заказчику после завершения выполнения работ, а подрядчик с момента такой передачи признается надлежащим образом выполнившим договорные обязанности. Требования, вытекающие из обнаружения недостатков качества результата, заявляются в течение гарантийного срока, который существует за пределами срока действия договора.

Еще одним отличием условий типовых договоров от гражданского законодательства является документальная форма подтверждения факта сдачи-приемки работ – сертификат, выдаваемый инженером (Желтая книга) или заказчиком (Серебряная книга), тогда как согласно ст. 753 ГК РФ этот факт подтверждается актом сдачи-приемки, подписанным заказчиком и подрядчиком. Соответствующие положения отечественного законодательства являются императивными.

В целях устранения указанных противоречий Разъяснения ориентируют стороны договора на применение предусмотренного отечественным граждан-

ским законодательством порядка сдачи-приемки результата работ и формы подтверждения этого факта хозяйственной деятельности. Однако выдачу сертификата инженером или представителем заказчика в подтверждение соответствующих фактов не следует исключать, поскольку они исходят от независимого профессионального участника проекта и могут использоваться в качестве предпосылки подписания заказчиком и подрядчиком двухстороннего акта. В методических документах предлагается внести в типовые договоры ряд изменений и дополнений, в частности, включить в перечень определений термин «Акт сдачи-приемки работ», дополнить условия о процедуре подтверждения факта сдачи-приемки работ правилами о подписании двухстороннего акта.

Рекомендации, содержащиеся в методических документах в указанной части, не восприимчивы к критерию информационных издержек, поскольку подписание двухстороннего акта не является процедурой достижения согласия о статусе передаваемого результата: оформление акта производится при условии положительного результата соответствующих проверочных процедур. Рекомендации данной группы также не восприимчивы и к критерию оппортунистического поведения, поскольку они не увеличивают и не уменьшают потенциал злоупотреблений, возможных в ходе сдачи-приемки результата. Что касается критерия риска освобождения от ответственности, следует констатировать отрицательный эффект рекомендаций в части устранения двухэтапной приемки результата. Если сопоставить вероятность успешного уклонения подрядчика от устранения недостатков до момента получения подтверждения надлежащего исполнения договора (по условиям типовых договоров) и после такого момента (в пределах внедоговорного гарантийного срока), то во втором случае она выше. В подобных условиях заказчик столкнется с необходимостью несения дополнительных расходов на устранение скрытых недостатков результата работ.

4. *Корректировки, направленные на обеспечение исполнимости условий о средствах защиты прав сторон.* Данная группа корректировок направлена на обеспечение эффективной защиты прав и законных интересов сторон по договору. Поскольку некоторые из средств защиты, предлагаемых условиями типовых договоров, «родом» из общего права Англии и Уэльса, их применение в условиях российского права не всегда способно эффективно защищать права и интересы сторон по договору. Показательным является пример с условиями о взыскании заранее оцененных убытков, закрепленных в п. 8.8, 15.4(с) Желтой и Серебряной книг в качестве меры ответственности за просрочку выполнения работ.

Целью заранее оцененных убытков является обеспечение получения добросовестной стороной фиксированной денежной компенсации в случае нарушения договора, допущенного другой стороной, размер которой основан на прогнозном расчете убытков от потенциального нарушения, но не обусловлен фактическим размером ущерба [18]. В России заранее оцененные убытки применяются, о чем свидетельствует опубликованная судебная практика. Однако эта практика

не однозначна. Возможны случаи, когда суды, истолковывая заранее оцененные убытки согласно ст. 15 ГК РФ, могут потребовать от истцов доказывания размера фактически причиненного ущерба: «... Пунктом 1 ст. 15 ГК РФ предусмотрено право сторон в договоре ограничить размер возмещаемых убытков, но не согласовать и заранее оценить их размер»⁵. Это в корне противоречит природе заранее оцененных убытков в качестве защиты в «материнской» национальной правовой системе. Для достижения цели получения компенсации в фиксированном размере, не связанной с размером ущерба, в условиях российского права целесообразней использовать исключительную неустойку.

Таким образом, Разъяснения ориентируют на внесение в типовые договоры положений, исключающих применение средств защиты, не обладающих свойством исполнимости по российскому праву, и на применение средств защиты и мер ответственности, известных отечественному законодательству и достигающих ту же цель, что и «исключаемые» средства и меры.

Рассматриваемая группа рекомендаций не восприимчива к критериям информационных издержек и оппортунистического поведения, поскольку не оказывает непосредственного влияния на указанные параметры договорных отношений сторон. Но, очевидно, что предлагаемые решения по адаптации условий типовых договоров направлены на устранение риска неблагоприятных имущественных последствий, вызванных невозможностью для добросовестной стороны договора защитить свои права и законные интересы, подвергнутые нарушению действиями другой стороны.

5. *Корректировки, направленные на обеспечение исполнимости процедур урегулирования договорных споров.* Последняя группа корректировок относится к процессуальным положениям типовых договоров: условиям, устанавливающим процедуры урегулирования спорных ситуаций. Ряд этих условий идет вразрез с материальным и процессуальным законодательством. Например, п. 21.7 Желтой и Серебряной книг предусматривает право заинтересованной стороны обратиться в арбитраж или суд с требованием о принудительном исполнении решения Комиссии по предотвращению споров и адьюдикации (*Dispute Avoidance and Adjudication Board*) – органа, создаваемого сторонами для досудебного урегулирования спорных ситуаций. Однако отечественное процессуальное законодательство не предусматривает полномочия третейских и государственных судов на принятие подобных решений.

Еще одним примером являются правила п. 20.2.7 Желтой и Серебряной книг, предусматривающие прекращение права добросовестной стороны требовать разрешения спора в случае пропуска срока на заявление о претензионном поводе или о юридическом обосновании своего требования, что противоречит принципиальным положениям отечественного законодательства о праве на судебную защиту. Разъяснения содержат рекомендации по приведению таких условий типовых договоров в соответствие с правилами о процедурах урегулирования споров, предусмотренных в российском праве.

⁵ Решение МКАС при ТПП РФ от 22.06.2012 по делу № 49/2011 // КонсультантПлюс.
46

Корректирующие решения, относящиеся к данной группе, не восприимчивы к критерию информационных издержек. В отношении оппортунистического поведения дать однозначную оценку не представляется возможным. Так, исключение пресекающего срока на заявление о претензионном поводе и предоставление юридического обоснования требования, с одной стороны, способны исключить случаи формального отказа от удовлетворения имущественных требований, основанных на реальном нарушении прав стороны договора, а с другой – позволяют управомоченной стороне оттягивать срок обращения с требованием для искусственного увеличения размера компенсации. Что касается критерия риска освобождения от ответственности, методические рекомендации в указанной части, предусматривая договорные процедуры урегулирования спорных ситуаций в законное русло, снижают риски невозможности добиться принудительного исполнения обязанности недобросовестной стороной.

Краткое изложение результатов оценки корректирующих решений по адаптации условий типовых договоров к российскому праву с точки зрения критериев экономического анализа права приведено в таблице.

Оценка корректирующих решений по адаптации условий типовых договоров к российскому праву по отношению к критериям экономического анализа права

№ п/п	Группа рекомендаций по адаптации	Информационные издержки	Оппортунизм	Риски освобождения от ответственности
1	Корректировки, направленные на исключение вмешательства в оперативно-хозяйственную деятельность сторон	+	+/-	0
2	Корректировки, направленные на расширение сферы применения согласительных процедур	-	+	+
3	Корректировки, направленные на обеспечение исполнимости условий о сдаче-приемке результатов работ	0	0	-
4	Корректировки, направленные на обеспечение исполнимости условий о средствах защиты прав сторон	0	0	+
5	Корректировки, направленные на обеспечение исполнимости процедур урегулирования договорных споров	0	+/-	+

Примечание: «+» – улучшение по критерию; «-» – ухудшение по критерию; «0» – невосприимчивость к критерию.

Источник: составлено авторами.

Итак, из таблицы следует, что выделенные группы корректирующих решений наиболее восприимчивы к критерию риска освобождения от ответственности, наименее – к информационным рискам, а чаще всего встречается неоднозначная оценка по критерию оппортунистического поведения. Кроме того, в двух случаях оценка корректирующих решений свидетельствует об их экономической неэффективности. Однако эти результаты не следует воспринимать как свидетельство просчетов, допущенных при создании методических документов.

Напомним, что корректирующие решения, предлагаемые в Разъяснениях, приводят в соответствие нормам гражданского законодательства содержание условий типовых договоров. Следовательно, во-первых, если корректировки, соответствующие закону, не соответствуют критериям эффективности с точки зрения экономики права, то и нормы законодательства так же не обладают таким соответствием; во-вторых, гражданское законодательство строится не только на идее экономической эффективности, но и на иных принципиальных положениях, в частности на идеях справедливости, разумности и добросовестности, а эти идеи и принципы часто интенционально не совпадают.

Заключение

Проведенное исследование показало важность оценки эффективности регулятивного воздействия, поскольку отказ или игнорирование учета его последствий может негативно отразиться на подрядных отношениях и национальной инвестиционно-строительной индустрии в целом.

Максимизируют ли анализируемые Разъяснения эффективность регулятивного воздействия типовых договоров FIDIC в условиях российского права? Вопрос, на который отсутствует однозначный ответ. По критерию риска освобождения от договорной ответственности нами обнаружено, что три из пяти групп корректировок решают проблему распределения этого риска освобождения, тем самым способствуя положительному эффекту, так как стоимость и ожидаемая полезность инвестиционно-строительного проекта не ухудшатся. Ожидается неоднозначность оценки по критерию оппортунистического поведения: для инвестиционно-строительного проекта характерны продолжительные взаимоотношения между множеством участников, а предмет договора чаще всего связан со специфическими активами; считается, что чем короче срок исполнения, меньше заинтересованных сторон и более распространенный предмет договора, тем ниже отрицательный эффект этого критерия. Тем не менее Разъяснения способствуют нивелированию оппортунистического поведения за счет улучшения по критериям «риск освобождения от ответственности» (по группе корректировок, направленных на обеспечение исполнимости процедур урегулирования договорных споров) и «информационные издержки» (по группе корректировок, направленных на исключение вмешательства в оперативно-хозяйственную деятельность сторон). Наконец, по критерию информационных издержек Разъяснения (в трех из пяти групп корректировок) демонстрируют невосприимчивость к оценке.

Использованный перечень критериев оценки правовых норм и их эффективности не претендует на всеобъемлющий и заверченный характер. Разумно про-

должить как исследование по критериям оценки правовых норм, так и совершенствование инструментов адаптации. Значимость полученных результатов исследования определяется разработкой подхода к оценке регулятивного воздействия инструментов адаптации на основе критериев и положений экономики права. Анализ Разъяснений свидетельствует о возможности их использования заинтересованными лицами в области развития экспорта строительных услуг.

Список источников

1. Беккер Г.С. Человеческое поведение: экономический подход. Избранные труды по экономической теории: пер с англ. Москва: ГУ ВШЭ, 2003. 672 с.
2. Бьюкенен Дж.М. Сочинения: пер. с англ. Серия: «Нобелевские лауреаты по экономике», Т. 1 // Фонд экономической инициативы. Москва: Таурис Альфа, 1997. 560 с.
3. Веблен Т. Теория праздного класса. Изд. 5-е. Москва: Книжный дом «ЛИБРОКОМ», 2017. 368 с.
4. Коммонс Дж.Р. Правовые основания капитализма / пер. с англ. А. Апполонова, А. Маркова. Москва: Изд-во Высшей школы экономики, 2011. 416 с.
5. Меркуро Н., Медема С. Экономическая теория и право: от Познера к постмодернизму и далее / пер. с англ. Т. Шишковой. Москва: Институт Гайдара, 2019. 648 с.
6. Норт Д., Уоллис Д., Вайнгаст Б. Насилие и социальные порядки. Концептуальные рамки для интерпретации письменной истории человечества / пер. с англ. Д. Уэланера, М. Маркова, Д. Раскова, А. Расковой. Москва: Институт Гайдара, 2011. 480 с.
7. Одинцова М.И. Экономика права. Москва: Изд. дом ГУ ВШЭ, 2007. 430 с.
8. Основные положения гражданского права: постатейный комментарий к статьям 1–16.1 Гражданского кодекса Российской Федерации. Москва, 2020. 1469 с.
9. Проблемы общей теории права и государства: учебник для вузов. Москва: Норма, 2002. С. 489.
10. Уильямсон О.И. Экономические институты капитализма: Фирмы, рынки, «отношенческая» контрактация / пер. с англ. Ю.Е. Благова, В.С. Катъкало, Д.С. Славнова [и др.]. Санкт-Петербург: Лениздат; CEV Press, 1996. 702 с.
11. Calabresi G. The Costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis. New Haven, 1970. 340 p.
12. Coase R.H. The Firm, the Market, the Law. Chicago, 1990. 217 p.
13. Conditions of Contract for EPC / Turnkey Projects (Silver Book). 2-nd edition. Geneva, 2017. 102 p.
14. Conditions of Contract for Plant and Design Build (Yellow Book). 2-nd edition. Geneva, 2017. 109 p.
15. Cortado Roy E. Subjective Value, Time Passage, and the Economics of Harmful Effects // Hamline Law Review. 1989. Vol. 12, no. 2. P. 229–244.
16. Nutter G.W. Political Economy and Freedom: A Collection of Essays Illustrated Edition. Carmel, 1983. 328 p.
17. Posner R.A. Economic Analysis of Law. New York, 2011. 1009 p.
18. Stone R. The Modern Law of Contract. 5-th edition. London: Cavendish Publishing, 2002. P. 452, 453.

References

1. Becker G.S. Human behavior: An economic approach. Selected works on economic theory: per. Moscow: GU HSE; 2003. 672 p.

2. Buchannen J.M. Writings: per. With English. Series: "Nobel Laureates in Economics," T. 1. *Economic Initiative Fund*. Moscow: Taurus Alpha; 1997. 560 p.
3. Veblen T. Idle class theory. Ed. 5th. Moscow: Book House "LIBROCOM," 2017. 368 p.
4. Commons J.R. Legal grounds of capitalism / per. With the English. A. Appolonova, A. Markov. Moscow: Publishing House of the Higher School of Economics; 2011. 416 p.
5. Mercurio N., Medema S. Economic theory and law: from Posner to postmodernism and further/trans. With the English T. Shishkova. Moscow: Gaidar Institute; 2019. 648 p.
6. North D., Wallis D., Weingast B. Violence and social order. Conceptual framework for the interpretation of the written history of mankind / trans. With the English. D. Welaner, M. Markov, D. Raskov, A. Raskova. Moscow: Gaidar Institute; 2011. 480 p.
7. Odintsova M.I. Economics of law. Moscow: Ed. House of the Higher School of Economics; 2007. 430 p.
8. The main provisions of civil law: article commentary on Articles 1-16.1 of the Civil Code of the Russian Federation. Moscow; 2020. 1469 p.
9. Problems of the general theory of law and state: a textbook for universities. Moscow: Norma; 2002. P. 489.
10. Williamson O.I. Economic institutions of capitalism: Firms, markets, "relative" contracting / trans. With English. J.E. Blagova, V.S. Katkalo, D.S. Slavnova [et al.]. St. Petersburg: Lenizdat; CEV Press; 1996. 702 p.
11. Calabresi G. The Costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis. New Haven; 1970. 340 p.
12. Coase R.H. The Firm, the Market, the Law. Chicago; 1990. 217 p.
13. Conditions of Contract for EPC / Turnkey Projects (Silver Book). 2-nd edition. Geneva; 2017. 102 p.
14. Terms of Contract for Plant Construction and Design (Yellow Book). 2nd edition. Geneva; 2017. 109 p.
15. Cortado Roy E. Subjective Value, Time Passage and Review of the Economics of Harmful Consequences. *Hamlin's Law*. 1989; 12 (2): 229–244.
16. Political Economy and Freedom: A Collection of Essays Illustrated Edition. Carmel; 1983. 328 p.
17. Posner R. A. Economic analysis of law. New York; 2011. 1009 p.
18. Stone R. Modern contract law. 5th edition. London: Cavendish Publishing; 2002. P. 452, 453.

Информация об авторах:

Варавенко Виктор Евгеньевич, канд. юрид. наук, доцент, доцент кафедры гражданско-правовых дисциплин ВВГУ, г. Владивосток. E-mail: vevaravenko@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6053-0394>

Нязова Марина Валентиновна, канд. экон. наук, доцент, доцент кафедры гражданско-правовых дисциплин ВВГУ, г. Владивосток. E-mail: marina.niazova@vvsu.ru. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5638-6959>

DOI: <https://doi.org/10.24866/VVSU/2949-1258/2022-4/035-050>

Дата поступления:
08.11.2022

Одобрена после рецензирования:
09.11.2022

Принята к публикации:
15.11.2022