

Міністерство освіти і науки України
Національний університет
«Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

Цивільне право

Підручник

У двох томах

Том 2

За редакцією професорів В. І. Борисової,
І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького

*Затверджено Міністерством освіти і науки України
як підручник для студентів вищих навчальних закладів*

Харків
«Право»
2011

ББК 67.9(4УКР)304я73
Ц58

*Затверджено Міністерством освіти і науки України
(лист № 1/11-3548 від 11 травня 2011 р.)
Рекомендовано до видання редакційно-видавничою радою Національного університету «Юридична академія України
імені Ярослава Мудрого»
(протокол № 2 від 28 березня 2011 р.)*

Рецензенти:

- Н. С. Кузнєцова** — професор, доктор юридичних наук, академік НАПрН України;
В. В. Луць — професор, доктор юридичних наук, академік НАПрН України;
І. М. Кучеренко — старший науковий співробітник, доктор юридичних наук

Укладач предметного покажчика – **В. І. Борисова**

Цивільне право : підручник : у 2 т. / В. І. Борисова (кер. авт. кол.), Л. М. Баранова, Т. І. Бєгова та ін.; за ред.

В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького – Х. : Право. – 2011. – Т. 2. – 816 с.

ISBN 978-966-458-201-5

ISBN 978-966-458-203-9 (т. 2)

У другому томі підручника висвітлюються загальні положення про договір, про зобов'язання та їх окремі види – договірні та недоговірні.

Для студентів, аспірантів і викладачів вищих навчальних юридичних закладів освіти, а також наукових і практичних працівників.

ББК 67.9(4УКР)304я73

© Борисова В. І., Баранова Л. М., Бєгова Т. І. та ін., 2011

© «Право», 2011

КОЛЕКТИВ АВТОРІВ

- Л. М. Баранова**, кандидат юридичних наук, доцент — гл. 34 (у співавт. з О. П. Печеним та С. Є. Сиротенко); гл. 36 § 4; гл. 40 (§ 3; § 4; § 6);
- Т. І. Бєгова**, кандидат юридичних наук, доцент — гл. 60;
- А. Г. Бірюкова**, кандидат юридичних наук, доцент — гл. 58 § 2; 3;
- В. І. Борисова**, кандидат юридичних наук, професор — гл. 36 (§ 1; 2); гл. 40 § 2; гл. 43 § 1; 3;
- М. В. Домашенко**, кандидат юридичних наук, доцент — гл. 46;
- І. В. Жилінкова**, доктор юридичних наук, професор — глави 45; 49; 50;
- Р. М. Замуравкіна**, асистент — гл. 41;
- В. М. Ігнатенко**, кандидат юридичних наук, доцент — глави 65; 66; 67; 68;
- С. В. Казанцев**, асистент — гл. 37; гл. 40 § 7;
- Н. В. Коробцова**, кандидат юридичних наук, доцент — гл. 33 (у співавт. з О. П. Печеним); глави 62; 63; 64;
- В. І. Крат**, кандидат юридичних наук, доцент — гл. 31;
- С. В. Кривобок**, кандидат юридичних наук, доцент — гл. 36 § 3; гл. 40 § 5; гл. 51 § 4;
- В. М. Крижна**, кандидат юридичних наук, доцент — гл. 43 § 4 (у співавт. з В. Л. Яроцьким); гл. 44 (у співавт. з В. Л. Яроцьким); глави 59; 61;
- В. В. Новікова**, кандидат юридичних наук, доцент — гл. 47;
- Я. В. Новохатська**, кандидат юридичних наук, доцент — гл. 30;
- М. М. Мороз**, кандидат юридичних наук, доцент — гл. 40 § 1;

Введіть текст

- О. П. Печений,** кандидат юридичних наук, доцент — гл. 33 (у співавт. з Н. В. Коробцовою); гл. 34 (у співавт. з Л. М. Барановою та С. Є. Сиротенко); гл. 43 § 2;
- С. Н. Приступа,** кандидат юридичних наук, доцент — гл. 69 § 1–11;
- І. Й. Пучковська,** кандидат юридичних наук, доцент — глави 32; 38; 39;
- С. Є. Сиротенко,** асистент — гл. 34 (у співавт. з Л. М. Барановою та О. П. Печеним); гл. 56, гл. 58 § 1; 4; 5; гл. 69 § 12;
- О. М. Соловійов,** кандидат юридичних наук, доцент — гл. 36 § 6; глави 42; 53;
- І. В. Спасибо-Фатєєва,** доктор юридичних наук, професор — гл. 51 (§ 1; § 2; § 3);
- О. А. Сурженко,** кандидат юридичних наук, доцент — гл. 36 § 5;
- В. Ю. Чуйкова,** кандидат юридичних наук, доцент — гл. 70;
- О. А. Явор,** кандидат юридичних наук, доцент — гл. 36 § 7;
- В. П. Янишен,** кандидат юридичних наук, доцент — глави 52; 54; 55; 57;
- В. Л. Яроцький,** доктор юридичних наук, професор — гл. 43 § 4 (у співавт. з В. М. Крижною), гл. 44 (у співавт. з В. М. Крижною); гл. 48

Скорочення

- ЦК — Цивільний кодекс України
ЦК УРСР — Цивільний кодекс Української РСР
ГК — Господарський кодекс України
ЦПК — Цивільний процесуальний кодекс
ГПК — Господарський процесуальний кодекс України
СК — Сімейний кодекс України
ЗК — Земельний кодекс України
ПК — Повітряний кодекс України
КТМ — Кодекс торгового мореплавства України

РОЗДІЛ VII

ЗОБОВ'ЯЗАЛЬНЕ ПРАВО. ЗАГАЛЬНІ ПОЛОЖЕННЯ

ГЛАВА 30

ЗОБОВ'ЯЗАЛЬНЕ ПРАВО І ЗОБОВ'ЯЗАННЯ

§ 1. Поняття зобов'язального права

Зобов'язальне право є найбільшою підгалуззю цивільного права. Норми зобов'язального права регулюють відносини майнового обороту, що виникають при переході матеріальних та інших благ в економічній формі товару від однієї особи до іншої.

Зобов'язальне право опосередковує увесь спектр відносин, пов'язаних з переміщенням майна зі сфери виробництва до сфери споживання, тим самим надаючи економічному обороту форми обороту цивільно-правового. Норми зобов'язального права опосередковують відносини щодо придбання майна у власність, передачі майна у користування, виконання робіт, надання послуг, використання об'єктів права інтелектуальної власності та ін. Так, норми зобов'язального права визначають порядок переходу майна від продавця до покупця за договором купівлі-продажу; від наймодавця до наймача за договором найму; порядок виконання підрядником робіт за договором підряду; надання послуг за договорами про надання послуг тощо.

Зобов'язальним правом регулюються виключно відносини економічного обороту, тобто ті, що виникають при переході від однієї особи до іншої таких матеріальних та інших благ, які набули *форми товару*. Товарної форми можуть набувати не тільки речі, а й інші види об'єктів, наприклад, послуги, майнові права, деякі нематеріальні блага, зокрема результати творчої діяльності, інформація тощо. Зазвичай не набувають економічної форми товару речі, що передаються одними членами сім'ї іншим для споживання, у користування тощо, а також їх роботи та послуги щодо перевезення, ведення домашнього господарства, по догляду за дітьми, хворими членами сім'ї тощо. Тому побутові відносини між членами сім'ї не регулюються зобов'язальним правом. У вказаних осіб не виникає суб'єктивних цивільних прав вимагати один від одного передання речей, виконання робіт і надання послуг такого роду, а також відповідних юридичних обов'язків.

Проте це не означає, що переміщення матеріальних благ між членами сім'ї не може породжувати відносини економічного обороту.

Це можливо, якщо матеріальні блага, що переходять від одного члена сім'ї до іншого, виступають у формі товару. Так, члени сім'ї нерідко укладають між собою різного роду договори щодо передання майна у власність або у користування, договори позики тощо.

Зобов'язальні правовідносини становлять чи не найбільший пласт цивільно-правових відносин. Вони характеризуються низкою відмінних *ознак*, що виокремлюють їх серед інших суспільних відносин. Питання

про особливості зобов'язальних правовідносин бере свій початок у проблемі дуалізму цивільного права, тобто його поділу на речове і зобов'язальне. Цей поділ простежується з римських часів і отримує найбільш завершений вигляд у правових системах континентального права пандектного типу, до яких належить і правова система України. У зв'язку з цим особливості зобов'язальних правовідносин закономірно виявляти у порівнянні їх із речовими.

По-перше, речові правовідносини опосередковують приналежність майна певній особі на праві власності або іншому речовому праві і цим уособлюють *статичку* відносин, що регулюються цивільним правом. Зобов'язальні правовідносини, на відміну від речових, опосередковують переміщення майнових благ від однієї особи до іншої, а тому становлять *динаміку* відносин, що входять до предмета цивільного права.

По-друге, речові правовідносини є *абсолютними*, оскільки їх суб'єктний склад невизначений: власнику (іншому титульному володільцеві) протистоїть необмежене коло осіб, зобов'язаних утримуватися від порушення права власності (іншого речового права). Суб'єктний склад усіх зобов'язальних правовідносин, навпаки, завжди конкретизований: особа має право по відношенню до іншої, чітко визначеної, особи, яка перед нею зобов'язана. Іншими словами, зобов'язальним правовідносинам властива чітка персоніфікація суб'єктного складу, вони юридично пов'язують лише конкретних осіб. Тому їх характеризують як *відносні* правовідносини.

По-третє, речові і зобов'язальні правовідносини різняться за юридичними об'єктами. Об'єктом речових правовідносин є *речі*. Юридичним об'єктом зобов'язальних правовідносин виступає *поведінка зобов'язаної особи*, а його матеріальним об'єктом виступає певне майнове благо. Тобто такі відносини дійсно нерідко виникають з приводу майнових благ, включаючи речі, однак безпосередньо на блага вони не спрямовані.

Звідси випливає четверта відмінність, що корениться у сутності суб'єктивних прав у речових і зобов'язальних правовідносинах. Речові правовідносини закріплюють можливість особи безпосередньо панувати над річчю, виключаючи сторонній вплив на неї. Вони встановлюють безпосереднє відношення особи до речі, надають можливість використовувати її у власних інтересах без участі інших осіб. Тобто особа має *право на власні дії*. У зобов'язальних правовідносинах уповноважена особа може задовольнити свій інтерес лише через дії зобов'язаної особи. Хоча вступаючи до таких правовідносин особа може мати за кінцеву мету отримання майна, її право завжди спрямоване на конкретну особу — це право вимоги, право на задоволення майнового інтересу за допомогою дій іншої особи. Отже, суб'єктивне право у зобов'язальних правовідносинах за своєю сутністю є *правом на дії іншої особи*.

Незважаючи на вказані суттєві відмінності, речові і зобов'язальні правовідносини є тісно пов'язаними між собою, оскільки нерідко становлять передумову виникнення одне одного, а відповідно і цивільно-правового обороту в цілому.

Учасники майнового обороту можуть надавати своїм відносинам залежно від їхнього типу різної юридичної форми. Наприклад, при передачі майна у власність може бути укладено договір купівлі-продажу, а у користування — договір найму. Якщо йдеться про оплатне відчуження майна, вони можуть обрати договір міни, а якщо про безоплатне — договір дарування. При цьому відносини одного типу залежно від потреб їх учасників можуть набувати різного юридичного оформлення. Зобов'язання щодо користування чужим майном можуть виникати з таких різновидів договору найму, як прокат, лізинг та ін. Зобов'язання щодо виконання робіт можуть виникати з таких різновидів договору підряду, як побутовий підряд, будівельний підряд, підряд на проектні та пошукові роботи, договір на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт тощо. Економічні зв'язки учасників майнового обороту можуть будуватися за типовими для них юридичними моделями або на змішаних началах, що поєднують різні типи зобов'язань.

Норми зобов'язального права спрямовуються на регулювання не лише нормальних майнових зв'язків суб'єктів, а й на усунення негативних наслідків, що виникають у результаті порушення суб'єктивних прав особи. У цьому випадку виникають зобов'язання з відшкодування шкоди, створення загрози життю, здоров'ю чи майну іншої особи, набуття або збереження майна без достатньої правової підстави.

Відносини майнового обороту відрізняються різноманіттям, що з часом тільки збагачується, і відповідно вимагають ретельного цивільно-правового регулювання. Цим пояснюється той факт, що норми зобов'язального права переважають у кількісному відношенні в Цивільному кодексі України, а також становлять вагомий складову інших актів цивільного законодавства.

Зобов'язальне право як підгалузь цивільного права має власну розгалужену *систему*, яка розширюється та ускладнюється в процесі розвитку потреб учасників майнового обороту. Воно поділяється на *Загальну* та *Спеціальну частини*, що складаються з численних інститутів та субінститутів. Загальна частина зобов'язального права включає загальні положення про зобов'язання (поняття зобов'язання, підстави виникнення, способи та забезпечення виконання, підстави припинення, правові наслідки порушення зобов'язань), а також загальні положення про договір (поняття та умови договору, порядок його укладення, зміни і розірвання), який становить найпоширенішу підставу виникнення зобов'язань. Ці загальні правила поширюються на всі види зобов'язань.

Кожний вид зобов'язань має свої особливості, що зумовлює їх відносну самостійність та існування окремих інститутів та субінститутів зобов'язального права. Положення стосовно окремих видів зобов'язань становлять Спеціальну частину зобов'язального права. Більшість з них встановлено на регулювання відносин, які виникають на підставі різного роду договорів, і в своїй сукупності становлять договірне право. Інші положення Спеціальної частини регламентують правовідносини, що виникають з односторонніх правомірних або неправомірних дій (деліктів), і становлять окремий інститут недоговірних зобов'язань. Такі зобов'язання є формою цивільно-правової відповідальності за правопорушення, що становлять відхилення від норми, нормальних економічних зв'язків. Тому їх відокремлено від інших зобов'язань і поєднано в Цивільному кодексі України в самостійний підрозділ.

§ 2. Поняття та види зобов'язань

Зобов'язання передусім є цивільними правовідносинами. Відповідно до ст. 509 ЦК *зобов'язанням* є правовідношення, в якому одна сторона (боржник) зобов'язана вчинити на користь другої сторони (кредитора) певну дію (передати майно, виконати роботу, надати послугу, сплатити гроші тощо) або утриматися від певної дії, а кредитор має право вимагати від боржника виконання його обов'язку.

Зобов'язання, як і будь-яке правовідношення, становлять такі елементи: суб'єкти, об'єкт і зміст. *Суб'єктами зобов'язання* є його сторони: управомочена сторона — *кредитор* і зобов'язана сторона — *боржник*. У деяких зобов'язаннях один із суб'єктів виступає виключно як кредитор, інший — виключно як боржник. Наприклад, у договорі позики позикодавець є виключно кредитором, а позичальник — виключно боржником. Однак у переважній більшості випадків кожний із суб'єктів зобов'язання є водночас і кредитором, і боржником. Так, відповідно до ч. 3 ст. 510 ЦК якщо кожна із сторін зобов'язання має одночасно і права, і обов'язки, вона вважається боржником у тому, що вона зобов'язана вчинити на користь другої сторони, і одночасно кредитором у тому, що вона має право вимагати від неї. Наприклад, у договорі купівлі-продажу обидва продавець і покупець виступають і кредиторами, і боржниками одночасно.

Сторонами у зобов'язанні можуть виступати як фізичні, так і юридичні особи приватного та публічного права, тобто всі учасники цивільних відносин, зазначені в ст. 2 ЦК. Разом з тим норми актів цивільного законодавства можуть містити певні обмеження щодо суб'єктного складу окремих видів зобов'язань. Вказане

головним чином стосується зобов'язань, які виникають на підставі договору. Це означає, що особи мають відповідати вказаним у законі вимогам для того, щоб виступити стороною у певному виді зобов'язання. Так, у законі може міститися пряма вказівка на те, що відповідною стороною зобов'язання є тільки фізична особа (замовник за договором побутового підряду або за договором перевезення пасажирів, відчужувач майна за договором довічного утримання, відчужувач у спадковому договорі тощо). У багатьох зобов'язаннях, що стосуються окремих сфер діяльності, однією із сторін може бути тільки юридична особа, створена у визначеній організаційно-правовій формі (банк або інша фінансова установа у кредитному договорі, у договорі банківського вкладу, у договорі банківського рахунку). Право бути однією або обома сторонами у зобов'язанні в законодавстві іноді надається тільки суб'єктам підприємницької діяльності (договір роздрібної купівлі-продажу, поставки, прокату, побутового підряду, окремих видів зберігання, факторингу, комерційної концесії тощо) або пов'язується з одержанням ліцензії на здійснення певного виду діяльності (договір будівельного підряду, перевезення тощо).

На відміну від речового правовідношення, об'єктом якого є річ, юридичним об'єктом зобов'язання визнається певна поведінка зобов'язаної особи. Іншими словами, об'єктом зобов'язання є дія, здійснення якої (або утримання від якої) кредитор має право вимагати від боржника. При цьому першочергового значення набуває саме активна поведінка боржника, покладення на боржника обов'язку щодо здійснення ним відповідних дій. Пасивна поведінка боржника (утримання від вчинення певних дій) зазвичай виступає лише доповненням або наслідком його активної поведінки і вважається такою, що не може бути самостійним юридичним об'єктом зобов'язання.

У зобов'язанні виділяють окрім юридичного *матеріальний об'єкт*. Ним виступає певне матеріальне благо, з приводу якого суб'єкти вступають у зобов'язальні правовідносини і яке становить безпосередній інтерес для управомоченої сторони.

У зобов'язанні може бути декілька юридичних і матеріальних об'єктів. Якщо обидва суб'єкти виступають у зобов'язанні одночасно як кредитор і боржник, то в ньому буде два юридичні об'єкти — дії кожного суб'єкта, здійснення яких (або утримання від яких) вправі вимагати від нього інший суб'єкт зобов'язання. У ряді зобов'язань при наявності двох юридичних об'єктів існує тільки один матеріальний об'єкт (насамперед у безоплатних зобов'язаннях). Однак здебільшого у зобов'язаннях з двома юридичними об'єктами є два матеріальні об'єкти. Наприклад, у договорі найму двом юридичним об'єктам (передача наймодавцем майна наймачу та передача наймачем оплати за користування цим майном наймодавцю) відповідають два матеріальні об'єкти — майно, яке надається у користування, і гроші, що передаються як плата за користування цим майном.

Зміст зобов'язання, як і будь-якого цивільного правовідношення, включає суб'єктивне право і відповідний йому обов'язок. Суб'єктивне право, що належить управомоченій стороні у зобов'язанні (кредитору), називають *правом вимоги*, а відповідний йому обов'язок зобов'язаної сторони (боржника) — *боргом*. Отже, зміст зобов'язання становлять права та обов'язки його сторін.

Термін «зобов'язання» застосовується в юридичній літературі та законодавстві як для позначення зобов'язального правовідношення в цілому, так і для позначення окремо обов'язку боржника (боргу). Проте такий підхід важко визнати коректним, оскільки поняття «зобов'язання» та «обов'язок» не є тотожними. По-перше, обов'язок боржника, поряд із правом кредитора, є лише однією зі складових змісту зобов'язання як правовідношення. По-друге, зобов'язання як правовідношення та як обов'язок боржника здебільше виникають неодноразово. Наприклад, зобов'язальне правовідношення з договору виникає від моменту укладення договору, у той час як виникнення певного обов'язку у боржника може пов'язуватися з настанням встановленого терміну виконання зобов'язання.

Термін «зобов'язання» нерідко використовується також для позначення явищ, які відрізняються за своєю сутністю від поняття зобов'язання в цивільному праві. Так, цей термін застосовується до податкових та адміністративних правовідносин. Такий підхід видається невиправданим. Зобов'язання слід відмежовувати від інших суміжних понять, що існують в інших галузях права або законодавства. При цьому слід враховувати його майновий зміст, а також особливості зв'язку між його сторонами. Сутність зобов'язання в першу чергу полягає у праві вимоги кредитора і тільки потім у відповідному обов'язку боржника. Тобто вирішальне значення для юридичного змісту зобов'язання набуває саме надана управомоченому суб'єктові можливість вимагати певної поведінки від зобов'язаної особи. В інших галузях права у суміжних із зобов'язанням явищах, навпаки, під акцентом перебуває обов'язок однієї зі сторін у правовідносинах, тому для останніх більш прийнятним видається застосування терміна «обов'язок», а не зобов'язання.

Різноманітність та широка сфера застосування зобов'язань зумовлює необхідність їх класифікації. Класифікацією зобов'язань є їх поділ на типи, підтипи, види та інші класифікаційні утворення залежно від певних критеріїв. Здійснення класифікації дає можливість визначити загальні положення щодо того чи іншого виду зобов'язань, основні риси та суттєві ознаки зобов'язання, а отже, і його місце в системі зобов'язань, що значно спрощує кваліфікацію конкретного зобов'язання в правозастосовній діяльності.

Для побудови системи зобов'язань у науці цивільного права використовують багатоступінчастий принцип. Спочатку виокремлюють тип як родове поняття, складовими елементами якого виступають менші за обсягом класифікаційні утворення — підтипи, види, підвиди тощо.

Для поділу зобов'язань використовують різні класифікаційні критерії.

Залежно від підстави виникнення зобов'язання поділяють на *договірні* та *недоговірні*. Договірне зобов'язання виникає на підставі договору, який представляє спільну волю його сторін на досягнення правового результату майнового або немайнового характеру (наприклад, зобов'язання з договору купівлі-продажу, ренти, страхування тощо). Недоговірне зобов'язання виникає на підставі правомірних односторонніх дій (правочинів чи юридичних вчинків) або неправомірних дій особи, за якими наслідки настають незалежно або всупереч її волі (наприклад, зобов'язання із заподіяння шкоди, з публічної обіцянки винагороди тощо). На відміну від договірних зобов'язань, зміст яких визначається сторонами на власний розсуд (ст. 6 ЦК), зміст недоговірних зобов'язань визначений імперативними приписами закону і не може бути змінений сторонами зобов'язання.

У ЦК здійснено поділ зобов'язань на групи залежно від їх юридичної направленості: а) зобов'язання щодо передачі майна у власність; б) зобов'язання щодо передачі майна у користування; в) зобов'язання щодо виконання робіт; г) зобов'язання щодо надання послуг;

г) зобов'язання щодо розпорядження правами інтелектуальної власності; д) зобов'язання, що виникають з багатосторонніх правочинів, тощо. Основне значення цієї законодавчо закріпленої класифікації полягає в розташуванні нормативного матеріалу в послідовності, найзручнішій для практичного застосування.

Залежно від виконуваної функції зобов'язання поділяють на *регулятивні* та *охоронні*. До регулятивних належать всі види договірних та окремі види недоговірних зобов'язань (глави 78–80 ЦК). До охоронних зобов'язань належать інші види недоговірних зобов'язань (глави 81–83 ЦК).

Залежно від концентрації прав та обов'язків суб'єктів зобов'язання останні поділяють на *односторонні* та *двосторонні (взаємні)*. В односторонніх зобов'язаннях одна сторона має тільки права і виступає виключно як кредитор, а інша — тільки обов'язки і виступає виключно як боржник. Прикладом одностороннього зобов'язання може бути зобов'язання із заподіяння шкоди, в якому потерпілий виступає кредитором, а заподіювач шкоди — боржником. У двосторонніх зобов'язаннях кожний із суб'єктів має і права, і обов'язки і виступає одночасно і кредитором, і боржником (ч. 3 ст. 510 ЦК). Двосторонні зобов'язання ще йменують

взаємними, оскільки в них завжди присутня взаємність дій сторін, тобто взаємність виконання. Іноді такі дії є тісно пов'язаними і виконання однієї зі сторін перебуває у залежності від виконання іншої сторони. Наприклад, у зобов'язанні з договору підряду підрядник не може приступити до виконання роботи, якщо замовник не виконав свого обов'язку щодо надання матеріалів (якщо робота виконується з матеріалів останнього).

Залежно від характеру поведінки боржника виділяють **зобов'язання з позитивним та негативним змістом**. У зобов'язаннях з позитивним змістом боржник зобов'язаний до вчинення певної активної дії. У зобов'язаннях з негативним змістом обов'язок боржника полягає, навпаки, в утриманні від певних дій. Слід зауважити, що поділ зобов'язань на зазначені види є досить умовним, оскільки існування зобов'язань з самостійним негативним змістом є нетиповим для цивільного обороту. Зазвичай обов'язок боржника утримуватися від певних дій є поєднаним з іншими його обов'язками, що передбачають активну поведінку.

Залежно від цільового призначення зобов'язання поділяють на **основні** та **додаткові (акцесорні)**. Додаткові зобов'язання призначені для забезпечення виконання основного зобов'язання. Вони є спеціальними забезпечувальними засобами, які застосовуються лише до тих зобов'язань, для яких їх спеціально встановлено законом або домовленістю сторін. Забезпечення виконання зобов'язання стимулює боржника до належного виконання ним основного зобов'язання, оскільки в іншому випадку на нього буде покладено додаткові майнові обтяження. До додаткових зобов'язань належать зобов'язання щодо неустойки, поруки, завдатку, застави, притримання (ч.1 ст. 546 ЦК). Додаткові зобов'язання мають допоміжний і залежний характер. Їх юридична доля залежить від основного зобов'язання. Насамперед це означає, що дійсність та існування додаткового зобов'язання визначається дійсністю та існуванням основного зобов'язання, а не навпаки. За загальним правилом недійсність основного зобов'язання (вимоги) спричиняє недійсність правочину щодо його забезпечення (ч. 2 ст. 548 ЦК). І навпаки, недійсність правочину щодо забезпечення виконання зобов'язання не спричиняє недійсність основного зобов'язання (ч. 3 ст. 548 ЦК). У разі припинення основного зобов'язання припиняється і додаткове зобов'язання. Виняток становить лише зобов'язання, що виникає між гарантом та кредитором. Згідно зі ст. 562 ЦК таке зобов'язання не залежить від основного зобов'язання, яке забезпечується гарантією.

Залежно від визначеності предмета виконання виділяють **однооб'єктні** та **альтернативні** зобов'язання. В однооб'єктних зобов'язаннях предмет виконання становить цілком визначена дія — передати річ, надати певну послугу тощо. Іноді боржнику надається можливість вибору однієї з кількох дій, а також можливість вибору щодо передачі одного з кількох предметів, передбачених договором або законом. У такому випадку йдеться про виконання альтернативного зобов'язання (ст. 539 ЦК). Наприклад, комісіонер за договором комісії може за своїм вибором набути для комітента один з двох видів товарів, які будуть у продажу.

Альтернативні зобов'язання необхідно відрізняти від **факультативних**. На відміну від перших у факультативних зобов'язаннях предмет виконання чітко визначений, однак боржник вправі його замінити при настанні певного юридичного факту. Наприклад, сторони заздалегідь можуть визначити, що річ, яка первісно є предметом зобов'язання і підлягає передачі боржником кредитору, у разі її випадкового знищення може бути замінена на інший предмет виконання — визначену грошову суму. При цьому отримувати згоду кредитора на це при настанні юридичного факту вже не потрібно.

У законодавстві встановлено спеціальні правила стосовно **грошових зобов'язань** (п. 4 ч. 1 ст. 532, статті 533–536, 625 ЦК).

Окремий вид становлять зобов'язання особистого характеру. До них належать зобов'язання, які є нерозривно пов'язаними з особою боржника або кредитора. У зобов'язаннях, які є нерозривно пов'язаними з особою боржника, виконання обов'язку боржника не може бути покладено на іншу особу. Боржник має

виконати свій обов'язок особисто (ч. 1 ст. 528 ЦК). Наприклад, нерозривно пов'язаним з особою боржника є зобов'язання щодо створення ним літературного чи художнього твору. Відповідний обов'язок не може бути виконаний іншою особою, оскільки кредитор заінтересований у результаті інтелектуальної діяльності саме боржника. Прикладом зобов'язання, що є нерозривно пов'язаним з особою кредитора, є зобов'язання про відшкодування шкоди, завданої каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю; зобов'язання щодо утримання; зобов'язання, які виникли внаслідок порушення особистих немайнових прав особи. За зобов'язанням особистого характеру не допускається правонаступництво. Тому воно припиняється смертю тієї зі сторін, з особою якої є нерозривно пов'язаним (ст. 608 ЦК).

Гострий дискусійний характер має питання про допустимість існування зобов'язань немайнового характеру. Щодо нього в науці цивільного права склалося дві основні позиції. Переважна більшість авторів обґрунтовує виключно майновий характер зобов'язальних правовідносин, оскільки останні опосередковують переміщення матеріальних благ в економічній формі товару від однієї особи до іншої. Деякі вчені вважають допустимим існування в силу відсутності заборон зобов'язань немайнового характеру. Остання позиція видається більш слушною з урахуванням сучасних реалій, коли відбувається зміна поглядів на сутність і роль нематеріальних благ у цивільному обороті. У чинному цивільному законодавстві також не виключається можливість існування зобов'язань немайнового характеру. Наприклад, набувач у спадковому договорі може бути зобов'язаний вчинити певну дію немайнового характеру до відкриття спадщини або після її відкриття (ст. 1305 ЦК).

§ 3. Підстави виникнення зобов'язань

Зобов'язальні правовідносини, як і будь-які інші цивільні правовідносини, виникають з обставин, яким законом надається значення юридичних фактів. Приблизний перелік юридичних фактів, що служать підставами для виникнення цивільних прав та обов'язків, встановлено в ст. 11 ЦК. Зобов'язання виникають із таких самих, загальних для всіх цивільних правовідносин підстав (ч. 2 ст. 509 ЦК). Найпоширенішою підставою виникнення зобов'язань є *договір*. Зобов'язання можуть виникати з договорів, які передбачено актами цивільного законодавства (купівля-продаж, дарування, найм, підряд, перевезення тощо), а також з договорів, які не передбачено цими актами, але відповідають загальним засадам цивільного законодавства (ч. 1 ст. 6 ЦК).

До інших правочинів, що можуть виступати підставами виникнення зобов'язальних правовідносин, належать *односторонні правочини*. Наприклад, одностороннім правочином, з якого виникає зобов'язання, є публічна обіцянка винагороду, оскільки особа, яка публічно обіцяла винагороду (нагороду), у разі виконання завдання і передання його результату зобов'язана її виплатити (гл. 78 ЦК).

Зобов'язальні правовідносини можуть виникати безпосередньо з *актів органів державної влади, органів влади Автономної Республіки Крим або органів місцевого самоврядування*. Оскільки за своєю юридичною природою вони є адміністративними актами, зобов'язання виникають з них тільки у випадках, встановлених актами цивільного законодавства. Зазначені акти владних органів можуть бути підставою для укладення договорів, при цьому зміст останніх має відповідати цим актам (ст. 648 ЦК). У сучасних умовах можливість виникнення зобов'язань безпосередньо з актів органів державної влади, органів влади Автономної Республіки Крим або органів місцевого самоврядування значно звузилася. Переважно вони створюють підставу виникнення зобов'язань у сукупності з іншими юридичними фактами.

Нерідко зобов'язання виникають із *неправомірних дій*, зокрема, заподіяння шкоди, набуття або збереження майна без достатньої правової підстави. Так, особа, що завдала шкоди неправомірними рішеннями, діями чи

бездіяльністю особистим немайновим правам або майну іншої особи, зобов'язана відшкодувати її в повному обсязі (гл. 82 ЦК). У свою чергу особа, яка набула або зберегла майно іншої особи без достатньої правової підстави, зобов'язана повернути потерпілому це майно (гл. 83 ЦК). Зобов'язання із неправомірних дій мають на меті досягнення правомірного результату, оскільки виникають саме задля відновлення майнового стану потерпілого.

Підставами виникнення зобов'язальних правовідносин можуть бути й *інші юридичні факти*. До них належать юридичні вчинки, які являють собою правомірні дії, що не є правочинами, але створюють правові наслідки внаслідок приписів закону. Прикладом юридичного вчинку є створення літературного, музичного або будь-якого іншого твору. У процесі створення такого твору дії автора не спрямовані на настання певних правових наслідків, однак такі наслідки виникають у силу прямого припису закону. Незалежно від бажання автора в результаті створення твору він набуває відповідних особистих та майнових авторських прав. Іншим прикладом юридичного вчинку є рятування здоров'я та життя фізичної особи, майна фізичної або юридичної особи. Особа, рятуючи здоров'я та життя фізичної особи, майно фізичної або юридичної особи, діє не задля настання певних правових наслідків. Однак такі наслідки, зокрема щодо відшкодування завданої цій особі внаслідок її дій шкоди, виникають у силу прямого припису закону.

У випадках, встановлених актами цивільного законодавства, зобов'язання можуть виникати з рішення суду, наприклад, у разі зміни договору у зв'язку з істотною зміною обставин (ч. 4 ст. 652 ЦК). Підставою виникнення зобов'язань у випадках, встановлених актами цивільного законодавства або договором, може бути настання або ненастання певної події. Наприклад, у випадку смерті особи спадкоємці зобов'язані відшкодувати розумні витрати, які були зроблені одним із них або іншою особою на утримання, догляд, лікування та поховання спадкодавця (ч. 1 ст. 1232 ЦК).

§ 4. Суб'єкти зобов'язань

Суб'єктами зобов'язання є його сторони — *кредитор* і *боржник* (ч. 1 ст. 510 ЦК).

Сторонами зобов'язання в більшості випадків є один кредитор і один боржник. Однак існують також зобов'язання, у яких може бути декілька кредиторів та/або боржників (ч. 2 ст. 510 ЦК). Йдеться про *зобов'язання з множинністю суб'єктного складу*. Виділяють три види зобов'язань з множинністю осіб: а) зобов'язання з активною множинністю осіб (декілька кредиторів та один боржник); б) зобов'язання з пасивною множинністю осіб (декілька боржників та один кредитор) та в) зобов'язання зі змішаною множинністю осіб (декілька кредиторів та декілька боржників).

Залежно від співвідношення обсягу прав або обов'язків між співкредиторами або співборжниками зобов'язання з множинністю суб'єктного складу поділяють на *часткові* та *солідарні*.

У *часткових* зобов'язаннях кожний із кредиторів має право вимагати виконання, а кожний із боржників повинен виконати обов'язок у рівній частці. У законі встановлено загальне правило щодо виконання зобов'язання в рівних частках, якщо в ньому беруть участь кілька кредиторів або боржників (ст. 540 ЦК). Тобто зобов'язання з множинністю суб'єктного складу вважається частковим, якщо інше не встановлено договором або актами цивільного законодавства.

У *солідарних* зобов'язаннях обсяг прав та обов'язків співкредиторів або співборжників визначається за значно складнішими правилами, ніж у попередньому випадку. Солідарний обов'язок або солідарна вимога виникають у випадках, встановлених договором або законом, зокрема у разі неподільності предмета зобов'язання (ст. 541 ЦК). Якщо у зобов'язанні солідарною є вимога кредиторів, кожний із співкредиторів має

право пред'явити боржникові вимогу в повному обсязі, а боржник має право виконати свій обов'язок будь-кому із співкредиторів на свій розсуд, до пред'явлення вимоги одним із них (ч. 1 ст. 542 ЦК). Солідарна вимога кредиторів може виникнути, наприклад, у разі заподіяння шкоди майну, яке належить на праві спільної власності декільком особам. У такому випадку співвласники виступатимуть у зобов'язанні із заподіяння шкоди солідарними кредиторами.

Якщо у зобов'язанні солідарним є обов'язок боржників, кредитор має право вимагати виконання обов'язку частково або в повному обсязі як від усіх боржників разом, так і від будь-кого з них окремо (ч. 1 ст. 544 ЦК). Наприклад, за загальним правилом солідарну відповідальність перед потерпілим несуть особи, спільними діями або бездіяльністю яких йому було завдано шкоди (ч. 1 ст. 1190 ЦК). Також як солідарні боржники відповідають перед кредитором боржник і поручитель у разі порушення боржником зобов'язання, забезпеченого порукою, якщо договором поруки не встановлено додаткову (субсидіарну) відповідальність поручителя (ч. 1 ст. 554 ЦК). Особи, які спільно дали поруку, відповідають перед кредитором солідарно, якщо інше не встановлено договором поруки (ч. 3 ст. 554 ЦК).

Боржник, який виконав солідарний обов'язок, має право на зворотну вимогу (*регрес*) до кожного з решти солідарних боржників у рівній частці, якщо інше не встановлено договором або законом, за вирахуванням частки, яка припадає на нього (ч. 1 ст. 544 ЦК). Внаслідок виконання солідарного обов'язку боржником між ним та іншими солідарними боржниками виникає регресне зобов'язання.

Регресне зобов'язання є наслідком існування і припинення основного зобов'язання, за яким боржник виконав обов'язок (здійснив платіж кредиторів) замість третьої особи або через її вину. Кредитором у регресному зобов'язанні стає колишній боржник за основним зобов'язанням, що припинилося внаслідок здійсненого ним виконання. А боржником у регресному зобов'язанні стає та особа, замість якої або через вину якої здійснено платіж за основним зобов'язанням. Регресне зобов'язання спрямоване на переведення сплаченої суми на особу, замість якої або через вину якої здійснено платіж за основним зобов'язанням. При цьому юридична підстава виникнення основного зобов'язання не пов'язана з виною особи, яка виступає у ньому боржником. Іншими словами, регресне зобов'язання є правовідношенням, в якому боржник зобов'язаний передати кредиторів відповідну грошову суму або майно, внаслідок передання останнім відповідної грошової суми або майна іншій особі (кредиторів за основним зобов'язанням), здійсненого замість боржника або через його вину. Отже, право вимоги кредитора в регресному зобов'язанні (регрес) за своєю природою є правом зворотної вимоги, яке виникає внаслідок виконання ним основного зобов'язання за іншу особу. Тому регресне зобов'язання має похідний від основного зобов'язання характер.

При цьому слід мати на увазі таке. По-перше, виникнення регресного зобов'язання обумовлене виконанням основного зобов'язання. По-друге, обсяг регресного зобов'язання, за загальним правилом, не може перевищувати суми (вартості майна), сплаченої (переданого) за основним зобов'язанням (ч. 1 ст. 1191 ЦК). І нарешті, за регресним зобов'язанням перебіг позовної давності починається від дня виконання основного зобов'язання (ч. 6 ст. 261 ЦК).

Водночас регресне зобов'язання є самостійним і, хоча певною мірою пов'язане з основним зобов'язанням, не може розглядатися як додаткове (акцесорне) до нього, оскільки не припиняється, а, навпаки, виникає при припиненні основного зобов'язання через його виконання.

Регресне зобов'язання виникає автоматично у випадках, чітко визначених у законі. Так, особа, яка відшкодувала шкоду, завдану іншою особою, має до неї право зворотної вимоги (регресу) у розмірі виплаченого відшкодування, якщо інший розмір не встановлений законом (ст. 1191 ЦК). Боржник, який виконав солідарний обов'язок, також має право на зворотну вимогу (регрес) до кожного з решти солідарних

боржників у рівній частці, якщо інше не встановлено договором або законом, за вирахуванням частки, яка припадає на нього (ч. 1 ст. 544 ЦК), тощо.

У житті виникають ситуації, коли боржник у силу тих або інших обставин не може виконати свого обов'язку, тому для задоволення вимог кредитора залучаються інші особи. На цій підставі в цивільному праві виокремлюють **основні** та **субсидіарні** зобов'язання.

Основне зобов'язання є необхідною передумовою *субсидіарного* зобов'язання, оскільки останнє є додатковим до нього і виникає тільки у випадку невиконання або часткового виконання основного зобов'язання. Таким чином, основне та субсидіарне зобов'язання співвідносяться як основне та додаткове. Взаємозв'язок основного та субсидіарного зобов'язань простежується у такому. Основне зобов'язання завжди виникає раніше субсидіарного зобов'язання. Субсидіарне зобов'язання виникає тоді, коли вже існує основне зобов'язання і воно не виконане боржником. Кредитором в основному й у субсидіарному зобов'язаннях є одна й та сама особа. У той час як кредитори в основному й у субсидіарному зобов'язаннях збігаються, особи боржників у них є різними. Боржником у субсидіарному зобов'язанні є інша особа, яка пов'язана з боржником в основному зобов'язанні відповідним договором або іншими відносинами, в силу яких несе за нього додаткову відповідальність. Наприклад, субсидіарне зобов'язання виникає у батьків неповнолітньої особи з приводу відшкодування заподіяної нею шкоди у разі відсутності в останньої достатнього для відшкодування майна (ст. 1179 ЦК). Договором поруки може бути встановлено додаткову (субсидіарну) відповідальність поручителя. Отже, субсидіарне зобов'язання виникає у випадках, встановлених законом або договором між особою, яка виступає кредитором в основному зобов'язанні, та іншою особою, яка в субсидіарному зобов'язанні набуває статусу боржника.

Якщо боржник в основному зобов'язанні не може виконати свій обов'язок повністю, то обов'язок субсидіарного боржника буде таким самим, як і обов'язок боржника в основному зобов'язанні. Якщо обов'язок в основному зобов'язанні частково виконано боржником, обов'язок субсидіарного боржника в додатковому (субсидіарному) зобов'язанні буде відповідати тому, що залишилось невиконаним за основним зобов'язанням. Наприклад, батьки неповнолітньої дитини відшкодовують шкоду в повному обсязі або у частці, якої не вистачає, у разі відсутності у неповнолітньої особи майна, достатнього для відшкодування нею шкоди.

Окрім сторін у зобов'язанні можуть брати участь треті особи (інші особи, які не є його суб'єктами). Останні, як правило, пов'язані або з кредитором, або з боржником певним правовим зв'язком. Природа цього зв'язку зумовлює статус, в якому третя особа бере участь у зобов'язанні. Зобов'язання як відносне правовідношення створює права та обов'язки за загальним правилом для його суб'єктів і не може створювати обов'язку для третьої особи, що не є його стороною. Водночас у випадках, встановлених договором, зобов'язання може породжувати для третьої особи права щодо боржника та/або кредитора (ст. 511 ЦК). У цивільному праві виділяють **зобов'язання за участю третіх осіб**, які поділяються на два види: а) зобов'язання на користь третьої особи; б) зобов'язання, що виконуються третьою особою.

Згідно зі ст. 636 ЦК України сторони можуть укласти *договір на користь третьої особи*, за яким боржник зобов'язаний виконати свій обов'язок на користь третьої особи. При цьому за загальним правилом боржник не може відмовитися від виконання на користь третьої особи. Виконання такого договору може вимагати як його кредитор, так і сама третя особа. На користь третьої особи може бути укладено, наприклад, договір довічного утримання (ч. 4 ст. 746 ЦК), договір страхування (ст. 985 ЦК), договір банківського вкладу (ст. 1063 ЦК). Треті особи можуть брати участь у зобов'язанні у разі *переадресування виконання зобов'язання*, коли кредитор вказує третю особу, на користь якої боржник має виконати свій обов'язок. Як правило, переадресування виконання застосовується у випадку, коли кредитор у зобов'язанні одночасно виступає боржником перед третьою особою в іншому зобов'язанні. На відміну від

попереднього випадку особа, якій переадресоване виконання, не має цивільно-правових засобів захисту проти несумлінного боржника. Лише кредитор у зобов'язанні може вимагати від боржника належного виконання ним обов'язку. Наприклад, продавець (кредитор) вказує покупцю (боржнику) на третю особу, якій останній зобов'язаний сплатити певну грошову суму за придбану у нього річ. При цьому продавець (кредитор) за договором купівлі-продажу виступає боржником перед третьою особою за договором позики.

Обов'язок боржника у зобов'язанні може бути *виконаний за нього третьою особою*. Виконання обов'язку може бути покладено на іншу особу боржником (ст. 528 ЦК) або кредитором (ст. 621 ЦК), якщо з умов договору, актів цивільного законодавства або суті зобов'язання не випливає іншого, зокрема обов'язок боржника виконати зобов'язання особисто. Крім того, інша особа може виконати обов'язок боржника з власної ініціативи і без згоди боржника у разі небезпеки втратити право на його майно (право оренди, право застави тощо) внаслідок звернення кредитором стягнення на це майно (ч. 3 ст. 528 ЦК). У такому випадку виконання за боржника третьою особою не припиняє зобов'язання, а спричиняє заміну кредитора (п. 4 ч. 1 ст. 512 ЦК). У цивілістичній літературі виконання обов'язку із вступом третьої особи в права кредитора у зобов'язанні отримало назву *суброгації* (від лат. *subrogatio* — обрання замість).

У зобов'язанні може відбутися *заміна сторін*. Інститут заміни сторін у зобов'язанні існував ще в римському праві, сформувавшись майже в такому ж вигляді, в якому він існує в сучасному законодавстві. У законі передбачена можливість як заміни боржника, так і заміни кредитора. При цьому предмет і зміст зобов'язання не змінюються, а права та обов'язки сторони, яка з нього вибуває, переходять до особи, яка замість неї вступає до зобов'язання.

Підстави *заміни кредитора* у зобов'язанні встановлено у ст. 512 ЦК. Провідне місце серед них посідає *відступлення права вимоги*

(в юридичній літературі — *цесія*), що являє собою договірну передачу первісним кредитором (цедентом) своїх прав у зобов'язанні новому кредитору (цессіонарію). Відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 512 ЦК кредитор у зобов'язанні може бути замінений іншою особою внаслідок передання ним своїх прав іншій особі за правочином (відступлення права вимоги).

Правочин, за яким новому кредиторові передається право вимоги первісного кредитора, характеризується як двосторонній, консенсуальний, абстрактний та розпорядчий. Він може бути як відплатним, так і безвідплатним.

Предметом відступлення виступає зобов'язальне право вимоги, яке є дійсним, належним чином індивідуалізованим та правомірним. Воно може ґрунтуватися на договорі або мати недоговірний характер. Правові норми щодо заміни кредитора у зобов'язанні на підставі правочину (статті 512–519 ЦК) поширюються на всі види зобов'язань, незалежно від підстав їх виникнення. Тому предметом відступлення може бути право вимоги в будь-якому зобов'язанні. Однак не всі цивільні права можуть передаватися в порядку цесії. Це стосується права власності, інших речових прав, прав інтелектуальної власності, а також інших прав, які не містять ознак зобов'язальних прав вимоги. Вони передаються за допомогою інших правових механізмів, у тому числі разом з відповідним майном.

Предметом відступлення може бути право вимоги, яке не існує на момент передачі, але виникне у кредитора в майбутньому. Індивідуалізація права вимоги, що виникне в майбутньому, може здійснюватися за допомогою будь-яких засобів та ознак, які дозволять визначити підставу виникнення вимоги, її характер, обсяг, особу боржника тощо.

За загальним правилом до нового кредитора переходять усі права, що належали первісному кредитору у зобов'язанні. Однак договором або законом може бути визначено інший обсяг прав, що переходять до нового кредитора у зобов'язанні (ст. 514 ЦК). Отже, закон не виключає можливості відступлення частини права

вимоги. У разі переходу до нового кредитора лише частини прав на стороні кредитора створюється, за загальним правилом, часткова множинність осіб. Наприклад, кредитор може відступити частину права вимоги особі, яка має право вимоги до нього в іншому зобов'язанні як до боржника, у розмірі, що відповідає його боргу. Внаслідок цього кредитор, що відступив частину свого права вимоги іншій особі, залишається кредитором у тій частині, що не була відступлена, а інша особа вступає до цього зобов'язання як співкредитор відповідно відступленої їй частини права вимоги.

Раніше цесія здійснювалася шляхом укладення самостійного договору. Нині відступлення права вимоги втілюється переважно у різні цивільно-правові договори — купівлі-продажу, міни, дарування права вимоги, факторингу, інші, у тому числі непомінені договори. Відповідних змін зі впливом часу зазнавали і погляди на правову природу цесії у вітчизняній цивілістиці. У науці цивільного права цесію характеризували як: а) спеціальний самостійний договір, за яким первісний кредитор передає своє право вимоги третій особі; б) акт передачі права, заснований зазвичай на договорі; в) правовий результат правочину (договору) про передачу прав. Еволюція поглядів на правову природу цесії багато в чому пов'язана з відмінностями у різні періоди в економічному розвитку й особливостями регулювання законодавством відносин, пов'язаних із відступленням права вимоги.

У нинішніх умовах найбільш обґрунтованим видається бачення цесії як безпосереднього правового результату договору про передачу права вимоги. Сучасне законодавче регулювання теж свідчить про доцільність застосування саме цієї конструкції відступлення права вимоги. Положення Цивільного кодексу України закріплюють можливість обороту майнових прав (статті 177, 190, 316 ЦК), зокрема їх купівлі-продажу й дарування. Це усунуло необхідність конструювання цесії як самостійного договору. Зміст загальних правил про відступлення права вимоги водночас ставить під сумнів доцільність розгляду цесії як акта передачі вимоги. Положення про заміну осіб у зобов'язанні регулюють відносини не тільки між боржником і цедентом, а й між боржником і цесіонарієм і лише почасти відносини між цедентом і цесіонарієм, у зв'язку з чим виникає необхідність додаткового регулювання відносин між цедентом і цесіонарієм за допомогою застосування норм про купівлю-продаж, про дарування тощо. Тому в системі договорів недоцільно виокремлювати самостійний договір цесії. Отже, підставою переходу прав кредитора за правочином є не цесія як спеціальний правочин, а правочин, що лежить в основі цесії (наприклад, договір купівлі-продажу або дарування права вимоги, договір факторингу тощо). У той же час відступлення права вимоги (цесія) є результатом заснованої на правочині передачі прав кредитора.

Виникає питання щодо співвідношення норм Цивільного кодексу України про відступлення права вимоги та норм, які регулюють окремі види договорів, за якими первісний кредитор може відступити своє право вимоги новому кредитору (договір купівлі-продажу або дарування права вимоги, договір факторингу тощо). Як здається, зазначені норми не можуть розглядатися виключно як загальні та спеціальні, їх співвідношення має більш складний характер. Можна вважати, що норми про відступлення права вимоги (статті 512–519 ЦК) містять додаткові правила до тих положень, що закріплені у нормах про правочин (договір), за яким первісний кредитор відступає своє право вимоги новому кредитору, і мають перед ними пріоритет. Хоча норми про відступлення права вимоги (статті 512–519 ЦК) містяться в розділі I книги п'ятої ЦК (Загальні положення про зобов'язання), вони безпосередньо застосовуються до регулювання відносин щодо передання кредитором своїх прав іншій особі за правочином (зокрема, договором купівлі-продажу або дарування), оскільки глави ЦК, що містять положення щодо окремих видів договорів (купівля-продаж, дарування), самі по собі не розраховані та самостійно не є придатними для регулювання відносин щодо відступлення права вимоги. Інша ситуація складається щодо договору факторингу, положення про який прямо передбачають фінансування під відступлення права грошової вимоги. Тому норми про договір факторингу (гл. 73 ЦК) становлять виняток

і можуть вважатися спеціальними відносно норм про відступлення права вимоги (статті 512–519 ЦК). Для регулювання відносин щодо фінансування під відступлення права грошової вимоги застосування норм статей 512–519 ЦК потрібне тільки в крайніх випадках.

Заміна кредитора у зобов'язанні може відбуватися також за іншими підставами, а саме в разі настання обставин, встановлених законом. Відповідно до п. 2 ч. 1 ст. 512 ЦК кредитор у зобов'язанні може бути замінений іншою особою внаслідок *правонаступництва*. Очевидно, у даному випадку мається на увазі тільки універсальне правонаступництво, коли до правонаступника переходять усі права та обов'язки первісного кредитора як у разі, наприклад, спадкування (ст. 1218 ЦК), перетворення юридичної особи (ч. 2 ст. 108 ЦК) тощо. У свою чергу сингулярне правонаступництво має місце при заміні кредитора у зобов'язанні внаслідок відступлення права вимоги за договором

(п. 1 ч. 1 ст. 512 ЦК), оскільки до нового кредитора переходить тільки певне право первісного кредитора.

Заміна кредитора у зобов'язанні відбувається у випадку *виконання обов'язку боржника поручителем або заставодавцем (майновим поручителем)* (п. 3 ч. 1 ст. 512 ЦК). До поручителя, який виконав зобов'язання, забезпечене порукою, переходять усі права кредитора у цьому зобов'язанні, у тому числі й ті, що забезпечували його виконання (ч. 2 ст. 556 ЦК). У частині переходу прав кредитора у зобов'язанні до поручителя, який виконав обов'язок за боржника, вказана норма існувала і в попередній кодифікації цивільного законодавства. Новелою Цивільного кодексу України є її друга частина, яка стосується виконання обов'язку боржника майновим поручителем. У договорі застави на стороні заставодавця може виступати не тільки боржник, а й третя особа, яка отримала назву майнового поручителя (ч. 1 ст. 583 ЦК). У разі виконання майновим поручителем обов'язку боржника до нього переходять права кредитора у зобов'язанні, забезпеченому заставою. Це правило, встановлене у ст. 20 Закону України «Про заставу» від 2 жовтня 1992 р.¹, вперше отримало закріплення на рівні кодексу.

Відповідно до п. 4 ч. 1 ст. 512 ЦК кредитор у зобов'язанні може бути замінений внаслідок *виконання обов'язку боржника третьою особою*. Зазначена норма також є новелою цивільного законодавства. Обов'язок боржника може бути виконаний третьою особою, що не є стороною у зобов'язанні, за його згодою або без такої. Третя особа може задовольнити вимогу кредитора без згоди боржника у разі небезпеки втратити право на його майно (ч. 3 ст. 528 ЦК). Наприклад, наймач може здійснити оплату чергового платежу за договором купівлі-продажу квартири з розстроченням платежу за наймодавця, що виступає покупцем (боржником) у цьому договорі, побоюючись втратити право оренди щодо квартири. Таке виконання обов'язку боржника третьою особою матиме наслідком її вступ у зобов'язання замість первісного кредитора — суброгацію.

Суброгацію слід відрізнити від регресного зобов'язання. По-перше, при суброгації відбувається заміна кредитора у зобов'язанні, яке вже існує, на момент вступу до нього третьої особи замість первісного кредитора. У свою чергу регресне зобов'язання виникає в результаті припинення основного зобов'язання внаслідок його виконання третьою особою за боржника або через його вину. При цьому третя особа первісно стає кредитором у регресному зобов'язанні. Тобто в другому випадку заміна кредитора як така взагалі не відбувається, оскільки основне зобов'язання на момент виникнення регресного вже припинене. По-друге, при суброгації до третьої особи переходить вже існуюче право первісного кредитора, тобто право, яке у первісного кредитора виникло раніше. У той час як регрес є правом зворотної вимоги, яке виникає вперше саме у третьої особи, що виконала обов'язок боржника замість нього або через його вину.

¹ Відом. Верхов. Ради України. – 1992. – № 47. – Ст. 642.

Перелік підстав заміни кредитора у зобов'язанні, закріплений у ч. 1 ст. 512 ЦК, не є вичерпним. Кредитор у зобов'язанні може бути замінений також в інших випадках, встановлених законом (ч. 2 ст. 512 ЦК). Наприклад, відповідно до ч. 4 ст. 362 ЦК у разі продажу співвласником своєї частки у праві спільної часткової власності з порушенням переважного права купівлі на іншого співвласника можуть бути переведені права та обов'язки покупця на підставі судового рішення. Також відповідно до ч. 1 ст. 822 ЦК у разі відмови наймодавця від укладення договору найму на новий строк і укладення ним протягом одного року договору найму житла з іншою особою на колишнього наймача можуть бути переведені права та обов'язки наймача на підставі судового рішення тощо. Заміна кредитора у зобов'язанні може відбуватися й за іншими передбаченими в законі підставами.

Відповідно до ч. 3 ст. 512 ЦК договором або законом може бути встановлено *обмеження щодо заміни кредитора у зобов'язанні*. Такі обмеження умовно можна поділити на ті, що встановлені: а) договором і б) законом. Якщо сторони договору вкажуть у ньому на неможливість передачі прав і обов'язків за ним третій особі, то заміна кредитора в зобов'язанні шляхом відступлення права вимоги не може мати місце. Заборона щодо заміни кредитора у зобов'язанні може бути встановлена також законом. Так, відповідно до ст. 515 ЦК заміна кредитора не допускається у зобов'язаннях, нерозривно пов'язаних з особою кредитора, зокрема у зобов'язаннях про відшкодування шкоди, завданої каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю. Заміна кредитора не допускається також в інших зобов'язаннях, нерозривно пов'язаних з особою кредитора, крім названих у вказаній нормі. Наприклад, заміна кредитора не допускається у зобов'язаннях щодо утримання. Відповідно до ст. 14 СК сімейні права є такими, що тісно пов'язані з особою, а тому не можуть бути передані іншій особі.

Заміна кредитора не допускається також у зобов'язаннях, які виникли внаслідок порушення особистих немайнових прав. Особисті права є тісно пов'язаними з фізичною особою (ч. 3 ст. 269 ЦК). У зобов'язаннях щодо відшкодування моральної шкоди заміна кредитора теж не допускається. Щодо останнього прикладу слід, однак, зауважити, що хоча зобов'язання щодо відшкодування моральної шкоди припиняється смертю кредитора, до спадкоємця переходить право на відшкодування моральної шкоди, яке було присуджено судом спадкодавцеві за його життя (ч. 2 ст. 608, ч. 3 ст. 1230 ЦК).

Як видно, обмеження щодо заміни кредитора в першу чергу стосуються зобов'язань, нерозривно пов'язаних з особою кредитора. Втім такі обмеження можуть стосуватися також зобов'язань, які хоча не є нерозривно пов'язаними з особою кредитора, однак в яких особа кредитора має істотне значення для боржника. Так, особа кредитора має значення для боржника у фідучіарних договорах, що носять особисто-довірчий характер. У такому випадку заміна кредитора є можливою лише за згодою боржника. Наприклад, перехід прав за договором простого товариства до інших осіб допускається лише за згодою всіх його учасників, оскільки особа учасника договору має істотне значення для інших його учасників (пп. 1-4 ч. 1 ст. 1141 ЦК).

Обмеження щодо заміни кредитора у зобов'язанні можуть бути встановлені стосовно певного кола суб'єктів та обумовлені їх статусом та/або специфікою діяльності. Кредитор у зобов'язанні не може бути замінений також в інших випадках, встановлених законом. Наприклад, суд у разі забезпечення позову може заборонити вчинення певних дій, включаючи відступлення права вимоги (п. 2 ч. 1 ст. 152 ЦПК).

У Цивільному кодексі України також закріплено заборону відступлення переважного права купівлі частки у праві спільної власності. У частині 5 ст. 362 ЦК прямо вказано, що передача співвласником свого переважного права купівлі частки у праві спільної часткової власності іншій особі не допускається. Щодо інших переважних прав (зокрема, переважного права на придбання речі, переданої в найм, переважного права на укладання договору найму, оренди, комерційної концесії на новий строк), то заборони відступлення цих прав у законі не містяться.

Проте, незважаючи на відсутність відповідних положень в законодавстві, можна припустити, що всі види переважних прав не можуть бути відступлені.

У законодавстві закріплено *порядок заміни кредитора у зобов'язанні*. За загальним правилом згода боржника при заміні кредитора у зобов'язанні не вимагається. Вважається, що боржнику однаково, на користь кого йому виконувати обов'язок. Згода боржника щодо заміни кредитора є необхідною, якщо вказівка про це міститься в законі або договорі (ч. 1 ст. 516 ЦК). У першу чергу це стосується зобов'язань, в яких особа кредитора має істотне значення для боржника (фідуціарні зобов'язання). Сторони також можуть встановити в договорі, що заміна кредитора здійснюється виключно за згодою боржника.

Порядок заміни кредитора у зобов'язанні передбачає лише необхідність повідомлення про це боржника (ч. 2 ст. 516 ЦК). Вказане правило спрямоване на забезпечення прав нового кредитора вимагати від боржника належного виконання зобов'язання. Ризик настання несприятливих наслідків у разі неповідомлення боржника про заміну кредитора, зокрема виконання боржником свого обов'язку первісному кредиторові, несе новий кредитор. При цьому виконання первісному кредиторові вважатиметься належним виконанням, що є підставою для припинення зобов'язання (ст. 599 ЦК). Хоча в законодавстві не зазначено, на кого з кредиторів (первісного чи нового) покладеється обов'язок щодо повідомлення боржника про заміну кредитора у зобов'язанні, про це має потурбуватися насамперед новий кредитор, оскільки саме для нього в законі встановлено несприятливі наслідки на випадок неповідомлення про заміну боржника. Повідомлення може здійснюватися у простій письмовій формі, незалежно від форми правочину, з якого випливає зобов'язання, а також форми правочину, за яким здійснюється передання прав новому кредиторові, якщо заміна кредитора відбувається внаслідок відступлення права вимоги. З одержанням боржником письмового повідомлення про заміну кредитора, а також доказів прав нового кредитора у зобов'язанні в законі пов'язуються й інші правові наслідки (статті 517, 518 ЦК).

Перехід прав кредитора слід відрізнити від переадресування виконання. Головна відмінність полягає в тому, що при заміні кредитора первісний кредитор усувається новим, який замінює первісного кредитора в зобов'язанні, а при переадресуванні кредитор залишається активним суб'єктом зобов'язання.

При *заміні боржника* відбувається переведення боргу на нового боржника. При цьому первісний боржник вибуває із зобов'язання. Оскільки особа вступає до зобов'язання виключно за своєю волею, для такої заміни потрібна згода в першу чергу нового боржника. Враховуючи, що особистість боржника, принаймні з огляду на його платоспроможність, має велике значення для кредитора, переведення боргу допускається тільки за згодою останнього, якщо інше не передбачено законом (ст. 520 ЦК).

Переведення боргу має договірну природу. У цивілістичній літературі представлено різні позиції з приводу того, який договір покладено в основу переведення боргу — двосторонній чи багатосторонній. На думку Є. А. Суханова, договір про переведення боргу є багатостороннім правочином, який вимагає відповідного волевиявлення від старого і нового боржників і від кредитора². Інші вчені вважають таку позицію помилковою, оскільки, на їх думку, вона суперечить суті багатосторонніх правочинів, які характеризуються однаковістю інтересів їх учасників і єдиною спрямованістю їх волевиявлення. У той час як при переведенні боргу волевиявлення первісного і нового боржника протилежно спрямовані і мають зустрічний характер, що є характерним саме для двосторонніх договорів. Тому останні посідають другу позицію, відповідно до якої переведення боргу слід вважати двостороннім договором. Заслуговує на особливу увагу наукова позиція, яка полягає у кваліфікації переведення боргу як складного юридичного факту, складовими якого є: 1) двосторонній правочин (договір про переведення боргу), за яким первісний боржник передає майновий

² Гражданское право [Текст] / под ред. Е. А. Суханова. – 3-е изд. – М., 2006. – Т. 3. – С. 46.

обов'язок іншій особі (новому боржнику); 2) односторонній правочин кредитора, який полягає у наданні ним згоди на заміну первісного боржника новим відповідно до правочину між ними³. При цьому правочин, за яким первісний боржник передає майновий обов'язок іншій особі (новому боржнику), яка приймає цей обов'язок на себе, характеризується як двосторонній, консенсуальний, абстрактний та розпорядчий. Він може бути як відплатним, так і безвідплатним. Отже, договір про переведення боргу, як видається, становить лише одну зі складових переведення боргу як складного юридичного факту (за виключенням випадків, якщо відповідно до закону згода кредитора не вимагається).

Первісний боржник може передавати свій майновий обов'язок у зобов'язанні іншій особі в силу різних обставин, включаючи те, що остання є боржником перед ним в іншому зобов'язанні. При цьому не має значення, якого роду є це зобов'язання, оскільки сам договір про переведення боргу є абстрактним правочином і не залежить від зобов'язання між первісним і новим боржником, що лежить в його основі. Первісний боржник може передавати свій майновий обов'язок у зобов'язанні іншій особі в силу того, що вона, наприклад, зобов'язана відшкодувати йому шкоду або є боржником перед ним у договірному зобов'язанні (наприклад, покупцем за договором купівлі-продажу, позичальником за договором позики, дарувальником за договором дарування тощо). Правовідносини, що є підставою для переведення боргу первісного боржника у зобов'язанні на іншу особу (нового боржника), можуть впливати з різного роду договорів, укладених між ними, які можуть бути як оплатними, так і безоплатними (договори купівлі-продажу, позики, дарування тощо).

У цьому зв'язку слід зважати на те, що договір про переведення боргу не можна ототожнювати з договором між первісним боржником та іншою особою, через який виникає питання про переведення боргу первісного боржника на цю особу (нового боржника). Ці договори є різними, самостійними договорами, які не залежать один від одного. Так, укладення самого договору дарування недостатньо для переведення боргу обдаровуваного в іншому зобов'язанні на дарувальника або укладення самого договору позики — для переведення боргу позикодавця в іншому зобов'язанні на позичальника. Для того щоб передати свій майновий обов'язок у зобов'язанні іншій особі, необхідно укласти з нею самостійний договір про переведення боргу. І до того ж отримати на це згоду кредитора у зобов'язанні, якщо інше не передбачено законом. Переведений на іншу особу (нового боржника) борг не залежить від тих відносин, які існують (існували) між ним і первісним боржником. Ці відносини не мають значення для кредитора у зобов'язанні. Абстрактний характер правочину з переведення боргу виключає для нового боржника можливість посилатися у відносинах з кредитором на відносини, які лежать в основі переведення на нього боргу первісного боржника. Новий боржник не вправі висувати проти вимоги кредитора заперечення, що ґрунтуються на відносинах з його попередником (первісним боржником). Більш того, недійсність договору між первісним боржником та іншою особою, через який постало питання про переведення боргу, не тягне за собою недійсності договору про переведення боргу первісного боржника на цю особу (нового боржника).

Форма договору про переведення боргу залежить від форми правочину, який є підставою виникнення боргу (ст. 521 ЦК). Якщо останній вчинений у простій письмовій або нотаріальній формі, такої самої форми має бути надано і правочину щодо заміни боржника у зобов'язанні. Правочин щодо заміни боржника у зобов'язанні, яке виникло на підставі правочину, що підлягає державній реєстрації, має бути зареєстрований в порядку, встановленому для реєстрації цього правочину, якщо інше не встановлено законом (ст. 521 ЦК). Переведення боргу, який виник з усного правочину, а також позадоговірного боргу (наприклад, із заподіяння шкоди або набуття майна без достатньої правової підстави) може здійснюватися усно.

³ Див.: Пушай, В. І. Уступка вимоги і переведення боргу в цивільних правовідносинах (на матеріалах судової практики) [Текст] : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / В. І. Пушай . – К. : [Б.в.], 2006. – С. 14.

Предметом переведення боргу є юридичний обов'язок майнового характеру, що входить до змісту зобов'язання між первісним боржником і кредитором. Він може полягати у сплаті коштів, передачі майна, виконанні робіт, наданні послуг тощо. Отже, предметом переведення боргу може виступати не тільки грошовий, а будь-який борг (юридичний обов'язок) за зобов'язанням.

Наслідком переведення боргу є заміна боржника у зобов'язанні. При цьому самий зміст зобов'язання і правове становище боржника залишаються незмінними. Тому новий боржник у зобов'язанні має право висунути проти вимоги кредитора всі заперечення, що ґрунтуються на відносинах між кредитором і первісним боржником (ст. 522 ЦК). Так, наприклад, новий боржник може посилатися на сплив строку позовної давності по заявленій проти нього вимозі кредитора. Заміна сторін у зобов'язанні не змінює порядку обчислення та перебігу позовної давності (ст. 263 ЦК). Крім того, новий боржник у зобов'язанні має право висунути проти вимоги кредитора всі заперечення, що ґрунтуються на його власних відносинах з кредитором.

У законодавстві не міститься переліку підстав заміни боржника у зобов'язанні, як це зроблено щодо заміни кредитора, що можна розцінювати як прогалину. До того ж категорії «заміна боржника у зобов'язанні» і «переведення боргу» вживаються як ідентичні (ст. 520 ЦК). Однак боржник у зобов'язанні може бути замінений і з інших підстав, не пов'язаних з договором про переведення боргу. Обов'язки боржника можуть перейти до іншої особи на підставі закону при настанні передбачених у ньому обставин. Наприклад, внаслідок спадкування відбувається автоматичний перехід обов'язків спадкодавця за зобов'язаннями, у яких він виступав боржником, до його спадкоємців (статті 1218, 1282 ЦК). Тому в законі слід було б уточнити підстави заміни боржника у зобов'язанні.

Питання для самоконтролю

Поняття та система зобов'язального права.
Ознаки зобов'язальних правовідносин.
Поняття та елементи зобов'язання.
Види зобов'язань.
Підстави виникнення зобов'язань.
Зобов'язання з множинністю суб'єктного складу.
Зобов'язання за участю третіх осіб.
Заміна сторін у зобов'язанні.

ГЛАВА 31

ВИКОНАННЯ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ

§ 1. Поняття і загальні умови виконання зобов'язання

Виконання зобов'язання — це вчинення боржником або іншою особою на користь кредитора або третьої особи певної дії або утримання від дії, яка становить предмет виконання зобов'язання. Виконання зобов'язання як правомірна дія, що спрямована на припинення зобов'язання, по своїй суті є правочином. Внаслідок цього на виконання зобов'язання мають поширюватися загальні вимоги щодо правочинів.

Зважаючи на багатоманітність зобов'язань, цивільне законодавство містить загальні умови виконання, що полягають у його виконанні належним чином відповідно до умов договору та вимог цього Кодексу, інших актів цивільного законодавства, а за відсутності таких умов та вимог — відповідно до звичаїв ділового обороту або інших вимог, що звичайно ставляться (ст. 526 ЦК). Зазначене правило є універсальним і підлягає застосуванню до виконання як договірних, так і недоговірних зобов'язань.

Звісно, виконання недоговірних зобов'язань, особливо деліктних, «підпадає» під дію імперативних норм, які містять спеціальні правила по виконанню того чи іншого зобов'язання, хоча у випадку відсутності окремих застережень мають застосовуватися загальні умови виконання зобов'язання. Окрім цього, не виключається і автономне регулювання, зокрема, виконання зобов'язань щодо публічної обіцянки винагороди.

У свою чергу, виконання договірних зобов'язань має відбуватися відповідно до умов укладеного договору, що узгоджені його сторонами. Оскільки у зміст договору можуть включатися умови, які є обов'язковими для сторін відповідно до актів цивільного законодавства (ст. 628 ЦК), то в такому разі зобов'язання повинне виконуватися відповідно до вимог ЦК та інших актів цивільного законодавства. При відсутності договірних регулювань і неврегульованості умов виконання актами цивільного законодавства зобов'язання мають виконуватися згідно із звичаями ділового обороту або іншими вимогами, що звичайно ставляться. Наприклад, якщо договором купівлі-продажу не встановлено умов щодо комплектності товару, продавець зобов'язаний передати покупцеві товар, комплектність якого визначається звичаями ділового обороту або іншими вимогами, що звичайно ставляться (ст. 682 ЦК).

Принципи (умови) виконання зобов'язань. Під принципами виконання зобов'язань розуміються загальні засади, згідно яких здійснюється виконання зобов'язання. Як правило, виокремлюється декілька принципів виконання зобов'язань, серед яких: належне виконання зобов'язання; реальне виконання зобов'язання; справедливість добросовісність та розумність (ч. 3 ст. 509 ЦК).

Принцип належного виконання полягає в тому, що виконання має бути проведене: а) належними сторонами; б) щодо належного предмету; в) у належний спосіб; г) у належний строк (термін); г) у належному місці.

Принцип реального виконання слід розуміти як виконання зобов'язання в натурі, тобто вчинення саме тих дій, що становлять зміст зобов'язання. За нормального розвитку зобов'язальних правовідносин зобов'язання виконується належно і реально. Особливості прояву принципу реального виконання зобов'язання передбачені ЦК для випадків його порушення.

За загальним правилом боржник, який сплатив неустойку і відшкодував збитки, завдані порушенням зобов'язання, не звільняється від обов'язку виконати зобов'язання в натурі, якщо інше не встановлено договором або законом (ст. 622 ЦК). За умови передання відступного (ст. 600 ЦК), відмови кредитора від прийняття виконання, яке внаслідок прострочення втратило для нього інтерес (ст. 612 ЦК), відмови кредитора від договору (ст. 615 ЦК) боржник звичайно звільняється від обов'язку виконати зобов'язання в натурі, адже припиняються зобов'язальні правовідносини.

Виконання зобов'язання в натурі передбачається для передачі речей, визначених індивідуальними ознаками. Зокрема, у разі невиконання боржником обов'язку передати кредиторіві у власність або у користування річ, визначену індивідуальними ознаками, кредитор має право витребувати цю річ у боржника та вимагати її передання відповідно до умов зобов'язання (ст. 620 ЦК).

Існують певні обмеження принципу реального виконання при повному невиконанні боржником для кредитора певної роботи чи ненадання йому послуги, оскільки кредитор має право виконати цю роботу власними силами або доручити її виконання чи надання послуги третій особі і вимагати від боржника відшкодування збитків, якщо інше не встановлено договором, актами цивільного законодавства або не впливає із суті зобов'язання (ст. 621 ЦК).

Справедливість, добросовісність та розумність є одними із основоположних засад цивільного законодавства (п. 6 ст. 3 ЦК). Тому дії сторін і при виконанні зобов'язання мають відповідати цим засадам. Наприклад, якщо продавець не передає покупцеві приналежності товару та документи, що стосуються товару та підлягають переданню разом з товаром відповідно до договору купівлі-продажу або актів цивільного законодавства, покупець має право **встановити розумний строк** для їх передання (ч. 1 ст. 666 ЦК).

§ 2. Суб'єкти виконання зобов'язання

Зобов'язання має виконуватися належними сторонами, якими виступають боржник та кредитор. Внаслідок чіткої персоніфікації сторін у зобов'язальних правовідносинах цивільним законодавством передбачається, що боржник повинен виконати свій обов'язок, а кредитор відповідно прийняти виконання особисто, якщо інше не встановлено договором або законом чи не впливає із суті зобов'язання або звичаїв ділового обороту (ст. 527 ЦК).

У більшості випадків кредиторіві байдуже, яка особа виконає зобов'язання. Тому, враховуючи диспозитивність правила про особисте виконання боржником зобов'язання, існує можливість передоручення виконання зобов'язання, тобто покладення боржником виконання свого зобов'язання на іншу особу, яка не є стороною зобов'язання. Втім у деяких зобов'язаннях виконання обов'язку тісно пов'язане із особою боржника, його особистими, діловими або ж професійними якостями, що мають важливе значення для кредитора. Зокрема таким є виконання обов'язків із договору доручення, зберігання, про створення об'єктів інтелектуальної власності. Звичайно, у цьому разі виключається виконання обов'язку боржника іншою особою, а у разі виникнення необхідності такого виконання воно можливе тільки за згоди кредитора.

При передорученні виконання кредитор зобов'язаний прийняти виконання, запропоноване за боржника іншою особою (ч. 1 ст. 528 ЦК). Зрозуміло, що покладення виконання зобов'язання на іншу особу не робить її стороною в зобов'язанні та не створює для неї жодних прав і обов'язків. Тому боржник при цьому залишається стороною зобов'язання і у випадку його невиконання або неналежного виконання іншою особою такий обов'язок має виконати боржник самостійно. Окрім цього, боржник несе відповідальність за порушення зобов'язання іншою особою, якщо договором або законом не встановлено відповідальність безпосереднього виконавця зобов'язання (ст. 618 ЦК).

Від передоручення виконання потрібно відрізнити можливість виконання зобов'язання іншою особою без згоди боржника (ч. 3 ст. 528 ЦК). Це виконання є одним із випадків суброгації (від лат. *subrogatio* — обрання замість). Для здійснення такого виконання необхідно: а) перебування іншої особи у договірних відносинах з боржником; б) існування небезпеки втратити право на майно боржника (право оренди, право застави тощо) внаслідок звернення кредитором стягнення на нього. Наприклад, наймач за договором найму сплачує борг наймодавця його кредиторіві, щоб запобігти зверненню стягнення на предмет найму. Правовим наслідком виконання зобов'язання іншою особою виступає заміна кредитора, оскільки до особи, яка виконала зобов'язання за боржника, переходять права кредитора у зобов'язанні.

Кредитору також дозволяється самостійно не приймати виконання зобов'язання у разі його переадресування, під яким розуміється уповноваження кредитором іншої особи на прийняття виконання від боржника, якщо така можливість передбачена договором, актом цивільного законодавства або ж впливає із суті зобов'язання чи звичаїв ділового обороту. При цьому як інша особа може виступати будь-яка особа, яка має повноваження від кредитора на здійснення такої дії, тобто між нею та кредитором існують відносини представництва.

Необхідно враховувати, що переадресування виконання відрізняється від виконання зобов'язання, яке виникло на підставі договору на користь третьої особи (ст. 636 ЦК). Як і при переадресуванні виконання, так і при виконанні зобов'язань, що виникли на підставі договору на користь третьої особи боржник зобов'язаний провести виконання не кредиторіві, а іншій особі. Однак на відміну від переадресування виконання у договорі на користь третьої особи вона має право вимагати від боржника виконання зобов'язання.

Множинність осіб у зобов'язанні зумовлює специфіку щодо суб'єктів та порядку виконання часткових і солідарних зобов'язань. За умови існування множинності осіб у зобов'язанні виникають **часткові** зобов'язання (ст. 540 ЦК). Кожний із кредиторів має право вимагати виконання, а кожний із боржників повинен виконати обов'язок у рівній частці. У договорі або актах цивільного законодавства може бути встановлений інший розмір часток. Наприклад, якщо договір простого товариства не пов'язаний із здійсненням його учасниками підприємницької діяльності, кожний учасник відповідає за спільними договірними зобов'язаннями усім своїм майном пропорційно вартості його вкладу у спільне майно (ч. 1 ст. 1138 ЦК). Виконання свого обов'язку у відповідній частці співборжником або прийняття виконання у розмірі своєї частки співкредитором має наслідком припинення зобов'язання для цих осіб.

У свою чергу, **солідарні** (від лат. *solidus* — цілий, увесь) зобов'язання виникають у випадках, встановлених договором або законом, зокрема, у разі неподільності предмета зобов'язання (ст. 541 ЦК). Солідарними зобов'язаннями можуть бути як договірні, у тому числі основні (ч. 3 ст. 816 ЦК) та додаткові (ч. 3 ст. 554 ЦК), так і недоговірні, включаючи деліктні (ч. 1 ст. 1190 ЦК) та інші недоговірні (ч. 1 ст. 124 ЦК).

Залежно від того, існує активна чи пасивна солідарна множинність осіб у зобов'язанні, ЦК передбачені спеціальні правила та наслідки виконання таких зобов'язань. *При солідарній множинності на стороні кредитора* (ст. 542 ЦК) кожний із кредиторів може пред'явити боржнику вимогу в повному обсязі. Наявність права на пред'явлення вимоги спрощує виконання зобов'язання для кредиторів, оскільки будь-який з них має можливість як висунути вимогу, так і прийняти виконання від боржника. До моменту пред'явлення вимоги боржник має право виконати свій обов'язок будь-кому із солідарних кредиторів на свій розсуд. Боржник при солідарній вимозі кредиторів не має права висувати проти вимоги одного із солідарних кредиторів заперечення, що ґрунтуються на таких відносинах боржника з іншими солідарними кредиторами, в яких цей кредитор не бере участі (ч. 2 ст. 542 ЦК).

Виконання боржником свого обов'язку одному із солідарних кредиторів у повному обсязі звільняє боржника від виконання іншим солідарним кредиторам. Відповідно солідарний кредитор, який одержав виконання від боржника у повному обсязі, зобов'язаний передати належне кожному з решти солідарних кредиторів у рівній частці, якщо інше не встановлено договором між ними.

При солідарній множинності на стороні боржників (ст. 543 ЦК) кредитор має право вимагати виконання обов'язку в частині або в повному обсязі як від усіх боржників разом, так і від будь-кого з них окремо. Надання кредиторіві у такому випадку права вимагати виконання обов'язку у повному обсязі від будь-якого з боржників полегшує можливість отримання належного виконання, адже солідарні боржники залишаються зобов'язаними до того моменту, доки їх обов'язок не буде виконаний у повному обсязі. При зверненні

кредитора до одного з солідарних боржників, але не отриманні від нього виконання в повному обсязі, він має право вимагати решту від інших солідарних боржників.

Як і в будь-якому зобов'язанні, боржник має право висунути заперечення проти вимоги кредитора. Втім вони мають бути або загальними для всіх боржників, або заснованими на його особистих відносинах з кредитором (наприклад, вимагати зарахування боргу кредитора йому за іншим зобов'язанням). Солідарний боржник при цьому не має права висувати проти вимоги кредитора заперечення, що ґрунтуються на таких відносинах решти солідарних боржників з кредитором, у яких він не бере участі (ч. 3 ст. 543 ЦК). У разі виконання солідарного обов'язку у повному обсязі одним із боржників припиняється обов'язок решти солідарних боржників перед кредитором.

Боржник, що виконав солідарний обов'язок у повному обсязі, наділяється правом регресу (зворотної вимоги) до кожного з інших солідарних боржників (ст. 544 ЦК). За цих обставин виникає регресне зобов'язання, в якому боржник, що виконав солідарне зобов'язання, стає кредитором. У разі коли боржників у регресному зобов'язанні декілька, воно є частковим і розмір часток кожного вважається рівним, якщо інше не встановлено договором або законом. Слід зважати й на той момент, що при визначенні розміру регресної вимоги вираховується частка, яка припадає на боржника, котрий виконав солідарний обов'язок у повному обсязі. За умови несплати частки одним із солідарних боржників, що належить солідарному боржникові, який у повному обсязі виконав солідарний обов'язок, несплачене припадає на кожного з решти солідарних боржників у рівній частці.

Слід відмітити, що негативне зобов'язання завжди є неподільним. Як наслідок неможливим є виникнення часткової множинності осіб як на стороні боржника, так і на стороні кредитора. У обох сторін може виникнути тільки солідарна множинність осіб. Причому при пасивній множинності кожен із боржників повинен виконувати зобов'язання і утримуватися від певної дії не спільно з іншими, а індивідуально.

Особливість має виконання і *субсидіарних зобов'язань*. Перш за все варто зазначити, що стосовно розуміння сутності субсидіарних зобов'язань відсутній єдиний підхід. Переважна більшість вчених дотримується точки зору, що субсидіарні зобов'язання — це різновид зобов'язань із множинністю сторін, поряд із частковими та солідарними⁴. Хоча існує й інша позиція, згідно якої субсидіарні зобов'язання не належать до виду зобов'язань із множинністю сторін⁵.

Слід висловити сумнів щодо можливості розкривати сутність субсидіарних зобов'язань за допомогою конструкції множинності сторін. Це пов'язано з тим, що відповідно до положень ст. 510 ЦК множинність осіб може існувати на стороні боржника або кредитора, тобто стосується тільки сторони зобов'язання. Однак субсидіарний боржник не є стороною зобов'язання, він виступає стороною іншого (додаткового) зобов'язання. Зокрема, поручитель не є стороною основного зобов'язання, він перебуває в зобов'язальних правовідносинах з кредитором, які виникли на підставі договору поруки.

Субсидіарні зобов'язання можуть виникати у випадках, встановлених договором або законом, внаслідок чого таке зобов'язання може мати як договірний (наприклад, договір поруки — ст. 554 ЦК), так і недоговірний

⁴ Див.: Боднар, Т. Суб'єкти виконання договірного зобов'язання [Текст] / Т. Боднар // Підприємство, госп-во і право. — 2004. — № 6. — С. 29–30; Гражданское право [Текст] : учебник : в 2 т. / отв. ред. Е. А. Суханов. — 2-е изд., перераб. и доп. — М. : Волтерс Клувер, 2004. — Т. II, полутом 1. — С. 28; Аномалії в цивільному праві України [Текст] : навч.-практ. посіб. / відп. ред. Р. А. Майданик. — К. : Юстиніан, 2007. — С. 750–757.

⁵ Див.: Иванова, Г. Н. Субсидиарная ответственность [Текст] / Г. Н. Иванова, А. С. Шевченко // Правоведение. — 1998. — № 2. — С. 150; Покутний, В. А. Природа субсидиарной ответственности [Текст] / В. А. Покутний // Актуальные проблемы гражданского права : сб. ст. / под. ред. О. Ю. Шилохвоста. — М. : Норма, 2005. — Вып. 9. — С. 8; Диденко, А. Г. Субсидиарная ответственность [Текст] / А. Г. Диденко // Гражданское законодательство. Статьи. Комментарии. Практика / под ред. А. Г. Диденко. — Алматы : Раритет : Ин-т правовых исслед. и анализа, 2008. — Вып. 31. — С. 28.

характер (наприклад, виникнення субсидіарного зобов'язання в учасника товариства з додатковою відповідальністю — ст. 152 ЦК).

Специфіка виконання субсидіарних зобов'язань зумовлена: а) черговістю виконання такого зобов'язання перед кредитором; б) предметом виконання; в) особливим характером відносин між основним та додатковим боржником.

З огляду на те, що виконання основного зобов'язання є обов'язком боржника, кредитор належить право вимоги саме до нього. У випадку коли основний боржник відмовився задовольнити вимогу, або кредитор не одержав від нього відповіді на неї в розумний строк, або неможливості основного боржника задовольнити таку вимогу, кредитор має можливість пред'явити її у повному обсязі до додаткового боржника. Окрім цього, варто враховувати, що кредитор не може вимагати задоволення своєї вимоги від субсидіарного боржника, якщо вона може бути задоволена шляхом зарахування зустрічної вимоги до основного боржника.

Субсидіарне зобов'язання є додатковим, виникає у більшості випадків у результаті інших юридичних фактів, аніж договір, тому неможливо стверджувати про тотожність предмета основного та субсидіарного зобов'язання. Внаслідок цього предметом субсидіарного зобов'язання, як правило, мають бути дії щодо сплати грошових коштів, які виступають загальним еквівалентом цінності, а їх сплата дозволяє припинити основне зобов'язання таким виконанням.

Особливий характер відносин між основним та додатковим боржником проявляється в тому, що додатковий боржник повинен до задоволення вимоги, пред'явленої йому кредитором, повідомити про це основного боржника, а у разі пред'явлення до нього позову, — подати клопотання до суду про залучення основного боржника до участі у справі (ст. 619 ЦК). Це викликано тим, що у випадку задоволення вимоги кредитора субсидіарним боржником останній набуває права регресної вимоги до основного боржника⁶. За умови недотримання цих вимог субсидіарним боржником основний боржник має право висунути проти такої вимоги заперечення, які він мав проти кредитора.

Зважаючи на особливість правил щодо можливого виконання різними суб'єктами та для забезпечення належності виконання зобов'язання цивільним законодавством передбачено право кожної зі сторін зобов'язання **вимагати доказів** того, що обов'язок виконується **належним боржником**, а виконання приймається **належним кредитором чи уповноваженою на це особою** (ч. 2 ст. 527 ЦК). На підтвердження цього може бути, зокрема, наданий: документ, що посвідчує особу кредитора та боржника; довіреність особи, яку кредитор уповноважив на прийняття виконання від боржника.

Наслідком нездійснення права щодо перевірки особи кредитора або необхідних повноважень в іншій особі ризик можливих наслідків покладається на боржника. При виникненні такої ситуації належний кредитор має право вимагати від боржника виконання зобов'язання, а останній зобов'язаний його виконати.

За умови прийняття виконання від особи, яка не є боржником, наслідки настають для кредитора, що здійснив таке прийняття, за правилами, встановленими відносно зобов'язань про безпідставне набуття майна (статті 1212–1215 ЦК).

§ 3. Предмет виконання зобов'язання

Предметом виконання зобов'язання, зокрема, є певна річ, робота, послуга, гроші, що боржник повинен передати, виконати, надати чи сплатити кредиторові або іншій особі. Вимоги до предмета виконання (якісні,

⁶ Однак слід зауважити, що право регресу виникатиме не в усіх випадках виконання субсидіарного зобов'язання. Про нього неможливо вести мову, зокрема, при виконанні обов'язку поручителем, через те що в цьому разі законодавством передбачені спеціальні правові наслідки, які полягають у переході прав кредитора до поручителя (ч. 2 ст. 556 ЦК).

кількісні, просторові та ін.) диференційовані в різних зобов'язаннях і встановлюються умовами договору, актами цивільного законодавства, а у випадку їх відсутності визначаються звичаями ділового обороту або іншими вимогами, що звичайно ставляться.

Цивільним законодавством окремо врегульовані вимоги до предмета виконання тільки грошових (статті 533–536) та альтернативних зобов'язань (ст. 539).

Грошове зобов'язання є зобов'язанням по сплаті грошових коштів. Воно може бути, зокрема: *договірним* (як самостійним, наприклад, кредитний договір, так і частиною взаємного зобов'язання, наприклад, обов'язок покупця сплатити вартість товару за договором поставки) і *недоговірним* (зокрема, зобов'язання по відшкодуванню шкоди, кондиційні зобов'язання); готівковим і безготівковим та ін.

У грошових зобов'язаннях предметом виконання є певна грошова сума, що має бути сплачена кредитору. Причому сплата коштів може відбуватися як готівкою, шляхом передачі коштів, так і в безготівковому порядку. У будь-якому разі грошове зобов'язання повинне виконуватися в гривнях (ч. 1 ст. 533 ЦК), навіть і в тому випадку, коли був визначений його еквівалент в іноземній валюті (ст. 524 ЦК). За умови наявності «валютного застереження», тобто визначення грошового еквіваленту в іноземній валюті, сума, що підлягає сплаті у гривнях, визначається за офіційним курсом відповідної валюти⁷ на день платежу, якщо інший порядок її визначення не встановлений договором або законом чи іншим нормативно-правовим актом.

Використання іноземної валюти, а також платіжних документів в іноземній валюті при здійсненні розрахунків на території України за зобов'язаннями допускається у випадках, порядку та на умовах, встановлених законом. Таке регулювання здійснюється Декретом Кабінету Міністрів України «Про систему валютного регулювання і валютного контролю»⁸ та Законом України «Про порядок здійснення розрахунків в іноземній валюті»⁹.

За умови якщо суми проведеного платежу для виконання грошового зобов'язання у повному обсязі недостатньо, вона погашає вимоги кредитора таким чином: а) витрати кредитора, пов'язані з одержанням виконання; б) проценти та неустойку; в) основну суму боргу (ст. 534 ЦК). Зважаючи на диспозитивність цих правил, договором може бути передбачена інша черговість погашення вимог за грошовим зобов'язанням.

Цивільним законодавством для охорони прав фізичних осіб — кредиторів передбачається можливість збільшення сум, які вони отримують за грошовими зобов'язаннями у триваючих правовідносинах, зокрема, з відшкодування шкоди, завданої каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю чи за договором довічного утримання (ст. 535 ЦК). Перелік випадків збільшення не є вичерпним, тому що воно може відбуватися і за іншими грошовими зобов'язаннями, за умови закріплення цього у договорі або законі.

⁷ Під офіційним валютним курсом розуміється курс валюти, офіційно встановлений Національним банком України як уповноваженим органом держави («Про Національний банк України» [Текст] : Закон України від 20 трав. 1999 р. № 679-XIV. – Ст. 1 // Відом. Верхов. Ради України. – 1999. – № 29. – Ст. 238).

⁸ Про систему валютного регулювання і валютного контролю [Текст] : Декрет Каб. Міністрів України від 19 лют. 1993 р. № 15-93 // Відом. Верхов. Ради України. – 1993. – № 17. – Ст. 184. Цей нормативний акт прийнятий на підставі делегованих повноважень Верховної Ради України і має силу закону (див.: Про внесення змін і доповнень до Закону України «Про тимчасове зупинення повноважень Верховної Ради України, передбачених пунктом 13 статті 97 Конституції України, і повноважень Президента України» [Текст] : Закон України від 19 груд. 1992 р. № 2886-XII // Відом. Верхов. Ради України. – 1993. – № 9. – Ст. 61).

⁹ Про порядок здійснення розрахунків в іноземній валюті [Текст] : Закон України від 23 верес. 1994 р. № 185/94-ВР // Відом. Верхов. Ради України. – 1994. – № 40. – Ст. 364.

Підставою для збільшення відповідних сум виступає збільшення встановленого законом неоподаткованого мінімуму доходів громадян¹⁰. У разі такого збільшення пропорційно підвищується і сума, що підлягає виплаті по вказаних грошових зобов'язаннях. ЦК не вимагається вчинення додаткових дій для набуття права на відповідне збільшення, тобто воно відбувається **автоматично**. Для тих випадків коли грошові зобов'язання, що підлягають збільшенню, виникають на підставі договору і боржник втрачає вигоди, на одержання яких він міг розраховувати при укладенні договору, йому надається право вимагати розірвання такого договору за рішенням суду.

У статті 536 ЦК передбачено загальне правило про сплату боржником у грошовому зобов'язанні процентів за користування чужими коштами, якщо інше не встановлено договором між фізичними особами. Оплатність користування чужими грошовими зумовлена наявністю у цивільному законодавстві презумпції відплатності договорів (ч. 5 ст. 626 ЦК).

Розмір процентів за користування чужими грошовими коштами встановлюється договором, законом або іншими актами цивільного законодавства. Наприклад, якщо за договором позики розмір процентів не був визначений сторонами, їх розмір визначається на рівні облікової ставки¹¹ Національного банку України (ст. 1048 ЦК).

Проценти за користування чужими коштами необхідно відмежовувати від сплати боржником процентів за грошовими зобов'язаннями при простроченні виконання грошового зобов'язання (ст. 625 ЦК). Перші за своєю сутністю є боргом, адже вони сплачуються за користування грошима, що має правомірний характер. У свою чергу, проценти річних (ст. 625 ЦК) є специфічним способом захисту майнових прав кредитора при порушенні зобов'язання.

Специфіка виконання притаманна й **альтернативному зобов'язанню**, в якому боржник зобов'язаний вчинити одну з двох або кількох дій (ст. 539 ЦК). В альтернативному зобов'язанні предмет його виконання є теж «альтернативним», тобто боржник повинен вчинити на користь кредитора одну з двох або кількох дій (наприклад, надати послугу або сплатити суму грошей). Умовно альтернативне зобов'язання можливо втілити у виразі «або одне, або інше». Вчинення однієї із кількох дій буде вважатися належним виконанням. Оскільки виконати необхідно одну з декількох дій, то одна зі сторін повинна мати право обрати цю дію, за допомогою чого остаточно визначиться предмет зобов'язання. За загальним правилом право вибору належить боржнику, якщо інше не встановлено договором, актами цивільного законодавства чи не впливає із суті зобов'язання або звичаїв ділового обороту. Втім не виключені випадки, за яких в альтернативному зобов'язанні право вибору предмета виконання належатиме кредитору. Вони, як правило, пов'язані із порушенням зобов'язання. Зокрема, якщо робота виконана підрядником з відступами від умов договору підряду замовник має право за своїм вибором вимагати від підрядника: безоплатного усунення недоліків у роботі в розумний строк; пропорційного зменшення ціни роботи; відшкодування своїх витрат на усунення недоліків, якщо право замовника усунувати їх встановлено договором (ст. 858 ЦК).

Альтернативні зобов'язання слід відрізнити від *факультативних* зобов'язань. Предмет виконання у факультативному зобов'язанні є визначеним, але він може бути замінений боржником на інший завчасно визначений предмет, при настанні певних юридичних фактів. Факультативне зобов'язання існуватиме,

¹⁰ Однак для деліктних зобов'язань передумовою збільшення виплат може виступати підвищення рівня життя, збільшення мінімальної заробітної плати (ст. 1208 ЦК).

¹¹ Облікова ставка Національного банку України – це один із монетарних інструментів, за допомогою якого Національний банк України встановлює для банків та інших суб'єктів грошово-кредитного ринку орієнтир щодо вартості залучених та розміщених грошових коштів. (Про Національний банк України [Текст] : Закон України від 20 трав. 1999 р. № 679-XIV. – Ст. 1 // Відом. Верхов. Ради України. – 1999. – № 29. – Ст. 238).

наприклад, коли боржник зобов'язується поставити кредиторів бензин марки А 98, а в разі неможливості — дизельне пальне. Тобто на відміну від альтернативного зобов'язання боржнику належить право на заміну предмета зобов'язання. Оскільки предмет заміни визначений заздалегідь, то згода кредитора при його заміні не потрібна.

Нетиповістю відзначається виконання негативних зобов'язань. Сутність негативних зобов'язань полягає в тому, що предметом виконання є утримання від дій, і зобов'язання виконується протягом усього часу існування зобов'язальних правовідносин. Наприклад, комітент може бути зобов'язаний утримуватися від укладення договору комісії з іншими особами (ч. 2 ст. 1012 ЦК) під час строку дії договору комісії.

§ 4. Спосіб, строк (термін) та місце виконання зобов'язання

Спосіб виконання зобов'язання — це порядок та послідовність здійснення сторонами дій у процесі виконання зобов'язання.

Спосіб виконання зобов'язання, як правило, обирається сторонами при його виникненні та може полягати в одноразовому повному виконанні (наприклад, шляхом передачі речі, здачі її перевізнику чи організації зв'язку), періодичному виконанні зобов'язання частинами (зокрема, поставка товарів, сплата грошових сум), або постійному виконанні (наприклад, виконавець за договором на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт зобов'язаний утримуватися від публікації без згоди замовника науково-технічних результатів, одержаних при виконанні робіт (п. 3 ч. 1 ст. 897 ЦК).

Виконання боржником зобов'язання частинами може бути не вигідним для кредитора. Внаслідок чого за загальним правилом кредитор має право не приймати від боржника виконання його обов'язку частинами, якщо інше не встановлено договором, актами цивільного законодавства або не впливає із суті зобов'язання чи звичаїв ділового обороту (ст. 529 ЦК). Тобто за умови спроби боржника виконати зобов'язання частинами таке виконання може не прийматися кредитором. У цьому разі боржник, який здійснив часткове виконання, несе ризик наслідків, що можуть виникнути через подібну відмову кредитора. Звісно, якщо кредитор не скористається правом на неприйняття виконання, воно буде вважатися належним.

На недопустимість виконання зобов'язання частинами впливає і предмет виконання. Оскільки якщо предметом зобов'язання виступає передача речі, визначеної індивідуальними ознаками, самою сутністю зобов'язання виключається його виконання частинами.

У деяких випадках самому кредиторіві належить право вимагати від боржника виконання зобов'язання частинами. Наприклад, володілець складського та заставного свідоцтва має право вимагати **видачі товару частинами**. При цьому в обмін на первісні свідоцтва йому видаються нові свідоцтва на товар, що залишився на складі (ч. 3 ст. 966 ЦК).

Спеціальна послідовність виконання зобов'язання передбачена для **зустрічного виконання зобов'язання** (ст. 538 ЦК). Воно є властивим для виконання взаємних (синалагматичних) зобов'язань, тому що тільки у цих зобов'язаннях сторони одночасно виступають боржником і кредитором та мають кореспондуючі права й обов'язки.

Під зустрічним виконанням зобов'язання розуміється виконання свого обов'язку однією зі сторін, що згідно із договором обумовлене виконанням обов'язку другою стороною. Таке виконання характеризується двома моментами: а) воно повинно відбуватися лише за умови виконання іншою стороною; б) і тільки після здійснення виконання іншою стороною.

При цьому сторони повинні виконувати свої обов'язки **одночасно**, якщо інше не встановлено договором, актами цивільного законодавства, не впливає із сутності зобов'язання або звичаїв ділового обороту. Втім вимога ЦК відносно одночасності виконання не може звичайно тлумачитися буквально, адже реально достатньо невелика кількість зобов'язань може виконуватися одночасно, прикладом чого можуть бути, як правило, зобов'язання із роздрібною купівлі-продажу.

У випадку коли одній із сторін наперед відомо про неможливість виконання нею свого обов'язку, вона повинна своєчасно повідомити про це другу сторону.

Загальними правовими наслідками невиконання однією зі сторін зустрічного обов'язку чи за наявності очевидних підстав вважати, що перша сторона не виконає свого обов'язку у встановлений строк (термін) або виконає його не в повному обсязі, виступає: а) зупинення виконання зобов'язання другою стороною; б) відмова її від його виконання частково або в повному обсязі. Право обрати одну із цих можливостей має інша сторона, причому її вибір повинен відповідати змісту порушення. Зупинення виконання зобов'язання або ж повна чи часткова відмова від його виконання є засобом локалізації, попередження можливих збитків іншої сторони.

Цивільним законодавством можуть передбачатися і спеціальні наслідки невиконання зустрічного обов'язку. Зокрема, якщо підрядник своєчасно не розпочав роботу або виконує її настільки повільно, що закінчення її у строк стає явно неможливим, замовник має право відмовитися від договору підряду та вимагати відшкодування збитків (ч. 2 ст. 849 ЦК).

Виконання зустрічного зобов'язання однією зі сторін, незважаючи на невиконання свого обов'язку другою стороною, не звільняє останню від виконання свого обов'язку.

Специфічним способом виконання зобов'язання по передачі кредитором грошових сум та цінних паперів виступає їх **внесення до депозиту нотаріуса або нотаріальної контори** (ст. 537 ЦК).

Боржник наділяється правом внесення грошових сум та цінних паперів у випадку: а) відсутності кредитора або уповноваженої ним особи у місці виконання зобов'язання; б) ухилення кредитора або уповноваженої ним особи від прийняття виконання або в разі іншого прострочення з їхнього боку; в) відсутності представника недієздатного кредитора. За таких умов виконання зобов'язання вважається належним.

Для договору підряду законодавцем передбачені спеціальні правила по внесенню грошових коштів у депозит нотаріуса або нотаріальної контори (ч. 5 ст. 853, ч. 1 ст. 874 ЦК). Зокрема, у разі нез'явлення замовника за одержанням виконаної роботи або іншого ухилення замовника від її прийняття підрядник має право, письмово попередивши замовника, зі спливом двох місяців від дня такого попередження продати предмет договору побутового підряду за розумну ціну, а суму виторгу, з вирахуванням усіх належних підрядникові платежів, внести у депозит нотаріуса, нотаріальної контори на ім'я замовника (ч. 1 ст. 874 ЦК).

Прийняття нотаріусом грошових сум і цінних паперів провадиться за місцем виконання зобов'язання (ч. 3 ст. 85 Закону України «Про нотаріат»)¹². При внесенні боргу в депозит на нотаріуса покладається обов'язок по повідомленню кредитора, що виконується ним згідно із вимогами розділу 31 Глави III Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України¹³.

¹² Про нотаріат [Текст] : Закон України від 2 верес. 1993 р. № 3425-XII // Відом. Верхов. Ради України. – 1993. – № 39. – Ст. 383.

¹³ Інструкція про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України [Текст] : наказ М-ва юстиції України від 3 берез. 2004 р. № 20/5 // Офіц. вісн. України. – 2004. – № 10. – Ст. 639.

Строк (термін) виконання — це певний період (момент) в часі, коли має бути виконане зобов'язання. У зв'язку з тим, що строки (терміни) виконання зобов'язання є різновидом цивільно-правових строків (термінів), на них повною мірою поширюються вимоги встановлення, перебігу, спливу. Внаслідок чого строк (термін) може бути встановлений у зобов'язанні й визначатися роками, місяцями, тижнями, днями, годинами, календарною датою або вказівкою на подію, яка має неминуче настати. Дотримання вимоги щодо строку (терміну) має важливе значення для належного виконання зобов'язання. Оскільки правовим наслідком невиконання зобов'язання у визначений строк (термін) може бути прострочення як кредитора, так і боржника.

Зазвичай у зобов'язанні передбачений тільки строк його виконання. Проте можуть бути, особливо у триваючих зобов'язаннях, й проміжні строки виконання певних обов'язків (наприклад, згідно із ч. 1 ст. 846 ЦК у договорі підряду можуть міститися строки виконання роботи або її окремих етапів).

З точки зору визначеності періоду (моменту) виконання існують зобов'язання із **визначеним і невизначеним строком** (терміном) виконання. Зобов'язання, строк (термін) виконання яких є визначеним, підлягають виконанню саме у цей строк (термін). Зобов'язання, строк (термін) виконання яких визначений вказівкою на подію, яка неминуче має настати (наприклад, початок судноплавства), підлягає виконанню з настанням цієї події.

У разі коли строк (термін) виконання боржником обов'язку **не встановлений або визначений моментом пред'явлення вимоги**, кредитор має право вимагати виконання такого зобов'язання у будь-який час. Для того щоб у цьому разі не виникало невизначеності та чіткого обчислення строку позовної давності, боржнику надається **пільговий семиденний строк** (ст. 261 ЦК) від дня пред'явлення вимоги кредитора за умови, що обов'язок його негайного виконання не впливає із договору або актів цивільного законодавства. Хоча статтею 530 ЦК і не передбачається закріплення інших пільгових строків, щодо повернення позики встановлюється **тридцятиденний пільговий строк** (абз. 2 ч. 1 ст. 1049 ЦК).

У деяких випадках зобов'язання повинне бути виконане у **розумний строк**, тобто у необхідний для вчинення певної дії, що направлена на виконання зобов'язання. Зокрема, якщо договором не встановлено строк доставки товару для вручення його покупцеві, товар має бути доставлений у **розумний строк** після одержання вимоги покупця (ч. 3 ст. 704 ЦК).

Негайне виконання зобов'язання може мати місце, коли такий обов'язок слідує із умов договору або актів цивільного законодавства. Зокрема, відповідно до ст. 765 ЦК наймодавець зобов'язаний передати наймачеві майно у користування **негайно** або у строк, встановлений договором найму.

У зобов'язаннях із визначеним строком може постати питання про допустимість його **дострокового виконання**. За загальним правилом, передбаченим ст. 531 ЦК, **боржник має право** виконати свій обов'язок **достроково**, якщо інше не встановлено договором, актами цивільного законодавства або не впливає із суті зобов'язання чи звичаїв ділового обороту. Наприклад, передача речей на зберігання у зв'язку із відрядженням за кордон на певний строк звичайно унеможливило дострокове виконання зобов'язання зберігачем (боржником).

Від права дострокового виконання зобов'язання боржником слід відмежовувати випадки, у яких кредитору надається право **вимагати дострокового** виконання зобов'язання. Таке право може бути, зокрема: а) спрямоване на уникнення можливих порушень прав кредитора при зменшенні статутного капіталу або припиненні юридичної особи. Наприклад, згідно із ч. 5 ст. 144 ЦК у разі зменшення статутного капіталу товариства з обмеженою відповідальністю кредитори мають право вимагати **дострокового виконання відповідних зобов'язань** товариства; б) обумовлене порушенням обов'язків за договором. Зокрема, право вимагати дострокового виконання зобов'язання надається позикодавцю щодо дострокового повернення позики у разі невиконання позичальником обов'язків, встановлених договором позики, щодо забезпечення повернення

позики (ст. 1052 ЦК); в) впливати із сутності того чи іншого договору. Наприклад, зберігач зобов'язаний на першу вимогу покладавця повернути річ, навіть якщо строк її зберігання не закінчився (ст. 953 ЦК).

Місцем виконання зобов'язання є те місце, в якому мають вчинятися дії, що становлять предмет зобов'язання. Як правило, воно встановлюється в договорі. У разі якщо місце виконання зобов'язання визначено в договорі, виконання зобов'язання саме в цьому місці є належним.

Однак не виключені випадки, коли місце виконання зобов'язання у договорі не передбачене. Тоді належним вважається виконання, що здійснено за **місцем проживання фізичної або місцезнаходженням юридичної особи боржника**. Таким є загальне правило для виконання усіх зобов'язань, окрім тих, для виконання яких у ст. 532 ЦК передбачене інше місце виконання.

Спеціальні правила щодо місця виконання зобов'язань встановлені для зобов'язань:

– **про передавання у власність або в користування** земельних ділянок, будинків, споруд або іншого **нерухомого майна**, які мають виконуватися за місцезнаходженням такого майна;

– **про передавання товару (майна), що виникають на підставі договору перевезення**, що виконуються за місцем здавання товару (майна) перевізникові (наприклад, морський порт, аеропорт, станція);

– **про передавання товару (майна), що виникає з будь-яких інших правочинів** (наприклад, договору зберігання), які повинні виконуватися за місцем виготовлення або зберігання товару (майна), за умови, що це місце було відоме кредиторіві на момент виникнення зобов'язання;

– **грошових**, що виконуються за місцем проживання (місцезнаходженням) кредитора на момент виникнення зобов'язання. У разі коли кредитор на момент виконання грошового зобов'язання змінив місце проживання (місцезнаходження) і повідомив про це боржника, належним вважається виконання, що здійснено за новим місцем проживання (місцезнаходженням) кредитора. При цьому всі витрати, що пов'язані зі зміною місця виконання зобов'язання, покладаються на кредитора. Вказане правило стосується визначення місця виконання зобов'язань щодо сплати готівкових грошей.

У випадку відсутності кредитора за місцем проживання (місцезнаходженням) боржник може виконати зобов'язання шляхом внесення грошей у депозит нотаріуса або нотаріальної контори (ст. 537 ЦК).

Наведені правила визначення місця виконання зобов'язання застосовуються, якщо інше не встановлено актами цивільного законодавства або не впливає із суті зобов'язання чи звичаїв ділового обороту.

§ 5. Підтвердження виконання зобов'язання

Належне виконання припиняє зобов'язання (ст. 599 ЦК), внаслідок цього воно має бути документально підтвердженим для визначеності у відносинах між сторонами, безпідставних вимог кредитора, а в разі оспорювання проведеного виконання — заради забезпечення письмових доказів.

За загальним правилом кредитор, який прийняв частково або в повному обсязі виконання зобов'язання від боржника, повинен видати йому розписку про одержання виконання, але лише за умови, що боржник вимагає цього від кредитора (ст. 545 ЦК). Причому така вимога може бути адресована кредитору незалежно від підстави виникнення зобов'язання. Ця норма має загальне значення й застосовується до всіх випадків виконання зобов'язань, якщо для них не передбачені спеціальні правила. Зокрема, передавання робіт підрядником і прийняття їх замовником оформляється актом, підписаним обома сторонами (ч. 4 ст. 882 ЦК).

При виконанні зобов'язань, щодо яких передбачено видачу боргового документа кредиторіві (наприклад, розписки про прийняття речі на зберігання, боргової розписки), він повинен бути повернутий боржникові при прийнятті виконання, оскільки наявність боргового документа у боржника

підтверджує виконання ним свого обов'язку. За неможливості повернути боржникові борговий документ, зокрема при його втраті, фізичному знищенні, пошкодженні, кредитор повинен вказати про це у розписці, яку він видає. У такому випадку розписка буде належним підтвердженням виконання.

Відмова кредитора повернути борговий документ або видати розписку зумовлює право боржника затримати виконання зобов'язання і настання прострочення кредитора (ст. 613 ЦК).

Питання для самоконтролю

- Що розуміється під виконанням зобов'язання?
- Які існують принципи виконання зобов'язань? Розкрийте їх сутність.
- Суб'єкти виконання зобов'язань.
- Особливості виконання грошових зобов'язань.
- У чому полягає специфіка виконання субсідарних зобов'язань?
- Спосіб виконання зобов'язань.
- Значення строків (термінів) та місця виконання зобов'язання.

ГЛАВА 32

ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВИКОНАННЯ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ

§ 1. Загальна характеристика видів забезпечення виконання зобов'язання (забезпечень)

У радянському праві видам забезпечення виконання зобов'язання не приділялася достатня увага, оскільки при плановій системі господарювання особливе значення мало реальне виконання договірних зобов'язань і у разі їх порушення до соціалістичних організацій застосовувалися міри цивільно-правової відповідальності, які перш за все стимулювали сторони до належного виконання зобов'язань у майбутньому.

Цей період став зірковим для неустойки, вона зазнала детального вивчення і була названа царицею видів забезпечення виконання зобов'язань саме тому, що є формою цивільно-правової відповідальності. Інші ж забезпечення майже не досліджувалися в зв'язку з їх незатребуваністю на практиці, і це, безумовно, негативно вплинуло на розвиток інституту видів забезпечення виконання зобов'язань.

З переходом до ринкових відносин, який характеризується рівністю всіх форм власності та розвитком підприємництва, даний інститут цивільного права зазнав бурхливого розвитку.

Безумовно цінність зобов'язання полягає в його виконанні. Оскільки зобов'язання є різновидом правовідносин, воно охороняється примусовою силою держави, і щодо боржника у разі порушення зобов'язання застосовуються міри цивільно-правової відповідальності. Однак можливість стягнення збитків не завжди здатна задовольнити інтереси кредитора. *Трапляються випадки, коли боржник не виконує свої зобов'язання, але кредитор ніяких збитків не зазнає, або якщо і зазнає, то з тих чи інших причин не може довести їх розмір.* Можливо також, що суд (господарський суд) винесе рішення про примусове стягнення боргу, але це рішення залишиться без виконання у зв'язку з відсутністю у боржника коштів та майна, на яке може бути звернено стягнення.

У зв'язку з цим закон передбачає **спеціальні міри, що стимулюють боржника до належного виконання зобов'язання та забезпечують захист майнових інтересів кредитора** на випадок порушення зобов'язання боржником.

Ці міри на відміну від стягнення збитків, застосовуються не у всіх випадках невиконання або неналежного виконання зобов'язань, а лише щодо тих зобов'язань, для забезпечення яких вони спеціально встановлені законом або домовленістю сторін, і тому є додатковими забезпечувальними мірами. Закон іменує ці міри **видами забезпечення виконання зобов'язань** (в юридичній літературі їх ще називають забезпечувальними зобов'язаннями або просто **забезпеченнями**).

Згідно зі ст. 546 ЦК забезпеченнями є: **неустойка, порука, гарантія, завдаток, застава та притримання**. Крім названих поименованих забезпечень договором або законом можуть бути встановлені й інші види забезпечення виконання зобов'язання (ч. 2 ст. 546 ЦК). При цьому, встановлюючи договором новий вид забезпечення виконання зобов'язання, сторони повинні враховувати вимоги щодо загальних положень про забезпечення виконання зобов'язань, а саме: акцесорний характер останніх та їх функціональну спрямованість (стимулювання боржника до належного виконання зобов'язання та захист майнових інтересів кредитора у разі порушення зобов'язання).

Доцільність використання того чи іншого виду забезпечення виконання зобов'язання залежить від сутності забезпеченого зобов'язання. Зокрема, для зобов'язань, що виникають з договору позики чи кредитного договору, найбільш прийнятними є такі забезпечення, як застава, порука, гарантія. Якщо ж мова йде про зобов'язання з виконання робіт чи надання послуг, доцільніше використовувати неустойку, оскільки тут інтерес кредитора полягає не в отриманні від боржника певної суми грошей, а в одержанні певного результату. Можливе встановлення щодо забезпечення виконання одного зобов'язання одночасно декількох видів забезпечення виконання зобов'язань (наприклад, застави та неустойки, поруки та застави).

За загальним правилом **підставою для встановлення та застосування** виду забезпечення виконання зобов'язання є **домовленість** сторін про певне забезпечення. Крім договору, підставою виникнення неустойки

може виступати **закон**, а застави — закон та **рішення суду**. Притримання сконструйовано законодавцем як законне забезпечення.

Закон встановлює обов'язкову **письмову форму** правочину щодо видів забезпечення виконання зобов'язань. Згідно з ч. 2 ст. 547 ЦК правочин щодо забезпечення виконання зобов'язання, вчинений із недодержанням письмової форми, є нікчемним. При цьому сторони можуть укласти як договір про встановлення того чи іншого забезпечення (договір про заставу, поруку, завдаток та інші забезпечення), так і включити домовленість про певне забезпечення як одну з умов основного договору. Так, наприклад, договір позики може містити умову про поруку, що забезпечить виконання договору позичальником. У цьому випадку договір позики підписують позикодавець, позичальник та поручитель.

Кредитор за основним і забезпечувальним зобов'язанням — це завжди одна й та ж особа. Реалізація його прав за забезпечувальним зобов'язанням пов'язана з моментом порушення боржником основного зобов'язання, виконання якого і забезпечувалося певним видом забезпечення виконання зобов'язання.

Забезпечувальне зобов'язання має **акцесорний (додатковий)** характер щодо основного (забезпеченого) зобов'язання. Акцесорність означає, що забезпечувальне зобов'язання не може існувати само по собі, без зв'язку з основним зобов'язанням. Воно виникає виключно для забезпечення певного зобов'язання і поділяє долю останнього

(ст. 548 ЦК). Єдиним винятком щодо акцесорності серед видів забезпечення виконання зобов'язання є гарантія, сконструйована законодавцем у ЦК як самостійне, незалежне від основного зобов'язання забезпечення.

Забезпечення **класифікуються** за різними критеріями. Зокрема, вони можуть бути поділені на 1) **особисті** та 2) **майнові (речові)** види забезпечення виконання зобов'язань. У разі встановлення особистого забезпечення (неустойка, порука, гарантія) кредитор покладається на ділову репутацію, порядність боржника або третьої особи (поручителя чи гаранта), від яких має отримати задоволення своїх вимог у разі порушення зобов'язання боржником. При заставі ж та притриманні кредитор «вірить» не особі, а певному майну, на яке у разі необхідності буде звернене стягнення для задоволення його інтересів.

Забезпечення може надаватися: 1) **боржником** за основним зобов'язанням (неустойка, завдаток); 2) **третьою особою** (гарантія, порука); 3) **як боржником, так і третьою особою** (застава).

Крім того, **розрізняються** види забезпечення виконання зобов'язань як такі, що 1) є **мірами цивільно-правової відповідальності**, та такі, які 2) **не виступають ними**. До перших належить неустойка та завдаток, стягнення яких можливе лише за наявності вини боржника. При реалізації застави, притримання, поруки та гарантії вина боржника не має значення, береться до уваги лише факт порушення останнім забезпеченого (основного) зобов'язання.

З огляду на функціональне призначення забезпечень останні поділяють на такі, що: 1) **стимулюють боржника** до належного виконання зобов'язання (неустойка, завдаток); 2) **захищають майнові інтереси кредитора** у разі порушення боржником зобов'язання (порука, гарантія); 3) **як стимулюють боржника** до виконання зобов'язання, так і **захищають майнові інтереси кредитора** у разі порушення боржником зобов'язання (застава, притримання).

Неустойка та завдаток стимулюють боржника до належного виконання зобов'язання під загрозою сплати штрафу чи пені або втрати завдатку на випадок порушення зобов'язання. Ці забезпечення спрямовані саме на виконання зобов'язання або, іншими словами, забезпечують права кредитора шляхом створення умов, які підвищують вірогідність належного виконання зобов'язання боржником.

Сплата грошової суми поручителем або гарантом надає кредитору те, що він мав отримати від боржника, захищаючи у такий спосіб майнові інтереси кредитора у зв'язку з порушенням боржником зобов'язання. Оплата ж боржником послуг поручителя (ст. 558 ЦК) чи гаранта (ст. 567 ЦК), незалежно від того, чи доведеться ними скористатися, і сплата останнім за зворотною вимогою у разі виконання ними обов'язку перед кредитором того, що боржник мав сплатити за основним зобов'язанням, враховуючи виграний час, ставлять під сумнів наявність у поруки та гарантії стимулюючої функції.

Такі види забезпечення виконання зобов'язань, як застава і притримання, стимулюють боржника до належного виконання зобов'язання можливістю звернення стягнення на майно боржника і захищають майнові інтереси кредитора у разі порушення зобов'язання боржником шляхом одержання задоволення за рахунок заставленого (притриманого) майна переважно перед іншими кредиторами цього боржника.

§ 2. Неустойка

Одним із найбільш поширених видів забезпечення виконання зобов'язань, який виступає формою цивільно-правової відповідальності, є **неустойка** — грошова сума або інше майно (рухоме та нерухоме), яке боржник повинен передати кредитору у разі порушення боржником зобов'язання (ст. 549 ЦК).

Різновидами неустойки виступають штраф та пеня. **Штрафом** визнається неустойка, що обчислюється у відсотках від суми невиконаного або неналежно виконаного зобов'язання. **Пенею** є неустойка, що обчислюється у відсотках від суми несвоєчасно виконаного грошового зобов'язання за кожен день прострочення виконання. Отже, на відміну від штрафу, пенею забезпечується своєчасне виконання грошового зобов'язання.

Можливість стягнення з боржника неустойки у вигляді майна є однією із новел ЦК. Як зазначається в новітній учбовій літературі, «механізм реалізації такого права поки що невизначений, що на практиці може створити значні труднощі при обчисленні та стягненні такого виду неустойки»¹⁴. Дійсно, на практиці учасники цивільних відносин встановлюють неустойку у вигляді грошової суми і не зв'язуються з так званою «товарною неустойкою».

На нашу думку, немає проблем щодо обчислення неустойки у вигляді майна (рухомого та нерухомого) для такого її різновиду, як штраф, за умови повного невиконання зобов'язання боржником. Наприклад, сторони передбачили у договорі неустойку у вигляді штрафу розміром 50 % від суми невиконаного зобов'язання, яке полягало у поставці партії товару вартістю 80 000 грн і відповідно, якщо у вказаний у договорі строк товар не буде поставлено, то 40 000 грн — розмір неустойки у вигляді штрафу. Розрахувавши цю суму наперед, сторони визначають, що їй відповідатиме певне майно, наприклад, гаражний бокс (його місцезнаходження, характеристика). Відповідно передача права власності на це майно і буде сплатою встановленого штрафу. Що ж стосується тих випадків, коли розмір неустойки не є постійним, а саме при встановленні штрафу на випадок неналежного виконання, часткового виконання зобов'язання або неустойки у вигляді пені, розмір якої змінюється за кожен день прострочення несвоєчасно виконаного грошового зобов'язання, то вважаємо можливим стягнення неустойки у вигляді майна лише за умови, що таким майном виступатимуть рухомі речі, визначені родовими ознаками. При цьому сторони мають визначити, що один відсоток при стягненні неустойки є еквівалентом певної міри майна, визначеного родовими ознаками, а саме — 1 відсоток — 10 л. бензину (його марка та ціна), 1 мішок цукру (його вага, сорт, ціна), 5 комплектів постільної білизни (артикул,

¹⁴ Харитонов, Є. О. Цивільне право України [Текст] : підручник / Є. О. Харитонов, О. І. Харитонova, О. В. Старцев. – Вид. 2-ге, переробл. і допов. – К. : Істина, 2009. – С. 436.

ціна) і т.д. У такий спосіб, на нашу думку, може бути стягнута неустойка у вигляді штрафу та пені, розмір яких не є незмінним.

Неустойка та її розмір **може встановлюватися** договором або актом цивільного законодавства. Відповідно **договірної** неустойка встановлюється домовленістю сторін. Її розмір, співвідношення із збитками, порядок обчислення залежить цілком від сутності відносин за основним зобов'язанням та волі його учасників. **Законна** неустойка визначається актом цивільного законодавства і застосовується незалежно від того, чи передбачений обов'язок її сплати домовленістю сторін. Наприклад, ст. 709 ЦК, що визначає порядок і строки задоволення вимог споживача про заміну товару неналежної якості або усунення недоліків, встановлює, що за кожен день прострочення продавцем або виготовлювачем усунення недоліків товару і невиконання вимоги про надання в користування аналогічного товару на час усунення недоліків продавець сплачує покупцеві неустойку в розмірі одного відсотка вартості товару. Розмір неустойки, встановленої законом, сторони можуть як збільшити, так і зменшити (крім випадків, передбачених законом) у договорі (ст. 551 ЦК).

Залежно від співвідношення із збитками розрізняють **штрафну, залікову, виключну та альтернативну** неустойку.

Штрафною називається неустойка, яка стягується понад збитки. Саме штрафна неустойка згідно із ст. 624 ЦК застосовується у всіх випадках, якщо сторони у договорі не передбачають інший вид неустойки.

Якщо в договорі сторони передбачають обов'язок по відшкодуванню збитків боржником лише у тій частині, у якій вони не покриті неустойкою, то мова йде про **залікову** неустойку. Наприклад, якщо порушенням зобов'язання заподіяно збитків на суму 2000 грн, а неустойку встановлено в сумі 600 грн, кредитор має право вимагати від боржника відшкодування збитків лише в сумі 1400 грн.

Виключна неустойка обмежує відповідальність боржника сплатою тільки неустойки і відповідно виключає вимоги щодо відшкодування збитків.

Якщо кредитору дозволяється на свій вибір вимагати від боржника стягнення або неустойки або відшкодування збитків, така неустойка визнається **альтернативною**.

Найбільшу забезпечувальну силу має штрафна (кумулятивна) неустойка, яка виконує виключно штрафну функцію. Інші види неустойки (залікова, виключна, альтернативна) поряд із штрафною функцією виконують і компенсаційну функцію (використовуються для відшкодування збитків або зараховуються у суму їх відшкодування).

Неустойка завжди була популярним видом забезпечення виконання зобов'язань, особливо в договірних відносинах за участю юридичних осіб.

Н. С. Кузнєцова підкреслює, що в умовах планово-розподільчої економіки неустойка визнавалася безперечною «царицею» серед способів забезпечення виконання зобов'язання¹⁵. Це можна пояснити передусім тим, що сума, на яку міг претендувати кредитор у разі невиконання зобов'язання боржником, була визначена заздалегідь, а її стягнення не пов'язувалося з необхідністю доводити розмір заподіяних збитків та причинний зв'язок між останніми і порушенням зобов'язання боржником. Крім того, стягнення неустойки не перешкождало можливому відшкодуванню збитків, якщо кредитор доводив їх наявність, розмір і причинний зв'язок з правопорушенням. Дані властивості притаманні неустойці як мірі цивільно-правової відповідальності.

Враховуючи останнє, неустойка, по-перше, стягується тільки за факт винного порушення зобов'язання і кредитор не має права на її стягнення, в разі якщо боржник не відповідає за порушення зобов'язання, тобто коли він звільняється від відповідальності за порушення основного зобов'язання (ч. 3 ст. 550 ЦК та ст. 617

¹⁵ Цивільне право України [Текст] : підручник : у 2 кн. Кн. 1 / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової. – К. : Юрінком Інтер, 2002. – С. 663.

ЦК); по-друге, сплата неустойки не звільняє боржника від виконання зобов'язання в натурі, якщо інше не встановлено законом або договором (ч.1 ст. 622 ЦК); по-третє, суд може зменшити розмір неустойки, якщо вона є надмірно великою, зокрема, якщо розмір неустойки значно перевищує розмір завданих збитків та за наявності інших обставин, які мають істотне значення (ступінь виконання зобов'язання боржником; майновий стан сторін за зобов'язанням тощо), але не виключити повністю її стягнення. При цьому неустойка може бути зменшена тільки до розміру заподіяних кредитором збитків. Відшкодування збитків здійснюється у повному обсязі і має повернути потерпілу сторону не в те становище, в якому вона перебувала до укладення договору, а у становище, якого вона набула б, якби договір було виконано належним чином.

Законодавець до вимог про стягнення неустойки встановлює скорочений строк позовної давності — один рік (ч. 2 ст. 258 ЦК).

У науці цивільного права виділяють штрафну та оціночну теорії неустойки. Оціночна теорія, що закріплена законодавством ряду європейських країн, розглядає неустойку як заздалегідь обумовлену оцінку можливих збитків. Так, згідно зі ст. 1229 Французького цивільного кодексу неустойка «є відшкодуванням за збитки, які кредитор зазнає внаслідок невиконання основного зобов'язання»¹⁶. В українському законодавстві оціночна теорія неустойки не знайшла законодавчого закріплення ані за радянських часів, ані у новому ЦК України. Неустойка — це вид забезпечення виконання зобов'язання, який за загальним правилом виконує штрафну функцію (штрафна неустойка), але може виконувати також і компенсаційну функцію (залікова, виключна, альтернативна неустойка). При цьому, як зазначав О. С. Иоффе, компенсаційна функція неустойки не має нічого спільного з її «оціночним» характером, оскільки в першому випадку враховуються цілі, на які стягнена неустойка використовується, а в другому їй приписується властивість заздалегідь оцінити розмір можливих при порушенні зобов'язання збитків¹⁷.

§ 3. Завдаток

Ще одним видом забезпечення виконання зобов'язань, який є формою цивільно-правової відповідальності, виступає завдаток. Згідно з ч. 1 ст. 570 ЦК **завдаток — це грошова сума або рухоме майно, що видається кредитором боржником у рахунок належних з нього за договором платежів, на підтвердження зобов'язання і на забезпечення його виконання.**

Спираючись на дану дефініцію, за завдатком традиційно визнається платіжна, посвідчувальна й забезпечувальна **функції**. Але якщо забезпечувальну функцію він виконує завжди, то платіжну й посвідчувальну — за певних умов. Так, **платіжна** функція виконується завдатком лише в разі належного виконання сторонами зобов'язання. Він може бути виданий лише тією стороною за договором, на якій лежить обов'язок передати грошову суму або рухоме майно, і у разі виконання зобов'язання сторонами сума завдатку зараховується в рахунок належних з неї платежів.

Посвідчувальну функцію завдаток виконує у спорі між сторонами щодо того, чи було укладено договір, але при цьому має на увазі укладення договору в усній формі, коли недодержання сторонами письмової форми, встановленої законом, не тягне за собою його недійсність. Саме в цьому разі укладення договору може

¹⁶ Годэме, Е. Общая теория обязательств [Текст] / Е. Годэме. — М., 1948. — С. 395; Гражданское и торговое право капиталистических государств [Текст] : учебник. — М., 1993. — С. 304–307.

¹⁷ Иоффе, О. С. Избранные труды [Текст] : в 4 т. Т. III. Обязательственное право / О. С. Иоффе. — СПб. : Юрид. центр Пресс, 2004. — С. 210.

доводиться передачею й одержанням завдатку, а його оформлення (за правилами ст. 547 ЦК) і виступатиме письмовим доказом, що доводитиме факт вчинення договору (ч.1 ст. 218 ЦК). Укладення ж договору, який підлягає нотаріальному посвідченню або державній реєстрації, не може бути підтверджено передачею завдатку (статті 639, 640 ЦК).

Забезпечувальна функція завдатку полягає у стимулюванні сторін до належного виконання зобов'язання під загрозою втрати завдатку боржником або повернення завдатку та додаткової сплати суми у розмірі завдатку або його вартості кредитором.

Завдаток — це єдиний вид забезпечення виконання зобов'язань, який забезпечує виконання зобов'язання як кредитором, так і боржником, що дозволяє М. Ф. Єрмошкіній називати його двостороннім способом забезпечення з однаковим розміром суми, яка може бути втрачена кожною зі сторін¹⁸. За загальним правилом забезпечення надається на вимогу кредитора боржником і відповідно забезпечує виконання зобов'язання останнім. При передачі ж завдатку грошова сума або рухоме майно, передане боржником кредитору, забезпечує виконання зобов'язання як боржником (він втрачає завдаток при порушенні зобов'язання), так і кредитором (має повернути завдаток та додатково сплатити суму у розмірі завдатку або його вартості у разі порушення зобов'язання).

ЦК України 2003 р. порівняно з раніше діючим законодавством не містить обмежень стосовно суб'єктного складу договору про встановлення завдатку, що означає можливість його використання у зобов'язаннях за участю будь-яких учасників цивільних відносин, а не лише громадян.

У науковій юридичній літературі триває спір щодо визнання реального характеру договору завдатку та забезпеченого ним зобов'язання. Так, Н. Ю. Рассказова вважає, що оскільки видача завдатку є доказом укладення забезпеченого ним договору, такий договір, є реальним і вважається укладеним з моменту передачі завдатку¹⁹. На нашу думку, договір про завдаток — це додатковий і залежний від основного договір, що укладається з метою забезпечення виконання останнього. Недійсність договору про завдаток не впливає на дійсність основного договору (ч. 3 ст. 548 ЦК). З огляду на це договір про завдаток не може впливати на характер основного договору, який відповідно може бути як консенсуальним, так і реальним. Сам же договір про завдаток незалежно від його суми завжди має вчинятися у письмовій формі (ст. 547 ЦК) і вважається укладеним лише після виконання обов'язку по передачі предмета завдатку контрагентові, що вказує на його реальний характер. Якщо сторони вирішили забезпечити виконання договору завдатком, то з моменту передачі останнього кредитором, що оформлюється згідно з вимогам ст. 547 ЦК, договір завдатку є укладеним. У зв'язку з цим вважаємо помилковою висловлену в юридичній літературі точку зору щодо можливості визнання договору завдатку як реальним, так і консенсуальним²⁰, наголошуючи на реальному характері останнього, що відповідає традиційному сприйняттю природи договору завдатку.

Від завдатку слід відрізнити **аванс — повний або частковий платіж за договором, що передається кредитором в рахунок майбутніх платежів**. Видача авансу підкоряється загальним правилам про виконання зобов'язання, а при невиконанні останнього він завжди підлягає поверненню. Сума авансу, яка залишилася у сторони, відповідальної за порушення зобов'язання, розцінюється як безпідставне збагачення. Враховуючи

¹⁸ Ермошкіна, М. Ф. Задаток: понятие, правовая квалификация, отдельные виды и сфера применения [Текст] / М. Ф. Ермошкіна. — М. : Статут, 2008. — С. 88.

¹⁹ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации [Текст]. Ч. 1 (постатейный) / под ред. Н. Д. Егорова, А. П. Сергеева. — 3-е изд., перераб. и доп. — М. : ТК Велби: Проспект, 2005, — С. 724.

²⁰ Гражданское право [Текст] : учебник : в 2 т. Т. II, полутом. 1 / отв. ред. Е. А. Суханов. — 2-е изд., перераб. и доп. — М. : Волтерс Клувер, 2004. — С. 62.

прагнення обігу до спрощення, законодавець припускає, що сторони виходять з більш простого і звичного (аванс), а не складного й незвичного (завдаток), і у ч. 2 ст. 570 ЦК встановлює презумпцію — будь-який платіж вважається авансом, якщо не буде встановлено, що сума, сплачена в рахунок належних з боржника платежів, є завдатком.

Оскільки аванс не є забезпеченням, то сторона, яка його одержала, у разі невиконання нею своїх зобов'язань повинна лише повернути аванс, а не сплачувати його подвійну суму. Якщо ж відповідальною за невиконання зобов'язання буде сторона, яка передала аванс, вона має право вимагати його повернення.

Виступаючи **формою цивільно-правової відповідальності, втрата завдатку, як і стягнення неустойки**, можлива лише **за наявності вини** сторін у порушенні зобов'язання; **не припиняє зобов'язання**, забезпечене завдатком; **не звільняє порушника від виконання зобов'язання**.

За загальним правилом завдаток щодо збитків має заліковий характер, тобто збитки підлягають відшкодуванню з урахуванням суми (вартості) завдатку (ч. 2 ст. 571 ЦК). Однак у договорі сторони можуть передбачити, що у разі невиконання зобов'язання їх відповідальність буде обмежена лише сумою завдатку, і тоді права на відшкодування збитків, не покритих сумою завдатку, не виникає, оскільки зобов'язання припиняється.

Як справедливо підкреслюється в науковій юридичній літературі, таке припинення порушеного зобов'язання можливе лише за умови досягнення згоди між сторонами про визнання завдатку відступним (ст. 600 ЦК). Згода може бути передбачена сторонами ще при укладенні договору або досягнута після порушення зобов'язання. Для цього необхідно, щоб сторони своєю домовленістю у договорі, який забезпечується завдатком, встановили, що їх зобов'язання може бути припинено наданням відступного замість його виконання і що таким буде грошова сума (рухоме майно), що внесено як завдаток, або грошова сума (рухоме майно), що становить подвійну суму завдатку, якщо відступає від договору сторона, яка отримала завдаток. У такому випадку контрагент сторони, яка використала своє право відступитися, не матиме права вимагати відшкодування збитків, бо з передачею відступного зобов'язання припиняється²¹.

Отже, **припинення зобов'язання переданням завдатку у вигляді відступного** і відповідно обмеження відповідальності сумою завдатку залежить виключно від домовленості сторін, а оскільки кожен випадок надання відступного для кредитора неминуче означає програш або в сумі, або в часі, або в іншому інтересі, тому що змінюється форма задоволення, то кредитор навряд чи погодиться на зарахування завдатку як відступного, автоматично ж порушене зобов'язання втратою завдатку боржником або його поверненням і додатковою сплатою суми у розмірі завдатку або його вартості кредитором не припиняється.

§ 4. Поручка

Поручка як особистий вид забезпечення виконання зобов'язання означає, що у разі порушення боржником зобов'язання, нею забезпеченого, майнові інтереси кредитора задовольняються поручителем. Встановлюється поручка виключно в договірному порядку. Згідно зі ст. 553 ЦК **за договором поручки поручитель поручається перед кредитором боржника за виконання ним свого обов'язку. Поручитель відповідає перед кредитором за порушення зобов'язання боржником.**

Незважаючи на традиційне закріплення в законодавстві положень, що поручитель відповідає перед кредитором за порушення зобов'язання боржником (ч. 1 ст. 553 ЦК), а боржник і поручитель відповідають

²¹ Цивільне право України [Текст] : підручник : у 2 т. Т. 2 / за заг. ред В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. – К. : Юрінком Інтер, 2004. – С. 552.

перед кредитором як солідарні боржники (ч. 1 ст. 554 ЦК) і сьогодні серед цивілістів немає усталеного підходу до розуміння змісту поняття «відповідальність поручителя за договором поруки».

Перш за все спірним є питання стосовно того, чи несе поручитель відповідальність за невиконання зобов'язання боржником, або зобов'язаний виконати зобов'язання боржника в натурі; крім того, під сумнів ставиться наявність власної відповідальності поручителя за порушення договору поруки.

Одні дослідники вбачають обов'язок поручителя у несенні відповідальності за несправного боржника і при цьому розглядають «відповідальність» у вузькому розумінні — як обов'язок відшкодувати кредиторі збитки та сплатити санкції, які є наслідком порушення боржником зобов'язання²². За такого підходу відкритим залишається питання щодо обов'язку поручителя сплатити кредиторі суму боргу за забезпеченим порукою грошовим зобов'язанням, оскільки традиційно сплата грошового боргу цивільно-правовою відповідальністю не вважається²³. У доктрині цивільного права покладання на особу цивільно-правової відповідальності означає виникнення у неї обов'язку майнового характеру, якого не було до вчинення правопорушення. Так, відповідальність у разі порушення договірної зобов'язання проявляється у приєднанні до порушеного обов'язку боржника додаткового обов'язку, а недоговірної відповідальності — у встановленні нового обов'язку. Ці обов'язки не супроводжуються зустрічним наданням блага, і відповідно правопорушник позбавляється майнового блага, не отримуючи замість нього еквівалента. Саме тому обов'язок виконати зобов'язання в натурі, навіть у разі відшкодування збитків та сплати неустойки (реальне виконання зобов'язання), не розглядається як міра цивільно-правової відповідальності (ст. 622 ЦК). Такий обов'язок встановлений для боржника незалежно від порушення прав кредитора²⁴.

Отже, вказуючи, що поручитель зобов'язаний відшкодувати кредиторі «лише збитки» або що він несе «лише відповідальність» у зв'язку з порушенням боржником зобов'язання, дослідники не враховують повернення поручителем кредиторі боргу боржника, з чим не можна погодитися.

Інші вчені розуміють під відповідальністю поручителя обов'язок виконати за боржника його зобов'язання надати кредиторі те, що повинен був передати несправний боржник²⁵, вважаючи, що використання законодавцем словосполучення «відповісти за виконання» — лише данина традиції словозастосування й безпосередньо не стосується норм про відповідальність за порушення зобов'язань²⁶. Дійсно, тлумачення статей, присвячених правовим наслідкам порушення зобов'язання, забезпеченого порукою і правами поручителя, який виконав останнє, приводить до висновку, що поручитель повинен виконати зобов'язання боржника, а вислів законодавця, що поручитель «відповідає», слід сприймати не більш як умовність, певний

²² Див.: Хохлов, В. А. Обеспечение исполнения обязательств [Текст] / В. А. Хохлов. — Самара : Самар. гос. экон. акад., 1997. — С. 70; Брагинский, М. И. Договорное право [Текст]. Кн. 1: Общие положения / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. — Изд. 3-е, стер. — М. : Статут, 2001. — С. 576.

²³ Див.: Новоселова, Л. А. О правовых последствиях нарушения денежного обязательства [Текст] / Л. А. Новоселова // Вестн. Высш. Арбитр. Суда Рос. Федерации. — 1999. — № 7. — С. 36.

²⁴ Див.: Цивільне право України [Текст] : підручник : у 2 т. Т. 1 / за заг. ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. — К. : Юрінком Інтер, 2004. — С. 270.

²⁵ Див.: Шершеневич, Г. Ф. Курс гражданского права [Текст] / Г. Ф. Шершеневич. — Тула : Автограф, 2001. — С. 385 ; Победоносцев, К. П. Курс гражданского права [Текст] / К. П. Победоносцев. — Изд. 4-е. Т. 3: Договоры и обязательства. — СПб., 1896. — С. 296.

²⁶ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации [Текст]. Ч. I (постатейный) / под ред. Н. Д. Егорова, А. П. Сергеева. — 3-е изд., перераб. и доп. — М. : ТК Велби : Проспект, 2005. — С. 703.

епітет, який не міняє сутності його обов'язку сплатити кредиторю борг за боржника²⁷. На практиці часткова відповідальність поручителя означає, що він обмежує своє зобов'язання перед кредитором поверненням лише основної суми боргу без відшкодування неустойки або збитків, які виникли у зв'язку з невиконанням основного зобов'язання²⁸.

Отже, **відповідальністю поручителя** як у законодавстві, так і в юридичній літературі **традиційно називається обов'язок поручителя** за договором поруки. Що ж до змісту цього обов'язку, то, крім відшкодування збитків і сплати санкцій, поручитель зобов'язаний виконати грошове зобов'язання боржника. Таким чином, обов'язок поручителя за договором поруки має комплексний характер і містить:

1) обов'язок виконати грошове зобов'язання у разі його порушення боржником — сплатити суму основного боргу та проценти за користування чужими грошима; 2) сплатити проценти, викликані простроченням, неустойку, якщо вона була встановлена договором, та відшкодувати збитки, якщо їх зазнав кредитор у зв'язку з порушенням боржником грошового зобов'язання.

Незважаючи на те, що законодавець у ЦК УРСР 1922 р., ЦК УРСР 1963 р. і в чинному ЦК України 2003 р. називає відповідальністю поручителя обов'язок останнього за договором поруки, зміни, які відбулися в ЦК 2003 р., свідчать на користь нового підходу законодавця щодо вирішення даної проблеми. Так, назву ст. 554 ЦК, в якій розкривається зміст обов'язку поручителя, на відміну від ст. 192 ЦК УРСР змінено з «Відповідальність поручителя» на «Правові наслідки порушення зобов'язання, забезпеченого порукою», а в ч. 2 ст. 554 ЦК вперше закріплено, що поручитель відповідає перед кредитором у тому ж обсязі, що і боржник, а саме, включаючи сплату основного боргу, процентів, неустойки, відшкодування збитків, якщо інше не встановлено договором поруки. Зазначені положення підкреслюють комплексний характер обов'язку поручителя та дозволяють стверджувати, що забезпечене порукою зобов'язання, яке має виконати поручитель у разі його порушення боржником, є **зобов'язанням грошовим**, оскільки «сплата основного боргу» становить предмет грошового, а не будь-якого іншого зобов'язання. Такий висновок підтверджується і відсутністю на практиці судових справ щодо забезпечених порукою негрошових зобов'язань²⁹.

Що ж до самостійної відповідальності поручителя за договором поруки, то на практиці усталеного підходу ще немає. Суди в деяких випадках виходять з того, що поручитель самостійно відповідає перед кредитором за неналежне виконання грошового зобов'язання, яке виникло з договору поруки, та покладають на поручителя відповідальність, передбачену ст. 625 ЦК у разі необґрунтованої відмови або прострочення у виплаті грошових сум кредиторю. Іноді ж суди виходять з того, що поручитель відповідає так само, як і боржник, — сплачує кредиторю суми, передбачені ч. 2 ст. 554 ЦК, і відповідно самостійної відповідальності перед кредитором не несе. При цьому звертає на себе увагу той факт, що ні раніш діюче (ЦК 1922 р. та ЦК 1963 р.), ні чинне законодавство не містить положень щодо строку виконання поручителем свого обов'язку за договором поруки та не встановлює відповідальності за його порушення. У зв'язку із цим необхідно підкреслити: те, що основним обов'язком поручителя є обов'язок нести відповідальність за боржника у разі порушення основного договору, не повинно приводити нас до висновку про відсутність самостійної відповідальності поручителя за порушення договору поруки. Оскільки сплатити грошові суми у зв'язку

²⁷ Новоселова, Л. А. О правовых последствиях нарушения денежного обязательства [Текст] / Л. А. Новоселова // Вестн. Высш. Арбитр. Суда Рос. Федерации. – 1999. – № 7. – С. 37.

²⁸ Павлодский, Е. Обеспечение исполнения обязательства поручительством [Текст] / Е. Павлодский // Закон. – 1995. – № 5. – С. 26.

²⁹ Єдиний державний реєстр судових рішень України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua>.

з порушенням боржником грошового зобов'язання є обов'язок поручителя за договором поруки, то відповідно у разі порушення цього обов'язку для поручителя має настати відповідальність, а саме — відповідальність за порушення ним грошового зобов'язання. Відповідно до положень ст. 555 ЦК зі впливом розумного строку після отримання письмової вимоги кредитора поручитель є боржником, який прострочив виконання грошового зобов'язання, і тому, крім сплати сум за договором поруки в обсязі, визначеному ч. 2 ст. 554 ЦК, кредитор вправі вимагати від поручителя сплати 3 % річних від простроченої суми, якщо інший розмір процентів не встановлений сторонами в договорі поруки (ст. 625 ЦК). Крім процентів річних з поручителя може стягуватися і неустойка, якщо вона буде встановлена договором поруки. Отже, сплачуючи проценти та неустойку, поручитель як боржник за грошовим зобов'язанням, несе самостійну відповідальність за порушення договору поруки.

Таким чином, сутність поруки як одного із видів забезпечення виконання зобов'язань полягає в тому, що кредитор в особі поручителя фактично отримує додаткового боржника, до якого може пред'явити вимогу у обсязі всіх невиконаних боржником зобов'язань. При цьому в законодавстві, як і в доктрині цивільного права, такий обов'язок поручителя традиційно називається відповідальністю поручителя. Враховуючи, що відповідальність за порушення забезпеченого порукою зобов'язання настає тільки для боржника, а для поручителя — це складова обов'язку за договором поруки, використовуватися термін «відповідальність поручителя» може лише з огляду на умовний характер загальноприйнятої термінології. Відповідно при вирішенні конкретних питань щодо регулювання відносин за договором поруки необхідно абстрагуватися від традиції й сприймати обов'язок поручителя таким, яким він є по суті. Так, боржник в порядку ст. 556 ЦК не зобов'язаний компенсувати поручителю суми, сплачені останнім кредитору, у зв'язку із власним простроченням, оскільки, сплачуючи їх, поручитель несе відповідальність за неналежне виконання свого обов'язку за договором поруки — сплатити кредитору борг у разі порушення зобов'язання боржником, хоча саме це традиційно й називається відповідальністю поручителя.

Встановлення поруки оформлюється договором про поруку, який укладається між кредитором за основним зобов'язанням і поручителем. Якщо договір поруки укладений як тристоронній договір між кредитором, боржником та поручителем, немає підстав визнавати його недійсним, коли всі істотні умови поруки в ньому викладені³⁰, наприклад, коли договір поруки укладений як одна з умов основного договору, зокрема, договору позики.

Необхідність в укладенні договору (договір про надання послуг щодо поруки) між поручителем та боржником виникає, коли постає питання про оплату послуг поручителя: вимагати виплати певної винагороди за надану послугу поручитель має тільки тоді, коли про це є спеціальний правочин між поручителем і боржником.

Сторонами договору поруки можуть виступати як фізичні, так і юридичні особи.

Від поруки слід відрізнити випадки забезпечення виконання зобов'язання заставою, коли заставодавцем виступає не боржник за основним зобов'язанням, а третя особа — **майновий поручитель**, яким теж може бути фізична або юридична особа. Незважаючи на схожість термінів — «поручитель» та «майновий поручитель» йдеться про самостійні й різні за своєю природою види забезпечення виконання зобов'язання, і тому до правовідносин застави, в яких бере участь майновий поручитель, положення про поруку не можуть застосовуватися². Останнє означає, що у разі забезпечення виконання зобов'язання порукою кредитор має

³⁰ Брагинский, М. И. Договорное право [Текст] / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский : Кн. 1: Общие положения. – Изд. 3-е, стер. – М. : Статут, 2001. – С. 574.

² Про практику вирішення окремих спорів, пов'язаних із забезпеченням виконання зобов'язань : Огляд. лист Вищ. арбітр. суду України від 30.05.2001 р. № 01-8/637. – П. 6 // Офіц. сайт Верхов. Ради України. Законодавство України. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi>.

право пред'явити до поручителя вимогу про виконання порушеного боржником зобов'язання та стягнення штрафних санкцій, викликаних цим порушенням. Враховуючи відсутність спеціальних приписів закону на такий випадок, поручитель відповідає всім своїм майном, на яке може звертатися стягнення. При цьому слід пам'ятати, що відповідальність поручителя всім своїм майном ще не гарантує задоволення вимоги кредитора, оскільки такого майна може або не вистачити, або ж взагалі не існувати. Якщо ж виконання зобов'язання забезпечив майновий поручитель, то кредитор, у разі порушення зобов'язання боржником, має право звернути стягнення на певне майно майнового поручителя — предмет застави, реалізувавши своє право заставодержателя за договором застави. Як свідчить судова практика, терміни «поручитель» та «майновий поручитель» часто використовуються один замість іншого, що призводить до помилок при розгляді справ щодо реалізації таких видів забезпечення виконання зобов'язань, як порука та застава³¹.

Договір поруки вважається укладеним, коли сторони досягли згоди щодо всіх істотних умов (консенсуальний) і дотрималися **письмової форми**. Недодержання письмової форми робить договір нікчемним. За бажанням сторін договір про поруку може бути нотаріально посвідчений. Доцільність цього виявляється в разі необхідності пред'явлення вимог до поручителя. Так, якщо поручитель не виконає свій обов'язок перед кредитором добровільно, то постає питання про судовий примус, якого можна уникнути, якщо договір поруки був нотаріально посвідчений — стягнення відповідної суми буде здійснюватися на підставі виконавчого напису нотаріуса³².

За загальним правилом боржник та поручитель відповідають перед кредитором як солідарні боржники, що означає можливість для кредитора заявляти свої вимоги як до боржника за основним зобов'язанням, так і до поручителя. Але договором поруки може бути встановлена і субсидіарна відповідальність поручителя перед кредитором (ч. 1

ст. 554 ЦК). У цьому випадку до пред'явлення вимоги поручителю кредитор повинен пред'явити вимогу до основного боржника, і лише якщо останній відмовиться її задовольнити або кредитор не одержить у розумний строк відповіді на пред'явлену вимогу, він може пред'явити вимогу в повному обсязі до поручителя.

Поручитель відповідає перед кредитором у тому ж обсязі, що і боржник, включаючи сплату основного боргу, процентів, неустойки, відшкодування збитків (ч. 2 ст. 554 ЦК), тобто несе повну відповідальність за боржника. За домовленістю сторін обсяг відповідальності поручителя може бути зменшений, наприклад, поручителі при поруці за повернення банківського кредиту, як правило, обмежують свій обов'язок сплатою суми кредиту і процентами за ним, а можливі неустойки і збитки виключають.

Виконання одного й того ж зобов'язання може забезпечуватися як одним, так і кількома видами забезпечення виконання зобов'язань, наприклад порукою і заставою. Саме на такий випадок розрахована ч. 2 ст. 556 ЦК, згідно з якою до поручителя, який виконав зобов'язання, забезпечене порукою, переходять права кредитора у цьому зобов'язанні, а також ті, що забезпечували його виконання. Отже, до поручителя, який сплатив кредиторі за договором поруки, переходять права заставодержателя, якщо виконання зобов'язання було забезпечене крім поруки ще й заставою. Оскільки до поручителя перейшли усі права кредитора за виконаним ним зобов'язанням, а також за договором застави, то він може на свій розсуд

³¹ Так, Краматорський міський суд Донецької області своїм рішенням від 26 травня 2008 р., встановивши, що за виконання відповідачем договірних зобов'язань за кредитним договором N та P виступили як майнові поручителі, стягнув з них солідарно з відповідачем заборгованість за кредитним договором відповідно до положень ст. 554 ЦК (Єдиний державний реєстр судових рішень України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua>) (Справа № 2-2893/2008).

³² Перелік документів, за якими стягнення заборгованості провадиться у безспірному порядку на підставі виконавчих написів нотаріусів [Текст] : затв. постановою Каб. Міністрів України від 29.06.1999 р. № 1172. – п. 1 // Офіц. вісн. України. – 1999. – № 26. – Ст. 1241.

звертатися як до боржника з вимогою про виконання останнім свого обов'язку, так і задовольнити свою вимогу за рахунок заставленого майна як заставодержатель.

Якщо ж виконання зобов'язання забезпечувалося двома або кількома поручителями, то можливі два варіанти. Зазвичай на забезпечення виконання зобов'язання укладається один договір поруки, де на стороні поручителя виступають кілька осіб, що означає спільне видання поруки кількома поручителями. Згідно із ч. 3 ст. 554 ЦК особи, які спільно дали поруку, відповідають перед кредитором солідарно, якщо інше не встановлено договором поруки. Після виконання зобов'язання, забезпеченого порукою, до кожного з кількох поручителів переходять права кредитора у розмірі частини обов'язку, що виконана ним (ч. 3 ст. 556 ЦК).

Якщо ж зобов'язання забезпечується кількома поручителями, які надали поруку за різними договорами поруки, то останні не несуть солідарної відповідальності перед кредитором, якщо інше не встановлено договором. Відповідно до поручителя, який виконав на вимогу кредитора зобов'язання, забезпечене порукою, переходять права кредитора як за основним зобов'язанням, так і за іншими договорами поруки, що забезпечували його виконання, і він може звернутися з вимогою як до боржника, так і до будь-якого з поручителів.

Згідно із ч. 1 ст. 556 ЦК кредитор, який одержав виконання від поручителя, зобов'язаний вручити йому документи, що посвідчують вимоги до боржника (договір, розписка, акт приймання-передачі та ін.).

Поручитель має повідомити боржника про одержання вимоги від кредитора, а в разі подання позову до нього — подати клопотання про залучення боржника до участі у справі. Невиконання цього обов'язку надає боржникові право в разі пред'явлення до нього зворотної вимоги поручителем висувати проти нього всі заперечення, які б він мав проти кредитора (борг погашено, не настали строки розрахунків тощо).

У разі пред'явлення вимог до поручителя останній має право висунути проти вимог кредитора заперечення, які міг би висунути сам боржник, за умови, що ці заперечення не пов'язані з особою боржника. Поручитель має право висунути ці заперечення також у разі, якщо боржник відмовився від них або визнав свій борг.

Боржник, який виконав зобов'язання, забезпечене порукою, повинен негайно повідомити поручителя, щоб не відбулося подвійне виконання. Поручитель, який виконав зобов'язання, забезпечене порукою, у зв'язку з ненаправленням йому боржником повідомлення про виконання ним свого обов'язку, має право або стягнути з кредитора безпідставно одержане, або пред'явити зворотню вимогу до боржника.

Відповідно до ч. 4 ст. 559 ЦК вимагати виконання від поручителя його обов'язку кредитор може лише протягом строку, визначеного договором поруки, оскільки зі спливом останнього **порука припиняється**. Якщо ж договір поруки було укладено без визначення строку його дії, то обов'язок поручителя припиняється, якщо кредитор протягом шести місяців від дня настання строку виконання основного зобов'язання не пред'явить вимоги до нього. Якщо ж строк основного зобов'язання не встановлений або встановлений моментом пред'явлення вимоги, порука припиняється, якщо кредитор не пред'явить позову до поручителя протягом одного року від дня укладення договору поруки. З огляду на наведені положення необхідно зазначити, що терміни «вимога» та «позов» використовуються законодавцем у даному випадку як синоніми, і «вимогу» слід розглядати у вузькому розумінні як процесуальну вимогу, тобто позов³³.

Названі законодавцем строки, протягом яких кредитор може вимагати від поручителя його обов'язку, є преклюзивними, вони не можуть бути призупинені, перервані чи відновлені, з їх спливом припиняється право кредитора на реалізацію поруки. Відповідно на вказані строки не поширюється положення ч. 5 ст. 267 ЦК про захист судом порушеного права, у разі коли строк позовної давності пропущений з поважних причин.

³³ Позов – вимога, заявлена відповідно до цивільно-процесуального законодавства (процесуальна вимога).

Крім названих підстав порука припиняється в разі: припинення основного зобов'язання; зміни основного зобов'язання без згоди поручителя, внаслідок чого збільшується обсяг його відповідальності; переведення боргу на іншу особу, якщо поручитель не поручився за нового боржника; відмови кредитора прийняти належне виконання, запропоноване боржником чи поручителем (ст. 559 ЦК).

§ 5. Гарантія

Гарантія відноситься до особистих забезпечень.

Законодавець, запровадивши **гарантію** фінансової установи як самостійне, незалежне від основного зобов'язання забезпечення, закріпив принципово **новий інститут**, який не має нічого спільного з гарантією за ЦК УРСР 1963 р. За часів планової економіки з її жорстким підпорядкуванням господарюючих суб'єктів вищестоящим організаціям гарантія мала досить вузьку сферу застосування, оскільки використовувалася практично лише щодо забезпечення повернення позик, виданих банками соціалістичним підприємствам під відповідальність вищестоящої організації. У разі відсутності грошових коштів у боржника і погашення його заборгованості гарантом останній не мав права регресу до боржника — підпорядкованої господарської організації. На відносини, пов'язані з використанням гарантії, ЦК УРСР поширював норми, які регулювали відносини поруки, що дозволяло зробити висновок про гарантію як різновид поруки. Відрізнялася ж гарантія від поруки суб'єктним складом учасників правовідносин та виключно субсидіарною відповідальністю гаранта, що застосовувалася у спрощеному порядку (банк списував грошові кошти з рахунку боржника, а в частині, що залишилася, — з рахунку гаранта).

Відповідно до ст. 560 ЦК за **гарантією банк, інша фінансова установа, страхова організація (гарант) гарантує перед кредитором (бенефіціаром) виконання боржником (принципалом) свого обов'язку**. Отже, у відносинах за гарантією беруть участь три суб'єкти — гарант, бенефіціар (кредитор за основним зобов'язанням) та принципал (боржник за основним зобов'язанням). При цьому гарантами можуть виступати лише фінансові установи³⁴. Бенефіціарами ж та принципалами можуть бути як фізичні особи, у тому числі підприємці, так і юридичні особи. Гарантія, видана нефінансовою установою, не може вважатися дійсною. Якщо сторони мали на увазі встановити відносини гарантії, але гарант є неналежним, відповідне зобов'язання має бути визнано судом недійсним. Якщо ж сторони, скориставшись відкритим переліком видів забезпечення виконання зобов'язань, встановлять забезпечення з назвою «гарантія», яке передбачатиме відповідальність за порушення грошового зобов'язання боржником особи, що не є фінансовою установою, то відповідно до загальних положень про забезпечення виконання зобов'язань таке забезпечення має бути акцесорним, отже, відповідатиме юридичній природі поруки як особисте акцесорне забезпечення і забезпечить виконання зобов'язання у свій спосіб. Таким чином, суд, вирішуючи питання щодо недійсності забезпечення, має встановити дійсні, реальні наміри сторін щодо сутності забезпечувального зобов'язання.

Гарантія — односторонній правочин, змістом якого є обов'язок гаранта сплатити кредитору-бенефіціару грошову суму відповідно до умов гарантії у разі порушення боржником зобов'язання, забезпеченого гарантією. Вчиняючи таку дію, гарант, по суті, виконує грошове зобов'язання принципала перед бенефіціаром повністю або в певній частині (але не більше суми, зазначеної в гарантії) відповідно до умов гарантії. Згідно з ч.1 ст. 566 ЦК

³⁴ Згідно зі ст. 1 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» від 12.07.2001 р. банки та страхові компанії належать до фінансових установ. У той же час Закон України «Про страхування» (статті 6–7) до вичерпного переліку операцій, які страхові компанії вправі вчиняти, видачу гарантій не включив, не дозволивши, таким чином, страховим компаніям здійснювати такі операції.

обсяг відповідальності гаранта перед бенефіціаром за порушення боржником-принципалом зобов'язання, забезпеченого гарантією, обмежується сплатою суми, на яку її видано.

Підставою для виконання гарантом свого зобов'язання є **пред'явлення письмової вимоги** кредитором (бенефіціаром) **до гаранта про сплату** грошової суми відповідно до виданої ним гарантії. Пред'являючи вимогу до гаранта, кредитор або в самій вимозі, або в доданих до неї документах повинен зазначити, в чому полягає порушення боржником основного зобов'язання, забезпеченого гарантією. Недотримання цієї вимоги тягне за собою наслідки, встановлені ч. 1 ст. 565 ЦК, а саме надає гаранту право відмовитися від задоволення вимоги кредитора.

Згідно зі ст. 569 ЦК **гарант**, сплативши кредитору грошову суму відповідно умовам гарантії, **має право на зворотну вимогу** (регрес) до боржника в межах суми, сплаченої ним за гарантією кредитору.

Головною рисою, що виділяє гарантію серед інших видів забезпечення виконання зобов'язань, є її незалежність від основного зобов'язання, виконання якого гарантія має забезпечити. Припинення основного зобов'язання або визнання його недійсним не тягне за собою припинення гарантії, навіть тоді, коли в гарантії міститься посилання на основне зобов'язання. Відмовитися від задоволення вимог кредитора гарант може тільки тоді, коли такі вимоги не відповідають умовам гарантії або сплинув строк дії гарантії. Незалежність гарантії від основного зобов'язання підкреслюється і правилом, встановленим ч. 3

ст. 565 ЦК, — гарант, який після пред'явлення до нього вимоги кредитором дізнався про недійсність основного зобов'язання або про його припинення, повинен негайно сповістити про це кредитора та боржника. Однак при отриманні, незважаючи на таке повідомлення, повторної вимоги бенефіціара гарант зобов'язаний його задовольнити. До отримання повторної вимоги та збігу розумного часу на її розгляд гарант не вважається таким, що вдався до прострочення за своїм зобов'язанням перед бенефіціаром.

Проголошена законодавцем у ст. 562 ЦК незалежність гарантії не узгоджується із визначеною у загальних положеннях про забезпечення виконання зобов'язання акцесорністю забезпечувальних зобов'язань, що є визначальною рисою останніх (частині 2, 3 ст. 548 ЦК).

Незалежність гарантії, з одного боку, зміцнює положення бенефіціара і цим посилює ефективність забезпечувального зобов'язання, що дозволяє вважати гарантію досить надійним, ефективним забезпеченням, а з другого — протиставляє гарантію іншим видам забезпечення виконання зобов'язань, передбаченим у гл. 49 ЦК, як зобов'язанням акцесорним. Останнє, як зазначається в юридичній літературі, взагалі викликає сумніви щодо можливості віднесення інституту гарантії до видів забезпечення виконання зобов'язань³⁵.

Незалежність гарантії означає, що взаємовідносини між принципалом і бенефіціаром ніяким чином не впливають на обов'язок гаранта платити. Останній не має права відмовитися від виконання за гарантією, посилаючись на порушення сторонами основного договору, його недійсність або припинення. Гарант не має права вимагати від бенефіціара доказів того, що той звертався до принципала з вимогою виконати основне зобов'язання. Він не має права не платити за вимогою на підставі вказівок принципала, навіть якщо останній наводить переконливі доводи на користь відмови від платежу. Таким чином, все, що стосується основного зобов'язання, має бути предметом окремого розгляду. Зобов'язання гаранта розвивається самостійно від основного. Якщо розглядати безпосередньо зобов'язання між гарантом та бенефіціаром — власне гарантію, то виникнення, зміна та припинення визначаються його власними умовами.

Одночасно виникають цілком закономірні запитання: як гарантія може бути незалежною від основного зобов'язання, якщо у своїй вимозі бенефіціар повинен посилатися на порушення цього зобов'язання? Про яку незалежність іде мова, якщо в гарантії можна вказати, що вона виконується у разі надання документів, що

³⁵ Див.: Павлодский, Е. А. Обеспечение исполнения обязательств поручительством [Текст] / Е. А. Павлодский // Закон. – 1995. – № 5. – С. 25.

підтверджують факт невиконання основного зобов'язання? Вказівка законодавця у нормах про гарантію на основне зобов'язання (статті 560, 563, 565 ЦК) створює підґрунтя для висновків про зв'язок гарантії з цим зобов'язанням.

З одного боку, незалежна гарантія не може виникнути без певного зобов'язання, яке вона має забезпечувати, а з другого — видана гарантія є самостійним, не зв'язаним з дійсністю припиненням виконанням основного зобов'язання.

На нашу думку, незалежність гарантії від основного зобов'язання в силу прямої вказівки ст. 562 ЦК може розглядатися лише як свідчення її самостійності лише щодо основного зобов'язання — у відносинах гаранта та бенефіціара. У відносинах же бенефіціара з принципалом, бенефіціар зобов'язаний користуватися гарантією відповідно до домовленості з принципалом, і в цих відносинах право бенефіціара заявити вимогу за гарантією виявляється залежним від основного зобов'язання.

Щоб визначити юридичну природу незалежної гарантії як одного з видів забезпечення виконання зобов'язань, необхідно розглянути **забезпечувальний механізм гарантії** цілісно, який **складається**, на відміну від інших видів забезпечення виконання зобов'язань, не з двох (основного та забезпечувального), а з **трьох правочинів**. Не можна розглядати гарантію лише як односторонній правочин, вчинений гарантом на користь бенефіціара, оскільки гарантії, виданої банком за певну винагороду принципала, не може існувати без договору принципала з бенефіціаром, для забезпечення виконання за яким бенефіціар вимагає від принципала забезпечення у вигляді гарантії фінансової установи. Не може **гарантія** існувати інакше, ніж **чинник забезпечувальної конструкції**, яку становлять відносини принципала і бенефіціара; принципала і гаранта; бенефіціара і гаранта, а дана конструкція, безумовно, є забезпечувальним механізмом, **який використовується** сторонами договірних відносин з метою **забезпечення виконання зобов'язань**.

Отже, якщо при дослідженні гарантії як правового інституту центральною фігурою виступає гарант, то з економічної точки зору головною діючою особою у системі відносин у зв'язку з гарантією є **бенефіціар**. Саме він, укладаючи **договір з принципалом**, вимагає надання забезпечення, тобто ініціює виникнення гарантії. Бенефіціар, піклуючись про надійність гарантії, обирає гаранта, а також пред'являє вимогу за гарантією, користуючись, як і будь-яка уповноважена особа, правом вибору щодо здійснення належного йому права. На бенефіціара лягає і ризик та відповідальність пред'явлення необґрунтованої вимоги.

Прийнявши рішення про забезпечення виконання зобов'язання гарантією, бенефіціар та принципал можуть укласти як попередній договір про укладення у майбутньому основного договору за умови надання принципалом гарантії, так і основний договір під умовою, вказавши, що права та обов'язки виникнуть у момент видачі на користь бенефіціара гарантії або що моментом виконання бенефіціаром обов'язку за цим договором виступатиме момент виникнення у нього права за банківською гарантією. При цьому сторони, як правило, обумовлюють участь певного гаранта та суттєві умови гарантії, які будуть передані принципалом гаранту для узгодження тексту гарантії.

Щоб отримати гарантію, **принципал звертається до гаранта** і у разі згоди останнього між ними укладається **договір про видачу гарантії**. Саме цей договір виступає зв'язуючим ланцюгом між основним договором принципала і бенефіціара, оскільки у договорі про видачу гарантії вказується, що гарантія видається на прохання принципала у зв'язку з його обов'язком перед бенефіціаром за основним договором, та гарантією, видача якої є основним обов'язком гаранта за цим договором. Оскільки **видача гарантії** становить предмет договору про видачу гарантії, у ньому мають бути чітко визначені умови гарантії, строк її дії та, як правило, спосіб забезпечення виконання боржником регресного зобов'язання з повернення гаранту його витрат (ст. 569 ЦК).

Таким чином, гарантія визначена законодавцем незалежним зобов'язанням саме для того, щоб визнати обставини, які стосуються основного зобов'язання, незначущими для правовідношення між гарантом та бенефіціаром. Властивість незалежності гарантії — виключно правова властивість і сама по собі є достатнім обґрунтуванням права бенефіціара отримати платіж незалежно від того, чи відповідає принципал за порушення основного зобов'язання.

Як відношення між бенефіціаром і гарантом, гарантія — це просто грошове зобов'язання. Особливістю ж цього грошового зобов'язання є те, що воно має цінність як правовий інструмент лише у межах наведеної забезпечувальної конструкції.

ЦК, розглядаючи гарантію як односторонній правочин і відповідно регулюючи відносини лише між гарантом і бенефіціаром, не дає цілісного уявлення щодо даного забезпечувального інституту. Останній включає три правочини, за якими кредитор-бенефіціар виступає стороною лише в одному — основному договорі, а право вимоги має як за основним зобов'язанням, так і за незалежною від цього зобов'язання гарантією. Якщо він не отримає виконання за основним договором, то, пред'являючи вимогу гаранту, отримає виконання за гарантією, до речі, отримає терміново. Якщо ж бенефіціар скористується своїми правами за гарантією не в зв'язку з порушенням принципалом основного зобов'язання, наприклад, пред'явить вимогу гаранту після належного виконання зобов'язання боржником, то останній, отримавши регресну вимогу гаранта, має право звернутися до суду і, довівши, що кредитор отримав подвійне виконання (від нього і від гаранта), вимагати від кредитора повернення грошової суми як безпідставно одержаної, що є можливим лише за умови сприйняття гарантії видом забезпечення виконання зобов'язання, встановленого в інтересах кредитора за основним зобов'язанням.

Отже, гарантія призначена перш за все для того, щоб бенефіціар як кредитор за основним зобов'язанням безперешкодно міг задовольнити свої вимоги за рахунок гаранта, якщо боржник (принципал) належним чином не виконає зобов'язання, і тому самостійність і незалежність гарантії від договірних правовідносин принципала і бенефіціара дозволяють вважати останню одним із надійних способів забезпечення виконання зобов'язань.

Оскільки гарантія діє протягом строку, на який вона видана, вимога кредитора до гаранта може бути пред'явлена лише у межах встановленого у гарантії строку (ч. 1 ст. 565 ЦК).

Поряд з основним обов'язком гаранта, що полягає у задоволенні письмової вимоги бенефіціара, ЦК встановлює для нього додаткові обов'язки, пов'язані із розглядом вимоги бенефіціара. Зокрема, після одержання вимоги кредитора гарант повинен негайно повідомити про це боржника і передати йому копію вимоги разом із доданими до неї документами. Вимога бенефіціара повинна бути розглянута гарантом у строк, визначений у гарантії, а за його відсутності — у розумний строк. Питання про те, який строк є розумним, залежить від конкретних обставин справи і буде мати значення у разі судового розгляду щодо визначення моменту, з якого гарант є таким, що прострочив виконання за своїм грошовим зобов'язанням, а також для визначення моменту обчислення позовної давності за зобов'язанням по сплаті грошової суми, визначеної умовами гарантії, та за позовом про стягнення з гаранта процентів річних.

Таким чином, якщо добровільне виконання гарантом прийнятого на себе обов'язку відповідати перед кредитором за порушення боржником зобов'язання не відбудеться, бенефіціар має право заявити позов про стягнення грошової суми відповідно до умов гарантії в межах загального строку позовної давності та сплати процентів річних з простроченої суми. Як і поручитель, **гарант** не тільки відповідає перед бенефіціаром за порушення зобов'язання боржником, але й **несе самостійну відповідальність за невиконання чи неналежне виконання свого обов'язку**, і це є відповідальністю боржника за грошовим зобов'язанням.

Припиняється зобов'язання гаранта перед кредитором у разі: сплати кредитору суми, на яку видано гарантію; закінчення строку дії гарантії; відмови кредитора від своїх прав за гарантією через повернення її гарантові або шляхом подання гаранту письмової заяви про звільнення його від обов'язків за гарантією.

§ 6. Застава

Застава — це традиційний майновий вид забезпечення виконання зобов'язання, при якому кредитор-заставодержатель має право у разі невиконання боржником (заставадавцем) зобов'язання, забезпеченого заставою, одержати задоволення за рахунок заставленого майна переважно перед іншими кредиторами цього боржника, якщо інше не встановлено законом (ст. 572 ЦК).

Будучи одним із найпоширеніших забезпечень, застава ефективно **стимулює боржника** до належного виконання своїх зобов'язань (можливістю втрати майна), а в разі їх невиконання є дієвим способом **задоволення** інтересів **кредитора**. Згідно з ч. 2 ст. 589 ЦК застава забезпечує вимоги кредитора-заставодержателя у повному обсязі, що визначається на момент фактичного задоволення, включаючи сплату процентів, неустойки, відшкодування збитків, завданих порушенням зобов'язання, необхідних витрат на утримання заставленого майна, а також витрат, понесених у зв'язку з пред'явленням вимоги, якщо інше не встановлено договором.

Забезпечувальна сутність застави полягає в тому, що, по-перше, заставляється боржником або майновим поручителем конкретне майно, і на нього у разі порушення боржником зобов'язання кредитор може звернути стягнення; і, по-друге, кредитору-заставодержателю надається можливість задовольнити свої вимоги переважно перед іншими кредиторами боржника.

Термін «застава» використовується і в інших галузях права. Поряд з цивільно-правовою заставою існує «податкова», «кримінально-процесуальна», «митна», «виборча» застави. Безумовно, інститути застави галузей публічного права мають свою специфіку та свою сферу застосування. Використання ж єдиного терміна різними галузями права може бути пояснене лише змістовністю самого слова «застава». У словнику С. І. Ожегова³⁶ виділяється три його значення: 1) передача майна у забезпечення зобов'язання (під позику); 2) річ, яка надана під забезпечення; 3) доказ, забезпечення будь-чого. Саме підхід до застави як до забезпечення будь-чого дозволяє використовувати термін застава в різних галузях права. Отже, і в приватному, і в публічному праві цей інститут виконує одну й ту ж саму забезпечувальну функцію, різниця полягає лише в тому, що в першому випадку забезпечуються інтереси приватної особи (нею може бути і суб'єкт публічного права, що вступає у приватноправові відносини), а в другому — інтереси держави та суспільства в цілому.

Цивільно-правова **застава може виникати** на підставі **закону, договору та судового рішення** (ст. 574 ЦК). Стосовно «законної» застави слід зазначити, що закон як такий не може бути підставою для виникнення будь-якого зобов'язання. Правові норми самі по собі не породжують, не змінюють і не припиняють цивільних правовідносин. Для цього необхідне настання передбачених правовими нормами обставин — юридичних фактів. У свій час О. А. Красавчиков справедливо зауважував, що поняття правовідносин із закону має бути викорінене в науці цивільного права: закон не є безпосередньою підставою руху конкретних правовідносин у спеціальному сенсі. Він стоїть над кожним правовідношенням, визнаючи ті чи інші факти за підстави руху правовідносин. Закон — це загальна і обов'язкова передумова динаміки правових зв'язків, але не окрема їх

³⁶ Ожегов, С. И. Словарь русского языка: 70 000 слов [Текст] / С. И. Ожегов ; под ред. Н. Ю. Шведовой. – 23-е изд. – М. : Рус. яз., – 1991. – С. 213.

основа подібно договору чи делікту³⁷. Отже, «законна» застава виникає не з закону як такого, а у зв'язку із настанням певних юридичних фактів, з якими закон пов'язує виникнення права застави. Так, наприклад, у разі продажу товару в кредит з моменту передання товару і до його оплати продавцю належить право застави на цей товар (ч. 6 ст. 694 ЦК); у разі передання земельної ділянки або іншого нерухомого майна під виплату ренти одержувач ренти набуває право застави на це майно (ч.1 ст. 735 ЦК); морський перевізник набуває право застави на вантаж, переданий йому у забезпечення провізних платежів (ст. 164 Кодексу торговельного мореплавства від 23.05.95 Правил)³⁸.

До «законної» застави застосовуються положення ЦК щодо застави, яка виникає на підставі договору, якщо інше не встановлене законом.

Згідно зі ст. 3 Закону «Про заставу» від 2 жовтня 1992 р.³⁹ заставою може забезпечуватися будь-яке зобов'язання (за договором позики, купівлі — продажу, оренди, перевезення вантажу тощо.). Законодавець не надає виключного переліку таких договірних зобов'язань, а лише підкреслює, що воно повинно бути дійсним, не фіктивним і не погашеним давністю.

Заставою можуть забезпечуватися і вимоги, які виникнуть у майбутньому (ст. 573 ЦК). Коли мова йде про забезпечення майбутніх вимог, мається на увазі 1) забезпечення умовних (з відкладальною умовою) правочинів, в яких права та обов'язки сторін виникають або припиняються залежно від настання певної обставини, стосовно якої невідомо настане вона чи ні; 2) забезпечення зобов'язань, які можуть виникнути між заставодержателем і заставодавцем, за умови визначення їх суті, розміру і строку виконання.

Предметом застави може бути будь-яке майно (речі, гроші, цінні папери, майнові права) за винятком тих обмежень, що встановлюються законом. Зокрема, не може бути заставлене: 1) майно, вилучене з цивільного обороту; 2) національні культурні та історичні цінності, які є об'єктами державної власності і занесені або підлягають занесенню до Державного реєстру національної культурної спадщини; 3) інше майно, застава якого прямо заборонена законом. Крім того, не можуть бути заставлені вимоги, що мають особистий характер, наприклад вимоги про стягнення аліментів, про відшкодування шкоди, заподіяної життю та здоров'ю громадянина. Закон передбачає можливість застави так званого «майбутнього майна» — речей та майнових прав, які заставодавець набуває після укладення угоди про заставу (майбутній урожай, приплід худоби тощо).

Права заставодержателя на річ, яка є предметом застави, поширюються на її приналежності, якщо інше не встановлене договором. І навпаки, за загальним правилом право застави не поширюється на плоди, продукцію та доходи, одержані від використання заставленого майна.

Іноземна валюта може бути закладена з урахуванням чинного законодавства про валютне регулювання і валютний контроль. Згідно із п. «г» ст. 5 Декрету Кабінету Міністрів України «Про систему валютного регулювання і валютного контролю» від 19.02.1993 р.⁴⁰ використання резидентами та нерезидентами іноземної валюти на території України як засобу платежу або як застави вимагає надання Національним банком індивідуальної ліцензії на період, необхідний для здійснення такої разової валютної операції.

³⁷ Красавчиков, О. А. Юридические факты в советском гражданском праве [Текст] / О. А. Красавчиков. – М. : Госюриздат, 1958. – С. 181.

³⁸ Відом. Верхов. Ради України. – 1995. – № 47–52. – Ст. 349.

³⁹ Там само. – 1992. – № 47. – Ст. 642.

⁴⁰ Відом. Верхов. Ради України. – 1993. – № 17. – Ст. 184.

Майно, що є у спільній власності, може бути передане у заставу лише за згодою всіх співвласників (ст. 578 ЦК). Застава частки у спільній частковій власності взагалі забороняється: майно, яке перебуває у спільній частковій власності, може бути самостійним предметом застави за умови виділення його в натурі (ч. 2 ст. 6 Закону «Про заставу» та ч. 2 ст. 6 Закону «Про іпотеку»).

Сторонами договору застави є **заставодержатель** — кредитор за основним зобов'язанням, та **заставадавець** — особа, яка надає майно у заставу. Кредитор-заставодержатель набуває заставне право на заставлене майно, отже, річ, яка є власністю однієї особи, стає обтяженою на користь іншої особи. Тому кредитора-заставодержателя інакше називають обтяжувач, а право застави, яке йому належить, забезпечувальним обтяженням.

Укладати договір застави можуть фізичні особи, юридичні особи, держава, інші суб'єкти публічного права. Законом можуть бути встановлені обмеження щодо можливості певних суб'єктів виступати заставодержателями чи заставадавцями майна. Наприклад, у договорі застави земельної ділянки заставодержателем має бути лише банк, що відповідає вимогам, які встановлені законом, а заставадавцями — фізичні та юридичні особи, яким земельні ділянки належать на праві власності (ст. 133 Земельного кодексу). Не можуть бути заставадавцями також благодійні організації (ст. 19 Закону «Про благодійництво та благодійні організації» від 16.09.97 р.⁴¹).

Надати майно у заставу відповідно до ч. 2 ст. 583 ЦК може:

1) власник речі або особа, якій належить майнове право; 2) особа, якій власник речі або особа, якій належить майнове право, передали річ або майнове право і право заставити майно (зокрема, до категорії невластників, які можуть заставити майно, належать державні та комунальні підприємства, що володіють, користуються та розпоряджаються майном на праві повного господарського відання⁴²).

Заставадавцем може бути як **боржник** за основним зобов'язанням, так і третя особа — **майновий поручитель** (ч. 1 ст. 583 ЦК). Будь-яких додаткових вимог до майнового поручителя законодавець не ставить, отже, він повинен бути власником майна і мати право його відчужувати. Як вже вказувалося, ЦК передбачає поруку як окремий вид забезпечення виконання зобов'язань. Забезпечувальна дія поруки полягає в тому, що поручитель зобов'язується перед кредитором іншої особи відповідати за виконання останнім його зобов'язання у повному обсязі або у певній частині усім своїм майном без виділення конкретної речі. Причому поручитель несе солідарну з боржником відповідальність за основним зобов'язанням, якщо інше не встановлене договором. Коли ж мова йде про майнового поручителя, то мається на увазі, що заставадавцем у заставному зобов'язанні буде виступати не боржник за основним зобов'язанням, а третя особа. І ця третя особа зобов'язується відповідати за боржника за основним зобов'язанням не всім своїм майном, а певною конкретною спеціально виділеною річчю. Солідарної відповідальності боржника і майнового поручителя перед заставодержателем не виникає. Майновий поручитель має право виконати основне зобов'язання в разі невиконання його боржником з метою запобігання зверненню стягнення на предмет застави. Специфіка відносин полягає в тому, що третя особа може виконати зобов'язання всупереч бажанням як кредитора, так

⁴¹ Відом. Верхов. Ради України. – 1997. – № 46. – Ст. 292.

⁴² Державні комерційні підприємства та комунальні комерційні підприємства, які володіють, користуються та розпоряджаються майном на праві повного господарського відання, можуть віддавати в заставу майнові об'єкти, що належать до основних фондів, лише за попередньою згодою органу, до сфери управління якого кожне з них входить (ч. 2 ст. 75, ч. 9 ст. 78 Господарського кодексу). У разі прийняття рішення про приватизацію майна державного комерційного підприємства або відкритого акціонерного товариства, створеного у процесі корпоратизації, застава їх майна може здійснюватися зі згоди відповідного органу приватизації в порядку, що затверджений наказом ФДМУ від 6 лютого 2001 р.

і боржника (ч. 3 ст. 528 ЦК). Але це право у майнового поручителя виникає лише за умови, що склалися підстави для звернення стягнення на предмет застави.

Форма договору застави. Договір застави, як і будь-який інший забезпечувальний правочин, укладається у письмовій формі під загрозою нікчемності (ст. 547 ЦК). Якщо предметом застави є нерухоме майно, космічні об'єкти, договір застави підлягає нотаріальному посвідченню. Нотаріальне посвідчення договору застави нерухомого майна здійснюється за місцем знаходження нерухомого майна, договору застави космічних об'єктів — за місцем реєстрації цих об'єктів. В інших випадках договір застави може бути нотаріально посвідчений, якщо на цьому наполягає будь-яка зі сторін.

Недодержання вимог стосовно нотаріального посвідчення тоді, коли це є обов'язковим, тягне за собою нікчемність договору (ст. 14 Закону «Про заставу», ст. 220 ЦК).

Згідно зі ст. 577 ЦК та ст. 4 Закону «Про іпотеку» **застава нерухомого майна підлягає державній реєстрації** в порядку, встановленому законом, а саме Тимчасовим порядком державної реєстрації іпотек, затвердженим постановою Кабінету Міністрів України від 31 березня 2004 р. № 410.

Застава рухомого майна може бути зареєстрована відповідно до Закону «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень» від 18.11.2003 р.⁴³ на підставі заяви заставодержателя (обтяжувача) з внесенням запису до Державного реєстру обтяжень рухомого майна. Як бачимо, законодавець не зобов'язує сторони реєструвати право застави на рухоме майно, але вводить правило, яке стимулює заставодержателя до таких дій. Згідно із ч. 4 ст. 588 ЦК заставодержатель зареєстрованої застави має переважне право (пріоритет) на задоволення своїх вимог із заставленого майна перед заставодержателем незареєстрованих застав, що виникли раніше зареєстрованої.

Законодавець не пов'язує із реєстрацією застави виникнення права застави. Право застави виникає з моменту укладення договору застави, а у випадках, коли договір підлягає нотаріальному посвідченню, — з моменту його нотаріального посвідчення. Якщо предмет застави відповідно до договору або закону повинен перебувати у володінні заставодержателя, право застави виникає в момент передання йому предмета застави.

Реєстрація застави не є елементом форми договору застави, вона необхідна для забезпечення інтересів кредитора-заставодержателя, а також інтересів третіх осіб, які є потенційними обтяжувачами, бо відомості, занесені до державного реєстру обтяжень рухомого майна, є відкритими для всіх юридичних та фізичних осіб. Отже, будь яка особа перш ніж укласти договір застави може перевірити, чи не обтяжене майно, яке пропонується під заставу, правом іншої особи.

Зміст договору застави. У договорі застави визначаються сутність, розмір і строк виконання зобов'язання, забезпеченого заставою, здійснюється опис предмета застави, а також зазначаються інші умови, погоджені сторонами договору. Опис предмета застави у договорі застави може бути поданий у загальній формі (вказівка на вид заставленого майна тощо).

Оцінка предмета застави здійснюється тоді, коли це передбачено договором або законом (ст. 582 ЦК). Зокрема, Закон України «Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні» від 12.07.2001 р.⁴⁴ передбачає обов'язкову оцінку в разі передачі під заставу державного та комунального майна (ст. 7). Оцінка предмета застави здійснюється сторонами відповідно до звичайних цін, що склалися на момент виникнення права застави, якщо інший порядок оцінки предмета застави не встановлений договором або законом.

⁴³ Відом. Верхов. Ради України. – 2004. – № 11. – Ст. 140.

⁴⁴ Відом. Верхов. Ради України. – 2001. – № 47. – С. 251.

З моменту укладення договору застави між заставодержателем та заставодавцем виникає низка взаємних прав та обов'язків. Основні з них — це права з користування та розпорядження заставленим майном.

За загальним правилом, якщо предмет застави залишається у володінні заставодавця, він може ним користуватися, у тому числі одержувати з нього плоди та доходи. Однак договором застави може бути встановлена заборона на користування таким майном або неможливість користування може впливати із самої суті застави. Якщо ж предмет застави передається у володіння заставодержателя, діє протилежне правило. Презюмується, що заставодержатель не має права користуватися закладеною річчю. Однак таке право може бути надане йому договором застави. Більш того, договором на заставодержателя може бути покладений обов'язок одержувати з предмета застави плоди та доходи (ст. 586 ЦК).

Питання про розпорядження предметом застави також може виникнути як стосовно заставодавця, так і заставодержателя.

Так, заставодавець має право розпорядитися предметом застави (відчужувати, передавати у користування іншій особі) лише за згодою заставодержателя, якщо інше не встановлено договором застави (ч. 2 ст. 586 ЦК). Отже, ЦК містить диспозитивне правило, по-перше, щодо можливості розпоряджатися предметом застави, по-друге, стосовно необхідності на це згоди заставодержателя. У Законі «Про іпотеку» це питання вирішено імперативним чином: іпотекодавець має право розпоряджатися предметом іпотеки виключно на підставі згоди іпотекодержателя, що міститься в іпотечному договорі або у внесених до нього змінах та доповненнях (ч. 3 ст. 9 Закону «Про іпотеку»). Договір про заставу може містити заборону відчуження заставленого майна. На даний момент безпосередньо законом передбачається, що при посвідченні договору застави нерухомого майна нотаріус накладає заборону на його відчуження (ст. 73 Закону «Про нотаріат» від 02.09.1993 р.).

Відчуження заставодавцем предмета застави не припиняє права застави заставодержателя, оскільки діє принцип права слідування: «право слідує за річчю незалежно від переходу права власності на неї». Вказаний принцип закріплений ст. 27 Закону «Про заставу» і застосовується тоді, коли між заставодавцем і покупцем існують відносини правонаступництва. Виняток становлять такі випадки: 1) заставодержатель надав згоду на відчуження майна боржником без збереження обтяження; 2) відчуження належного боржнику на праві власності майна здійснюється в ході проведення господарської діяльності, предметом якої є систематичні операції з купівлі-продажу рухомого майна; 3) право власності виникло у покупця в результаті примусового продажу заставленого майна (у цьому випадку право застави припиняється, бо згідно з ч. 2 ст. 388 ЦК майно не може бути витребуване від добросовісного набувача, якщо воно було продане у порядку, встановленому для виконання судових рішень).

Відповідно до принципу права слідування, якщо настав строк для виконання зобов'язання, а боржник його не виконує, заставодержателю достатньо відшукати заставлене майно і звернути на нього стягнення. Що ж стосується прав покупця такого майна, то вони при цьому не обговорюються і не захищаються. Захист прав набувача заставленої речі розгортається у межах відносин між заставодавцем та набувачем речі. Зокрема, згідно зі ст. 659 ЦК продавець зобов'язаний попередити покупця про всі права третіх осіб на річ, що продається (права наймача право застави тощо). У разі невиконання цієї вимоги покупець має право вимагати зниження ціни або розірвання договору купівлі-продажу, якщо він не знав і не міг знати про права третіх осіб на товар. У разі вилучення за рішенням суду речі у покупця на користь третьої особи на підставах, що виникли до продажу товару, продавець має відшкодувати покупцеві завдані йому збитки, якщо покупець не знав або не міг знати про наявність цих підстав (ст. 661 ЦК).

Наявність обтяження майна у вигляді права застави не позбавляє заставодавця можливості заповідати це майно. Більше того — правочин, яким обмежується це право, є нікчемним. У разі смерті заставодавця його

кредитор може пред'явити свої вимоги до спадкоємців, які прийняли спадщину, у межах строків, визначених у ст. 1281 ЦК. Предмет застави, що перейшов до спадкоємців у порядку універсального правонаступництва, залишається обтяженим заставою і на нього може бути звернено стягнення на вимогу кредитора.

Своєрідним видом розпорядження предметом застави є його наступна перезастава. Перезастава вже заставленого майна дозволяється, якщо інше не встановлено законом або попереднім договором застави. Регулювання відносин у разі перезастави майна підпорядковується вимогам принципу старшинства (ст. 588 ЦК). Згідно з цим принципом, якщо предметом застави стає майно, яке вже є заставним забезпеченням, заставне право попереднього заставодержателя зберігає силу. Вимоги заставодержателя, у якого право застави виникло пізніше, задовольняються з вартості предмета застави, після повного задоволення вимог попередніх заставодержателів. Виняток з принципу старшинства передбачений ч. 4 ст. 588 ЦК: якщо предметом застави є рухоме майно, заставодержатель зареєстрованої застави має переважне право (пріоритет) на задоволення вимог із заставленого майна перед заставодержателями незареєстрованих застав та застав, які зареєстровані пізніше.

Право заставодавця незареєстрованої застави перезаставити заставлене майно супроводжується обов'язком сповістити наступного заставодержателя про всі попередні застави, а також про характер та розмір, забезпечених цими заставами зобов'язань. Якщо ж заставодавець не виконає цієї вимоги, він повинен відшкодувати збитки, які виникли у будь-якого з його заставодержателів.

Види застави. ЦК серед видів застави називає лише іпотеку та заклад, зазначаючи при цьому, що інші окремі види застави встановлюються законом. Іпотеці як заставі **нерухомості** присвячений Закон «Про іпотеку»⁴⁵. У Законі «Про заставу» врегульована: 1) застава **товарів в обороті** або **переробці** (розділ III); 2) **заклад** (розділ IV);

3) застава **майнових прав** (розділ V); 4) застава **цінних паперів** (розділ VI). Ці види застави можуть бути об'єднані під загальною назвою — застава **рухомого майна**.

Заклад. Відповідно до ч. 2 ст. 575 ЦК **заклад - це застава рухомого майна, що передається** у володіння заставодержателя або за його наказом — у володіння третьої особи. Закладу притаманні дві ознаки, які дозволяють відрізнити його від інших видів застави. По-перше, предметом закладу можуть виступати тільки рухомі речі. І по-друге, заклад передбачає передачу речі у володіння кредитора-заставодержателя (або третьої особи).

Поряд з класичним закладом законодавство передбачає й існування так званої «твердої застави». Мається на увазі ситуація, коли зі згоди заставодержателя та заставодавця предмет закладу залишається у заставодавця під замком та печаткою заставодержателя або індивідуально-визначена річ залишається у заставодавця з накладанням знаків, що свідчать про заставу (ч. 2 ст. 44 Закону України «Про заставу»). До твердої застави застосовуються норми про заклад, якщо це не суперечить суті відносин між сторонами при такому закладі.

Оскільки при класичному закладі предмет закладу передається заставодержателю, закон перш за все регулює його права та обов'язки. Зокрема, заставодержатель як володілець чужої речі зобов'язаний:

- 1) вживати заходів, необхідних для збереження предмета застави;
- 2) утримувати предмет застави належним чином;
- 3) негайно повідомляти другу сторону договору застави про виникнення загрози знищення або пошкодження предмета застави. Якщо виникає загроза гибелі, пошкодження чи зменшення вартості предмета закладу не з вини заставодержателя, він має право вимагати заміни предмета закладу, а в разі відмови заставодавця виконати цю вимогу — достроково звернути стягнення на предмет застави.

⁴⁵ Відом. Верхов. Ради України. – 2003. – № 38. – Ст. 312–313.

Те, що предмет застави при закладі перебуває у володінні заставодержателя, автоматично не означає можливості користування ним. Проте така можливість може бути надана заставодержателю договором закладу. Більш того, договором на заставодержателя може бути покладений обов'язок одержувати з предмета застави плоди та доходи (ч. 4 ст. 586 ЦК). Подальша доля плодів та доходів від заставленого майна ЦК не визначається, а Закон «Про заставу» з цього приводу містить імперативне правило: отримані заставодержателем доходи спрямовуються на покриття витрат на утримання предмета закладу, а також зараховуються в рахунок погашення процентів за боргом, що забезпечений заставою, або самого боргу (ст. 46 Закону «Про заставу»).

Відповідальність заставодержателя в разі втрати, псування, пошкодження або знищення предмета закладу настає за принципом вини. Стосовно організацій, для яких надання фізичним особам кредитів під заклад є предметом їх діяльності (ломбарди), встановлений більш високий рівень відповідальності. Такі організації можуть бути звільнені від відповідальності лише при умові, що доведуть, що втрата, псування, пошкодження майна сталися внаслідок непереборної сили.

Застава товарів в обороті або переробці. Застава товарів в обороті або переробці, так само як і іпотека, не передбачає передачі предмета застави у володіння заставодержателя. Тому інколи цей вид застави в юридичній літературі називається іпотекою рухомості.

Предметом договору застави товарів в обороті та переробці є речі, визначені родовими (сировина, напівфабрикати, комплектуючі вироби, готова продукція тощо). Договір застави товарів в обороті або у переробці повинен індивідуалізувати предмет застави шляхом зазначення знаходження товарів у володінні заставодавця чи їх розташування в певному цеху, складі, іншому приміщенні або іншим способом, достатнім для ідентифікації сукупності рухомих речей як предмета застави.

Особливість даного виду застави полягає в тому, що заставодавець може безперешкодно реалізовувати заставлені товари. У разі відчуження заставлених товарів заставодавець зобов'язаний замінити їх іншими товарами тієї ж або більшої вартості. Зменшення вартості заставлених товарів дозволяється тільки у випадках, якщо це здійснено за домовленістю сторін щодо погашення частки початкової заборгованості.

Продані товари перестають бути предметом застави, а ті, які набуваються заставодавцем (товари того ж роду та якості або інші товари, види яких передбачені договором), навпаки, стають, заставним забезпеченням з моменту виникнення на них права власності. Відповідно принцип «право слідує за річчю незалежно від переходу права власності на неї» до цього виду застави не застосовується.

Застава цінних паперів. Застава цінного паперу, який не передається шляхом індосаменту, здійснюється за договором між заставодержателем та особою, на ім'я якої був виданий цінний папір.

За згодою сторін заставлені цінні папери можуть бути передані на зберігання в депозит нотаріуса або банку. Купонні листки на виплату процентів, дивідендів та інші доходи від права, що визначене в цінному папері, будуть предметом застави тільки у випадках, якщо вони передані кредитору заставного зобов'язання, в разі коли інше не передбачено договором.

Згідно зі ст. 53 Закону «Про заставу», якщо законом чи договором не передбачене інше, застава векселя чи іншого цінного паперу, який може бути переданий шляхом вчинення передавального запису (індосаменту), здійснюється шляхом індосаменту⁴⁶ і вручення заставодержателю індосованого цінного паперу.

Вексель — абстрактне грошове зобов'язання. Абстрактний характер векселя полягає в тому, що він зберігає силу незалежно від причин, які обумовили його видачу, а вексельне зобов'язання є безспірним та безумовним.

⁴⁶ Індосамент вважається заставним, якщо містить певне застереження, як-от «валюта у забезпечення», «валюта в заставу» або інші рівні за змістом.

Згідно ж зі ст. 547 ЦК та ст. 13 Закону «Про застава» договір застави повинен бути укладений у письмовій формі і недодержання цієї форми тягне за собою його нікчемність, а ст. 12 Закону «Про застава» потребує визначити у договорі застави суть, розмір та строк виконання зобов'язання, забезпеченого заставою, опис предмета застави, а також інші умови. Таким чином, з точки зору вексельного права будь-які договори, що знаходяться за межами вексельного паперу, не мають сили для вексельного правовідношення. Відповідно застава векселя існує в силу заставного індосаменту, а договір про застава векселя буде розглядатися як неіснуючий («чого немає у векселі, не існує у світі»)⁴⁷.

Як бачимо, застава векселя, вчинена у формі заставного індосаменту, за своєю юридичною природою не є заставою у тому значенні, яке вона має згідно із загальноцивільним законодавством. Особливість застави векселя полягає у тому, що держатель векселя за заставним індосаментом має право на отримання вексельної суми у будь-якому випадку, тобто незалежно від долі основного зобов'язання, забезпеченого заставою векселя. Застереження у заставному індосаменті про право індосата на одержання вексельної суми залежно від виконання або невиконання індосантом основного зобов'язання неприпустима у вексельному праві і в силу вимог ст. 12 Уніфікованого закону вважалась би ненаписаною. Індосамент має бути безумовним. Відсутність у тексті індосаменту безумовності призводить до втрати ним вексельної сили. Отже, права заставодержателя-індосата суттєво відрізняються від прав заставодержателя, передбачених ЦК та Законом «Про застава».

З точки ж зору цивільного права застава — вид забезпечення виконання зобов'язання, в силу якого кредитор (заставодержатель) має право у разі порушення боржником (заставодателем) забезпеченого заставою зобов'язання отримати задоволення із вартості заставленого майна переважно перед іншими кредиторами. Заставне зобов'язання як зобов'язання акцесорне має похідний характер від основного зобов'язання і залежить від дійсності останнього. Застава не може існувати сама по собі, тобто без зобов'язання, для забезпечення якого вона і була встановлена. Звернути стягнення на заставлене майно заставодержатель може виключно у разі невиконання боржником основного зобов'язання, яке забезпечувалося заставою.

Згідно зі ст. 547 ЦК та ст. 13 Закону «Про застава» договір застави незалежно від виду речей, щодо яких встановлюється застава, має бути укладений в письмовій формі. На нашу думку, укладення договору застави є обов'язковим як для застави векселя, який не може бути переданий шляхом індосаменту, так і для векселя, який може бути індосований. В останньому випадку заставний індосамент і передача векселя заставодержателю (індосату) повинні розглядатися виключно як виконання договору застави заставодателем (індосантом).

Вважаємо, що безумовне отримання векселедержателем платежу від зобов'язаних за векселем осіб незалежно від виконання основного, забезпеченого заставою векселя, зобов'язання, є невиправданим і що розглядати питання застави векселя необхідно із загальноцивільністичної точки зору, враховуючи особливості векселя як цінного паперу, але тільки тією мірою, в якій вони не протирічать меті встановлення застави векселя — забезпеченню виконання зобов'язання.

Віддаючи перевагу інституту заставного права, вексель необхідно розглядати як різновид майна, заставою якого може бути забезпечено основне зобов'язання боржника і на яке тільки у разі невиконання основного зобов'язання заставодержатель (векселедержатель) може звернути стягнення, тобто пред'явити вексель до сплати і отримати задоволення своїх вимог від зобов'язаної за векселем особи.

Звернення стягнення на заставлене рухоме майно. За загальним правилом заставодержатель набуває право звернення стягнення на предмет застави, в разі коли забезпечене зобов'язання не буде виконано у встановлений строк. Однак законом та договором можуть бути передбачені підстави для дострокового

⁴⁷ Див.: Вишне夫斯基, А. А. Вексельное право [Текст] : учеб. пособие / А. А. Вишне夫斯基. – М. : Юрист. – 1996. – С. 104.

звернення стягнення на предмет застави. Зокрема, у разі ліквідації юридичної особи — заставодавця заставодержатель набуває право звернути стягнення на заставлене майно незалежно від настання строку виконання зобов'язання, забезпеченого заставою. Крім того, у разі порушення заставодавцем правил про розпорядження предметом застави в тому числі і шляхом перезастави, заставодержатель набуває право вимагати дострокового виконання зобов'язання, забезпеченого заставою, а якщо його вимога не буде задоволена, — звернути стягнення на предмет застави.

Звернення стягнення на рухоме майно здійснюється **на підставі рішення суду або виконавчого напису нотаріуса**, а також у **позасудовому порядку** згідно із Законом «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень».

На підставі виконавчого напису нотаріуса звернення стягнення на заставлене майно здійснюється, якщо договір застави був нотаріально посвідчений. Для одержання виконавчого напису подаються: а) оригінал нотаріально посвідченого договору; б) документи, що підтверджують безспірність заборгованості боржника та встановлюють прострочення виконання зобов'язання. Перелік документів, за якими стягнення заборгованості провадиться у безспірному порядку на підставі виконавчих написів нотаріусів, затверджений постановою КМУ від 29.06.99 №1172.

Згідно із Законом «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень» до способів **позасудового звернення стягнення** на заставлене рухоме майно належать: 1) **передача рухомого майна у власність** заставодержателя в рахунок виконання забезпеченого заставою зобов'язання; 2) **продаж заставодержателем** предмета застави шляхом укладення договору купівлі-продажу з іншою особою або на публічних торгах; 3) **відступлення заставодержателю права грошової вимоги**, якщо предметом забезпечення є грошова вимога; 4) **переказ заставодержателю відповідної грошової суми**, у тому числі в порядку договірного списання, у разі якщо предметом забезпечення є гроші або цінні папери.

У разі звернення стягнення на заставлене майно у судовому порядку заставодержатель до моменту подання відповідного позову зобов'язаний письмово повідомити всіх обтяжувачів, на користь яких встановлено зареєстроване обтяження цього рухомого майна, про початок судового провадження у справі про звернення стягнення на предмет застави. Це необхідно для того, щоб визначити пріоритет та розмір вимог інших обтяжувачів, на користь яких встановлено зареєстроване обтяження, які підлягають задоволенню з вартості предмета забезпечення.

Реалізація предмета застави за загальним правилом провадиться шляхом його продажу з публічних торгів у порядку виконавчого провадження, тому в рішенні суду зазначається початкова ціна предмета застави. Рішення суду може передбачати й інші способи реалізації прав заставодержателя, зокрема 1) передачу рухомого майна у власність заставодержателя; 2) продаж заставодержателем предмета застави шляхом укладення договору купівлі-продажу з іншою особою або на публічних торгах; 3) відступлення заставодержателю права грошової вимоги, якщо предметом забезпечення є грошова вимога; 4) переказ заставодержателю відповідної грошової суми, якщо предметом забезпечення є гроші або цінні папери.

Позасудовий порядок звернення стягнення на предмет застави передбачає обов'язок заставодержателя: 1) зареєструвати в Державному реєстрі відомості про звернення стягнення на предмет застави; 2) надіслати боржнику та іншим особам, на користь яких встановлено зареєстроване обтяження, відповідне письмове повідомлення, в якому визначається позасудовий спосіб звернення стягнення на предмет застави, що має намір застосувати заставодержатель, та міститься вимога до боржника виконати порушене зобов'язання або передати предмет застави заставодержателю протягом 30 днів з моменту реєстрації у Державному реєстрі відомостей про звернення стягнення на предмет застави.

Заставодержатель може самостійно обрати позасудовий спосіб звернення стягнення на рухоме майно. Однак обраний ним спосіб не повинен порушувати прав та інтересів інших осіб. Так, заставодержатель може ініціювати отримання заставленого майна у власність, однак боржнику та іншим обтяжувачам надане право заперечити проти використання такого способу звернення стягнення. За таких умов заставодержатель, який ініціює звернення стягнення, має задовольнити свої вимоги шляхом продажу заставленого майна. Якщо проти переходу права власності на предмет застави до заставодержателя висловлює заперечення інший обтяжувач, на користь якого встановлене зареєстроване обтяження, заставодержатель, який ініціює звернення стягнення, може набути право власності на предмет застави в разі задоволення ним забезпеченої вимоги іншого обтяжувача. Якщо відповідне заперечення надійшло від боржника, набуття заставодержателем права власності на предмет застави можливе на підставі рішення суду.

У разі переходу майна у власність заставодержателя основне зобов'язання вважається повністю виконаним і заставодержатель не вправі пред'являти боржнику інші вимоги у зв'язку із виконанням цього зобов'язання. При цьому всі обтяження рухомого майна, що було предметом застави, з вищим пріоритетом зберігають чинність, а обтяження з нижчим пріоритетом припиняються.

Якщо заставодержатель обрав такий спосіб задоволення своїх інтересів, як продаж заставленого рухомого майна, він має від імені заставодавця укласти договір купівлі-продажу предмета застави з особою, яка запропонувала найвищу ціну, при цьому інші обтяжувачі, на користь яких встановлені зареєстровані обтяження, мають переважне право на придбання предмета застави (якщо декілька осіб бажають скористатися цим правом, воно належить обтяжувачу з вищим пріоритетом).

Якщо предметом застави є право грошової вимоги, звернення стягнення на нього здійснюється шляхом відступлення заставодержателю відповідного права. Заставодержатель повинен повідомити заставодавця та інших обтяжувачів відповідного права грошової вимоги про свій намір набути на свою користь таке право. У свою чергу, інші обтяжувачі, на користь яких встановлено зареєстроване обтяження цього права, можуть письмово заявити заставодержателю, який ініціює звернення стягнення, про свій намір отримати задоволення своїх вимог за рахунок предмета обтяження. Обтяжувач з вищим пріоритетом, який висловив намір звернути стягнення на предмет забезпечувального обтяження, надсилає письмове повідомлення всім особам, які повинні виконати вимоги за відповідним правом грошової вимоги боржника, яке є предметом забезпечувального обтяження. З дня відправлення зазначеного повідомлення обтяжувач з вищим пріоритетом набуває права кредитора в зобов'язанні, право вимоги за яким відступлене на його користь. Обтяжувач користується правами кредитора в цьому зобов'язанні до моменту повного задоволення його забезпеченої обтяженням вимоги. У разі повного задоволення забезпеченої обтяженням (заставою грошового права) вимоги відповідне право грошової вимоги вважається відступленим іншим обтяжувачам, які висловили намір отримати задоволення своїх вимог за рахунок відповідного права грошової вимоги, у черговості їх пріоритетів. За відсутності інших обтяжувачів відповідне право грошової вимоги відступається боржнику.

У разі якщо предметом застави є гроші, задоволення забезпеченої заставою вимоги заставодержателя здійснюється шляхом переказу йому грошової суми, достатньої для повного задоволення цієї вимоги. Такий переказ може здійснюватися банком у порядку договірної списання. Якщо на момент звернення стягнення грошові кошти знаходяться у володінні заставодержателя і їх сума перевищує розмір забезпеченої заставою вимоги, заставодержатель зобов'язаний повернути надлишок боржнику.

Якщо предметом застави є боргові цінні папери, які перебувають у правомірному володінні заставодержателя, і строк платежу за якими настав або платіж за яким проводиться на вимогу держателя, заставодержатель задовольняє свої вимоги шляхом пред'явлення відповідного цінного паперу до оплати. Якщо

сума, отримана від оплати боргового цінного паперу, перевищує розмір забезпеченої заставою вимоги, заставодержатель повинен повернути надлишок боржнику.

Використання позасудових способів звернення стягнення на рухоме майно не позбавляє боржника, заставодержателя або третіх осіб права звернутися до суду.

Застава нерухомого майна (іпотека) серед інших видів застави виділяється, по-перше, тим, що її предметом виступає **нерухоме майно**, а по-друге, що це майно **залишається у володінні і користуванні іпотекодавця**.

Іпотекою, як і заставою взагалі, може бути забезпечене виконання будь-якого зобов'язання, але найчастіше вона забезпечує повернення боргу за кредитним договором та за договором позики. Нерухоме майно, що характеризується, як правило, значною цінністю та інфляційною стійкістю, забезпечує отримання кредиту там, де форми особистого забезпечення вимог виявляються недостатньою гарантією обґрунтованості та добросовісності намірів потенційного боржника. Іпотека, на відміну від закладу, становить значну вигоду і для боржника, дозволяючи йому використовувати заставлене майно та отримувати з цього прибуток. Тому у сучасній банківській практиці саме іпотека є пріоритетним у практичному використанні видом забезпечення зобов'язань. Особливості відносин у системі іпотечного кредитування, а також перетворення платежів за іпотечними активами у виплати за іпотечними сертифікатами із застосуванням механізмів управління майном регулюються Законом України «Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати» від 19.06.2003 р.⁴⁸

Взагалі ж іпотечним відносинам присвячено Закон України «Про іпотеку» від 05.06.2003 р.⁴⁹ Відповідно до ст. 1 зазначеного закону **іпотека є видом забезпечення виконання зобов'язання нерухомим майном, що залишається у володінні і користуванні іпотекодавця, згідно з яким іпотекодержатель має право в разі невиконання боржником забезпеченого іпотекою зобов'язання одержати задоволення своїх вимог за рахунок предмета іпотеки переважно перед іншими кредиторами цього боржника**.

Оскільки іпотека є різновидом застави, то на неї поширюються загальні правила застави щодо: підстав її виникнення (договір, закон, рішення суду); забезпечення виконання дійсного зобов'язання або задоволення вимоги, яка може виникнути в майбутньому на підставі договору, що набрав чинності (ст. 3 Закону); похідного характеру від основного зобов'язання; прав та обов'язків сторін (у тому числі майнового поручителя); можливостей наступної іпотеки предмета іпотеки; задоволення забезпечення вимог за рахунок предмета іпотеки; обсягу вимог іпотекодержателя, які задовольняються за рахунок заставленого майна; можливості володіти та користуватися предметом іпотеки та ін.

Відповідно до вимог ст. 4 Закону обтяження нерухомого майна іпотекою підлягає **державній реєстрації** в порядку, встановленому законом. Недотримання цієї умови не робить іпотечний договір недійсним, але вимога іпотекодержателя не набуває пріоритету відносно зареєстрованих прав чи вимог інших осіб на передане в іпотеку нерухоме майно, тобто іпотекодержатель не набуває за таким договором переважного права перед іншими особами, у тому числі й пізнішими іпотекодержателями, які зареєстрували свої права на це майно.

Іпотечний договір укладається у **письмовій формі** і підлягає **нотаріальному посвідченню**. Згідно зі ст. 18 Закону іпотечний договір та договір, що обумовлює основне зобов'язання, можуть бути оформлені у вигляді одного документа, а у разі якщо іпотекою забезпечується повернення позики, кредиту для придбання

⁴⁸ Відом. Верхов. Ради України. – 2004. – № 1. – Ст. 1.

⁴⁹ Там само. – 2003. – № 38. – Ст. 312–313.

нерухомого майна, яке передається в іпотеку (саме такі випадки найбільш типові для укладення іпотечного договору), договір купівлі-продажу цього нерухомого майна та іпотечний договір можуть укладатися одночасно.

Закон вводить поняття закладної, якою є борговий цінний папір, що засвідчує безумовне право його власника на отримання від боржника виконання за основним зобов'язанням, за умови, що воно підлягає виконанню в грошовій формі, а в разі невиконання основного зобов'язання — право звернути стягнення на предмет іпотеки.

Заставна оформлюється, якщо її випуск передбачений іпотечним договором. Вона може передаватися її власником будь-якій особі шляхом вчинення індосаменту (передаточного напису). Наступний власник заставної має ті ж права, що мав іпотекодержатель згідно з договором, яким обумовлене основне зобов'язання, та іпотечним договором, на підставі якого була оформлена заставна.

У разі видачі заставної припиняються грошові зобов'язання за договором, який обумовлює основне зобов'язання, та виникають грошові зобов'язання боржника щодо платежу за заставною. Після оформлення заставної виконання основного зобов'язання та звернення стягнення на предмет іпотеки може бути здійснено лише на підставі вимоги власника заставної.

Заставна підлягає державній реєстрації у встановленому законом порядку разом з державною реєстрацією обтяження відповідного нерухомого майна іпотекою. Після реєстрації випуску заставної її оригінал передається іпотекодержателю.

Відповідно до вимог ст. 21 Закону заставна складається в письмовій формі в одному примірнику на бланку стандартної форми, яка встановлюється Державною комісією з цінних паперів та фондового ринку. На всіх оригінальних примірниках іпотечного договору робиться відмітка про оформлення заставної. Підписують закладну іпотекодавець та іпотекодержатель.

Для реалізації прав за заставною її власник зобов'язаний заявити боржнику письмову вимогу про виконання основного зобов'язання. У цій вимозі вказується банківський рахунок власника заставної для здійснення боржником переказу відповідної грошової суми. На вимогу боржника власник заставної зобов'язаний пред'явити оригінал заставної без його передачі боржнику.

Заставна підлягає передачі боржнику у разі належного виконання ним основного зобов'язання. Знаходження заставної у боржника свідчить про виконання основного зобов'язання, якщо не буде доведено протилежне. У разі виконання основного зобов'язання боржником заставна, що знаходиться в нього, анулюється. Знаходження заставної в іншій особі свідчить, що основне зобов'язання не виконано, якщо не буде доведено інше.

У разі коли основне зобов'язання підлягає виконанню частинами, власник заставної зобов'язаний видавати боржнику письмові квитанції про отримання платежу та вести реєстр платежів за заставною, який надається боржнику на його вимогу. У разі розбіжностей між квитанціями про отримання платежів та їх реєстром квитанції про отримання платежів мають перевагу (ст. 22 Закону).

У разі випуску заставної відступлення прав за іпотечним договором та основним зобов'язанням не допускається. Після випуску заставної перехід прав іпотекодержателя за іпотечним договором та основним зобов'язанням до іншої особи здійснюється шляхом передачі заставної за допомогою індосаменту.

Заставна може бути передана у заставу для забезпечення виконання зобов'язань її власника перед іншою особою — кредитором. Застава заставної здійснюється шляхом вчинення індосаменту, в якому зазначається, що заставна передається тільки у заставу та ідентифікується забезпечене заставою зобов'язання. При заставі заставна передається у володіння заставодержателю.

Закон покладає на іпотекодержателя як власника закладної обов'язок письмово повідомити боржника про передачу заставної у заставу. У разі порушення зобов'язання, забезпеченого заставою заставної, до заставодержателя переходять всі права за заставною.

За допомогою заставних може забезпечуватися випуск іпотечних цінних паперів — іпотечних облігацій та іпотечних сертифікатів. При цьому емітентом іпотечних паперів можуть бути банки та інші фінансові установи, які мають право на провадження такого виду діяльності відповідно до закону. Сам порядок випуску та обігу іпотечних цінних паперів встановлюється законом.

Звернення стягнення на предмет іпотеки здійснюється на підставі: **рішення суду; виконавчого напису нотаріуса; згідно з договором про задоволення вимог іпотекодержателя.**

Договір про задоволення вимог іпотекодержателя може передбачати:

- **передачу** іпотекодержателю **права власності** на предмет іпотеки в рахунок виконання основного зобов'язання (ст. 37 Закону);

- **право іпотекодержателя** від свого імені **продати предмет іпотеки** будь-якій особі на підставі договору купівлі-продажу, якщо іпотекодавець та особи, що мають зареєстровані у встановленому законом порядку права на предмет іпотеки, не виявили наміру укласти такий договір (ст. 38 Закону).

Іпотека деяких видів нерухомого майна має свої особливості. Так, передача в іпотеку майна, що є об'єктом права державної чи комунальної власності, здійснюється після отримання згоди органу державної влади чи органу місцевого самоврядування, до сфери управління якого належить відповідна юридична особа публічного права. Забороняється передача в іпотеку об'єктів права державної власності, що не підлягають приватизації. Не можуть бути предметом іпотеки національні, культурні та історичні цінності, які є об'єктами права державної власності і занесені до Державного реєстру національної культурної спадщини.

Іпотека земельних ділянок сільськогосподарського призначення здійснюється відповідно до положень Закону та Земельного кодексу України (ст. 15 Закону).

Іпотека об'єктів незавершеного будівництва здійснюється шляхом передачі в іпотеку земельної ділянки, на якій виконується будівництво, або шляхом передачі в іпотеку нерухомого майна, право власності іпотекодавця на яке виникне в майбутньому. Після завершення будівництва така будівля (споруда), житловий будинок або квартира залишається предметом іпотеки відповідно до іпотечного договору. Після звернення стягнення до нового власника завершеної будівлі (споруди) або об'єкта незавершеного будівництва переходять визначені договором права і обов'язки забудовника щодо третіх осіб — покупців.

Іпотека житлових приміщень завжди привертала до себе увагу можливістю звернення стягнення на такі об'єкти. Відповідно до вимог ст. 132 Житлового кодексу України звернення стягнення на передане в іпотеку жиле приміщення є підставою для виселення всіх громадян, що мешкають у ньому, за винятками, встановленими законом. Після прийняття кредитором рішення про звернення стягнення на передане в іпотеку жиле приміщення всі громадяни, що мешкають у ньому, зобов'язані на письмову вимогу кредитора або нового власника цього жилого приміщення добровільно звільнити його протягом одного місяця з дня отримання цієї вимоги. Якщо громадяни не звільняють жиле приміщення у встановлений або інший погоджений сторонами строк добровільно, їх примусове виселення здійснюється на підставі рішення суду. Виселення громадян при зверненні стягнення на жилі приміщення, що були придбані ними за рахунок кредиту (позики) банку чи іншої особи, повернення якого забезпечене іпотекою відповідного жилого приміщення, є підставою для надання цим громадянам жилих приміщень з фондів житла для тимчасового проживання. При цьому відсутність жилих приміщень з фондів житла для тимчасового проживання або відмова в їх наданні не тягне за собою припинення виселення громадян з жилого приміщення, яке є предметом іпотеки.

§ 7. Притримання

Притримання — це майнове забезпечення.

ЦК вперше назвав **притримання** одним із **видів забезпечення виконання зобов'язань**, що викликало спір з боку науковців, оскільки на думку одних притримання є заходом оперативного впливу⁵⁰, другі вважають його видом забезпечення виконання зобов'язань⁵¹, треті — способом самозахисту⁵², а деякі — й мірою відповідальності⁵³.

Правова природа притримання зумовлена тим, що кредитор, виконавши власний обов'язок за договором і чекаючи виконання зустрічного обов'язку від боржника, має право притримати у себе річ, якою правомірно володіє на підставі укладеного між сторонами договору, до виконання боржником зобов'язання.

Щоб отримати річ, яку притримує кредитор, боржник повинен виконати дії, що становлять зміст зобов'язання. З цього приводу в літературі зазначається, що «якщо річ боржникові дійсно необхідна, він намагатиметься виконати зобов'язання якнайшвидше, щоб отримати її⁵⁴, а кредитор має право притримувати річ, доки відповідне зобов'язання не буде виконано боржником (ч.1 ст. 594 ЦК). Стимулюючий ефект притримання перебуває у прямому зв'язку з потребою боржника стосовно даної речі. При цьому суттєве значення має її майнова й немайнова цінність для боржника, потреба в ній у процесі виробництва тощо.

Відповідно до ч.1 ст. 594 ЦК кредитор, який правомірно володіє річчю, що підлягає передачі боржникові або особі, вказаній боржником, у разі невиконання ним у строк зобов'язання щодо оплати цієї речі або відшкодування кредитором пов'язаних з нею витрат та інших збитків має право притримати її у себе до виконання боржником зобов'язання. Це — загальна норма, яка дозволяє стимулювати боржника до виконання простроченого ним зобов'язання. Крім того, ЦК містить спеціальні норми, що надають кредитору право притримати річ, якою він правомірно володіє за договором певного виду. У спеціальних нормах законодавець не лише уточнює фігуру кредитора, але й вказує, для забезпечення якого саме обов'язку боржника кредитор має право скористатися правом притримання. Так, згідно із ст. 856 ЦК, якщо за договором підряду замовник не сплатив встановленої ціни роботи або іншої суми, належної підрядникові у зв'язку з виконанням договору, підрядник має право притримати результат роботи, а також устаткування, залишок невикористаного матеріалу

⁵⁰ Див.: Грибанов, В. П. Осуществление и защита гражданских прав [Текст] / В. П. Грибанов. — М. : Статут, 2000. — С. 104–132.

⁵¹ Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар [Текст] / за ред. розробників проекту ЦК України. — К. : Істина, 2004. — С. 417–418; Цивільне право України [Текст] : підручник : у 2 т. / за ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. — К. : Юрінком Інтер, 2004. — Т. 2. — С. 61; Сарбаш, С. В. Право удержання как способ обеспечения исполнения обязательств [Текст] / С. В. Сарбаш. — Изд. 2-е, испр. — М. : Статут, 2003. — С. 144.

⁵² Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар [Текст] / за ред. розробників проекту ЦК України. — К. : Істина, 2004. — С. 28; Гражданский кодекс Украины: Комментарий [Текст] / (с изм. и доп. по сост. на 01.09. 2003 г.). — Т. 1.— Харьков : ООО «Одиссей», 2003. — С. 56; Свердлык, Г. Способы самозащиты гражданских прав и их классификация [Текст] / Г. Свердлык, Э. Страунинг // Хоз-во и право. — 1999. — № 2. — С.25.

⁵³ Пустомолотов, И. И. Средства обеспечения обязательств как формы гражданско-правовой ответственности [Текст] : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. / И. И. Пустомолов; Кубан. гос. аграр. ун-т. — Краснодар, 2002. — С. 8.

⁵⁴ Белов, В. А. Новые способы обеспечения исполнения банковских обязательств [Текст] В. А. Белов // Бизнес и банки. — 1997. — № 45 (367). — С. 2.

та інше майно замовника, що є у підрядника. Відповідно до ч. 4 ст. 916 ЦК за договором перевезення перевізник має право притримати переданий йому для перевезення вантаж для забезпечення внесення провізної плати та інших платежів. Частина 1 ст. 1019 ЦК встановлює, що за договором комісії комісіонер має право для забезпечення своїх вимог притримати річ, яка має бути передана комітентові.

Якщо ж притримання не забезпечило стимулюючого ефекту на боржника, **вимоги кредитора** задовольняються з **вартості речі, яка притримується** (ст. 597 ЦК) за правилами, передбаченими для застави, що свідчить про наявність у кредитора двох правомочностей — права притримувати річ до моменту виконання боржником зобов'язання і права задовольнити свої вимоги за рахунок цієї речі в разі невиконання зобов'язання.

Відповідно, на нашу думку, спір щодо юридичної природи права притримання необхідно вирішити на користь визнання його одним із видів забезпечення виконання зобов'язань, який і стимулює боржника до виконання свого обов'язку і захищає майнові інтереси кредитора шляхом звернення стягнення на притримувану річ, якщо зобов'язання все ж таки боржником виконане не буде.

Ретентором (кредитором, що притримує річ) і боржником можуть бути як фізичні, так і юридичні особи, у тому числі суб'єкти підприємницької діяльності.

На відміну від інших засобів забезпечення виконання зобов'язань, для застосування котрих, як правило⁵⁵, необхідна попередня домовленість сторін у вигляді укладення договору про певний вид забезпечення, притримання — це законний вид забезпечення виконання зобов'язань. Законодавець надає можливість кредитору скористатися притриманням для забезпечення виконання зобов'язання боржником без попередньої домовленості сторін про це, застосувати притримання саме у зв'язку з порушенням (простроченням) зобов'язання боржником. Для виникнення права притримання не потрібно укласти договір стосовно права кредитора притримувати майно боржника, достатнім є наявність факту порушення зобов'язання. Але це не означає, що сторони позбавлені права досягнути згоди щодо притримання. Однак на практиці договір про притримання укладається дуже рідко⁵⁶.

Для виникнення у кредитора права притримання необхідна одночасна наявність таких умов: по-перше, притримання можливе лише стосовно чужої речі, тобто речі, на яку право власності належить іншій особі, а не кредитору. **По-друге**, така річ повинна перебувати у володінні кредитора. **По-третє**, кредитор має володіти річчю на законній підставі. **По-четверте**, кредитор вправі притримувати річ боржника, якщо інше не встановлено домовленістю сторін у договорі.

Єдиною підставою виникнення права притримання є невиконання боржником в строк зобов'язання: 1) щодо оплати речі; 2) щодо відшкодування кредитором пов'язаних з річчю витрат та інших збитків; 3) щодо інших вимог кредитора.

Стосовно першої групи зобов'язань можна констатувати, що притримання забезпечує виконання боржником грошових зобов'язань, пов'язаних з річчю, яка притримується кредитором. Забезпечення притриманням зобов'язань такого роду передбачене законодавцем як загальне правило, що підтверджується і положеннями закону щодо певних видів договірних зобов'язань, які виникають із договорів перевезення (ст. 916 ЦК), комісії (ст. 1019 ЦК) та підряду (ст. 856 ЦК). До другої групи зобов'язань законодавець відносить інші вимоги кредитора, тобто вимоги, не пов'язані з оплатою речі, що притримується, відшкодуванням пов'язаних з нею витрат та інших збитків.

⁵⁵ Крім договору підставою виникнення неустойки може виступати закон, а застави – закон та рішення суду.

⁵⁶ Див.: Леонова, Г. Б. Применение права удержания в торговом обороте [Текст] / Г. Б. Леонова // Вестн. Моск. ун-та. Сер. 11, Право. – 2002. – № 1. – С. 72.

Мабуть «інші вимоги», на які вказує ч. 2 ст. 594 ЦК, можна розуміти як такі, що виникають із договору, за яким кредитору була передана річ, що утримується, але останні не мають грошового характеру. Проте, на нашу думку, такі випадки трапляються дуже рідко, якщо взагалі можуть мати місце. Вважаємо, що скоріше «інші вимоги» кредитора за ч. 2 ст. 594 ЦК — це ті вимоги, які виникають з інших договорів, укладених між тими ж сторонами, строк виконання яких вже настав. При цьому, на наш погляд, дані вимоги можуть мати як грошовий, так і негрошовий характер, оскільки законодавець не зазначає будь-яких обмежень щодо характеру цих «інших вимог». Таким чином, не бачимо перешкод для застосування кредитором притримання для забезпечення будь-яких своїх зобов'язань, що виникли з інших договорів стосовно того ж самого боржника.

На нашу думку, притриманням речі інші вимоги кредитора не будуть забезпечуватися лише у разі, якщо сторони встановлять заборону про це в договорі, за яким певна річ передається у володіння кредитору, або якщо інше не буде встановлено законом (ч. 2 ст. 594 ЦК). Домовленість сторін щодо заборони застосування права притримання кредитором може бути досягнута як під час укладення договору, пов'язаного з переданням речі, так і після його укладення. Головне, щоб така домовленість існувала на момент порушення зобов'язання, оскільки саме з фактом порушення зобов'язання боржником закон пов'язує момент виникнення права притримання у кредитора як виду забезпечення виконання зобов'язання.

При забезпеченні притриманням інших вимог кредитора слід враховувати, що право на притримання виникає у кредитора з моменту порушення боржником певного зобов'язання, а майно останнього може як перебувати на цей момент у володінні кредитора, так і потрапити до нього пізніше. Наприклад, боржник не виконав зобов'язання за договором позики на момент укладення між тими ж сторонами договору зберігання речей боржника, або строк виконання боржником договору позики настав раніше припинення договору зберігання. Якщо ж строк виконання зобов'язання боржником ще не настав, то мову про право притримання вести не можна — немає порушення зобов'язання як підстави виникнення права притримання. Наявність вищезазначених умов виникнення права притримання необхідна для його правомірності. Цілком поділяємо висловлену в літературі думку, що «притримання — це правомірне непередання кредитором речі, що належить боржникові, але воно є правомірним тільки за наявності відповідних умов. У протилежному випадку притримання перетворюється на незаконне володіння з усіма відповідними наслідками»⁵⁷.

Реалізуючи право на притримання речі боржника, ретентор захищає своє порушене право **самостійно**, без звернення до юрисдикційних органів, що дає підстави віднести такі дії до способів самозахисту цивільних прав, під якими розуміється застосування особою засобів протидії, які не заборонені законом та не суперечать моральним засадам суспільства (ст. 19 ЦК). Враховуючи, що способи самозахисту різноманітні і кожен з них має відповідати змісту порушеного права, характеру дій правопорушника, а також наслідкам, спричиненим цим порушенням (ч. 2 ст. 19 ЦК), і те, що спосіб самозахисту — це порядок здійснення протидії протиправним діям або бездіяльності правопорушника, закріплений актами цивільного законодавства, положеннями договору або не визначений нормативно, який підлягає застосуванню особою відповідно до закріплених законодавством умов правомірності здійснення права на самозахист без звернення до відповідних юрисдикційних органів, вважаємо, що таке забезпечення, як **притримання** (статті 594 — 597 ЦК) може виступати **способом самозахисту**, закріпленим положеннями актів цивільного законодавства, що відповідає

⁵⁷ Сербуль, О. Притримання: правомірне володіння або порушення зобов'язань за договором? [Текст] / О. Сербуль // Юрид. жур. — 2004. — № 5. — С. 90.

порушенню, для припинення якого він може використовуватися. Дана думка знайшла підтримку і серед вітчизняних цивілістів⁵⁸.

Але при цьому слід зазначити, що притримання як забезпечення передбачає звернення стягнення на притриману річ, якщо притримання останньої не привело до виконання зобов'язання боржником. Задоволення ж вимог кредитора здійснюється за правилами, встановленими законом щодо предмета застави, і, потребуючи звернення кредитора до суду, безумовно виходить за межі самозахисту. Таким чином вести мову про притримання як спосіб самозахисту можна **лише стосовно першого етапу реалізації кредитором свого права за даним забезпеченням**, а саме — права на притримання речі.

Звернення стягнення на притримувану річ здійснюється відповідно до Закону України «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень»⁵⁹, який називає право притримання (**як і заставу рухомого майна**) забезпечувальними обтяженнями (ст. 21).

Законодавство не вимагає обов'язкової реєстрації права притримання. Однак оскільки майно, яке притримує кредитор, може бути обтяжене правами інших осіб, пріоритет права притримання встановлюється з моменту його реєстрації. Якщо ж право притримання не було зареєстровано, воно не має пріоритету над зареєстрованими обтяженнями, але має вищий пріоритет над незареєстрованими обтяженнями (ст. 14 Закону), а обтяжувач з вищим пріоритетом має переважне право на звернення стягнення на предмет обтяження. Останнє означає, що у разі притримання кредитором майна, яке вже перебуває у заставі, він (за умови реєстрації свого права) матиме переважне право на звернення стягнення на предмет обтяження перед заставодержателем зареєстрованої раніше застави. Таким чином, законодавець, встановлюючи пріоритет обтяжень, надає переваги притриманню порівняно з іншим речовим забезпеченням — заставою.

За рахунок предмета обтяження інтереси кредитора задовольняються у повному обсязі, що включає відшкодування збитків, стягнення неустойки, сплату процентів, витрати кредитора на утримання речі та витрати, пов'язані із пред'явленням позову та зверненням стягнення на предмет обтяження, та ін.

Кредитор, який притримує річ, зобов'язаний негайно повідомити про це боржника. Він не має права користуватися цією річчю, і до нього не переходить право власності на притримувану річ. Боржник, річ якого притримує кредитор, має право нею розпорядитися, відповідно повідомивши набувача про притримання речі і права кредитора.

У разі втрати, псування або пошкодження притримуваної речі кредитор несе відповідальність на загальних підставах.

Припиняється притримання як на загальних підставах припинення зобов'язань, так і в зв'язку з: 1) припиненням зобов'язання, забезпеченого притриманням; 2) зверненням стягнення на притримувану річ; 3) вибуттям речі з володіння ретентора.

Питання для самоконтролю

Поняття та загальна характеристика видів забезпечення виконання зобов'язань. Їх функції та сфера застосування.

Класифікація видів забезпечення виконання зобов'язань.

Поняття неустойки, її різновиди та предмет.

Поняття та забезпечувальна сутність завдатку. Відмежування завдатку від авансу.

Поняття поруки. Зміст обов'язку поручителя. Припинення поруки.

⁵⁸ Цивільний кодекс України: Науково–практичний коментар [Текст] / за ред. розробників проекту ЦК України. – К. : Істина, 2004. – С. 28; Цивільне право України [Текст] : підручник : у 2 т. / за ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо–Фатєєвої, В. Л. Яроцького. – К. : Юрінком Інтер, 2004. – Т. 1. – С. 267.

⁵⁹ Відом. Верхов. Ради України. – 2004. – № 11. – Ст. 140.

Поняття та загальна характеристика гарантії. Відмежування гарантії від поруки. Участь принципала (боржника) у видачі гарантії гарантом бенефіціару (кредитору).
Застава як майновий вид забезпечення виконання зобов'язання.
Види застави, їх особливості. Порядок звернення стягнення на предмет застави.
Поняття права притримання. Умови та підстави виникнення права притримання.
Задоволення вимог кредитора, який притримує річ у себе.

ГЛАВА 33

ПРИПИНЕННЯ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ

§ 1. Поняття та загальна характеристика припинення зобов'язань

Відносний характер зобов'язань свідчить про те, що їх існування обмежене певними часовими межами, а тому при настанні обставин, зумовлених змістом зобов'язань, діями їх учасників тощо, у конкретний момент часу дія зобов'язання припиняється. Юридичні факти, дії та події, що спричиняють припинення зобов'язань, отримали назву *підстав припинення*.

Отже, *припиненням зобов'язання* є погашення внаслідок дії правоприпиняючих юридичних фактів прав і обов'язків сторін, що становлять його зміст⁶⁰.

У площині конкретного цивільного правовідношення, яким є зобов'язання, припинення призводить до того, що боржник перестає бути зобов'язаним вчинити на користь кредитора певні дії, що становлять предмет зобов'язання (передати майно, виконати роботу, надати послугу, сплатити гроші тощо) або утриматися від вчинення певних дій, а кредитор, у свою чергу, втрачає право вимагати від боржника виконання покладеного на останнього за договором обов'язку. Вимоги особи, у тому числі й позовні вимоги до суду, не можуть ґрунтуватися на зобов'язаннях, які припинилися, заміна кредитора (ст. 512 ЦК) або боржника (ст. 520 ЦК) у такому зобов'язанні унеможлиблюється. Отже, внаслідок припинення зобов'язання зникає стан правової пов'язаності його суб'єктів, а суб'єктивні права і обов'язки, що становлять зміст зобов'язання, ними втрачаються. Залежно від *обсягу* зобов'язання може припинятися частково або в повному обсязі (ч. 1 ст. 598 ЦК). Однак коли припинення зобов'язання спричиняє виникнення нового, яке залежить від підстав виникнення, змісту та інших елементів первісного, мова йде про *зміну зобов'язання*.

Припинення зобов'язання має *остаточний* характер, тобто цивільне законодавство не передбачає можливості відновлення вже припиненого зобов'язання. Наприклад, зобов'язання припинено зарахуванням, однак пізніше контрагент відмовляється від зробленої ним заяви про зарахування, з посиланням на ст. 214 ЦК. У такій ситуації подальша відмова не матиме наслідком поновлення попередньо існуючих правових зв'язків між боржником і кредитором.

Настання юридично значущих обставин, що зумовлюють припинення зобов'язання, не пов'язується із динамікою відповідного зобов'язального правовідношення. Тобто певні юридичні дії та події тягнуть за собою припинення зобов'язання як виконаного частково, так і такого, виконання якого не відбулося взагалі. В останньому випадку існування прав і обов'язків припиняється лише на майбутнє.

⁶⁰ Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар [Текст] / за ред. розробників проекту ЦК України. – К. : Істина, 2004. – С. 419.

Припинення зобов'язання також не пов'язується із досягненням його мети. Зобов'язання може бути припинено не тільки при досягненні мети, а й тоді, коли цього не відбулося, і навіть тоді, коли визначена мета нездійсненна⁶¹.

Главою 50 ЦК встановлено перелік найбільш поширених підстав припинення зобов'язань, який з огляду на положення ст. 598 ЦК не може бути охарактеризований як вичерпний, оскільки договором та/або законом можуть бути передбачені й інші підстави припинення зобов'язань. В той же час зрозуміло, що закріплений у загальних положеннях про зобов'язання ЦК перелік підстав припинення має істотне практичне значення. По-перше, аналіз відповідних цивільно-правових норм свідчить, що на підставі переліку формується *система* підстав припинення зобов'язання. По-друге, значення переліку полягає ще й в тому, що застосування однієї підстави виключає застосування іншої. Інакше кажучи, зобов'язання припиняється лише з однієї підстави, що міститься у переліку.

Перелік підстав припинення зобов'язань має *універсальний* характер, тобто поширюється на всі цивільно-правові зобов'язання, як договірні, так і недоговірні. Щодо договірних зобов'язань підстави припинення окремо не виділяються, тому до них застосовуються загальні правила про припинення зобов'язань, визначені у гл. 50 ЦК. При цьому слід враховувати, що терміни «припинення зобов'язань» і «припинення договору» не можна розглядати як тотожні, оскільки з низки спеціальних норм, що стосуються договорів кредиту, найму, відносин поруки, впливає, що припинення договору негайно не спричиняє припинення зобов'язання. В одних випадках припинення договору спричиняє одночасно припинення зобов'язання, в інших же ситуаціях припинення договору тягне за собою припинення зобов'язання лише в кінцевому підсумку. Той чи інший варіанти визначаються спеціальними правилами та особливостями змісту відповідних договору і зобов'язання. Зазначену ситуацію може бути проілюстровано на прикладі ст. 785 ЦК, за якою у разі припинення договору найму наймач зобов'язаний повернути річ наймодавцеві, що свідчить про те, що цей обов'язок наймача входить до змісту зобов'язання. У тому разі коли наймач цього обов'язку не виконав, зобов'язання продовжує існувати, хоч договір і є припиненим⁶². Аналогічні приписи знаходимо у нормах ЦК, що регулюють відносини за договорами управління майном (ст. 1044), спільної діяльності (ст. 1141 ЦК).

До переліку підстав припинення зобов'язання ЦК відносить:

- належне виконання (ст. 599 ЦК);
- передання відступного (ст. 600 ЦК);
- зарахування (ст. 601 ЦК);
- домовленість сторін, у тому числі новація (ст. 604 ЦК);
- прощення боргу (ст. 605 ЦК);
- поєднання боржника і кредитора в одній особі (ст. 606 ЦК);
- неможливість виконання (ст. 607 ЦК);
- смерть фізичної особи, ліквідація юридичної особи (статті 608, 609 ЦК).

Внаслідок того, що наведений перелік не має вичерпного характеру, зобов'язання можуть припинятися і з інших підстав, передбачених договором або законом. Так, стосовно окремих видів договорів цивільне законодавство України передбачає додаткові підстави припинення відповідних зобов'язань. До них, зокрема, належить відмова страхувальника або страховика за договором страхування (ст. 997 ЦК), загибель майна,

⁶¹ Гражданское право [Текст] : учебник. Ч. I / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. – М. : Проспект, 1997. – С. 588.

⁶² Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України [Текст] : [в 4 т.] / А. Г. Ярема, В. Я. Карабань, В. В. Кривенко, В. Г. Ротань. – К.: А. С. К.; Севастополь: Ін-т юрид. дослідж., 2004. – Т. 2. – С. 462–463.

переданого в управління за договором управління майном (ст. 1044 ЦК), припинення права правоволодільца на торговельну марку чи інше позначення, визначене в договорі, без його заміни аналогічним правом за договором комерційної концесії (ст. 1126 ЦК), визнання недієздатним, безвісно відсутнім, обмежено дієздатним учасника договору простого товариства за цим договором (ст. 1141 ЦК) та ін. Іноді закон пов'язує припинення зобов'язання зі спливом (пропущенням) певних строків. Наприклад, кредитор спадкодавця, який не пред'явив вимоги до спадкоємців, що прийняли спадщину, у строки, встановлені ст. 1281 ЦК, позбавляється права вимоги, що свідчить про припинення зобов'язання. Про припинення зобов'язання свідчить вказівка законодавця на погашення вимоги (наприклад, ст. 113 ЦК), її втрату кредитором або позбавлення. Зобов'язання акцесорного характеру припиняються внаслідок припинення основного зобов'язання. Дана підстава передбачена для припинення іпотеки (ч. 1 ст. 17 Закону України «Про іпотеку»), поруки (ч. 1 ст. 559 ЦК). Недоговірне зобов'язання із відшкодування шкоди припиняється, якщо шкода завдана потерпілому внаслідок його умислу (ч. 1 ст. 1193 ЦК).

Разом із цим визначений законодавством перелік підстав припинення зобов'язань не слід піддавати занадто широкому тлумаченню, зокрема до нього не включаються рішення суду. Тобто судові рішення по спору щодо зобов'язання, наприклад, рішення про стягнення боргу, присудження майна не припиняє зобов'язання. Судове рішення в даному випадку має підтверджуюче, а не правопороджуюче значення. Якщо рішення суду про стягнення з відповідача основного боргу, пені, інфляційних нарахувань та процентів річних не виконано, то кредитор вправі звернутися до суду з вимогою стягнення з боржника суми, на яку заборгованість за зобов'язанням підвищена в порядку індексації, а також процентів річних від простроченої суми за період після прийняття судом рішення про стягнення відповідної заборгованості. Так, по одній із справ Верховний Суд України визнав правильними висновки судів стосовно стягнення інфляційних нарахувань та процентів річних на існуючу заборгованість за невиконаним зобов'язанням⁶³.

Цивільному праву інших країн відомі такі підстави припинення договірних зобов'язань, як мирова угода, звільнення від обов'язку, анулювання договору (ЦК Каліфорнії, США), поглинання зобов'язання (США, Велика Британія), повна і неповна делегація (Франція), що поєднують у собі риси різних підстав припинення зобов'язань, у тому числі відомих в Україні⁶⁴.

Залежно від джерела встановлення підстави припинення договірних зобов'язань можуть бути визначені договором або законом, що у свою чергу виключає можливість їх визначення в інший спосіб, зокрема у нормативно-правових актах, що не мають сили закону. Усі підстави припинення можуть бути поділені на певні групи: такі, що залежать від волі осіб, тобто є діями (належне виконання⁶⁵, передання відступного, зарахування, домовленість сторін, прощення боргу) або не залежать від неї (неможливість виконання, смерть фізичної особи); ті, що є правочинами (належне виконання, передання відступного, зарахування, домовленість сторін, прощення боргу) та інші, котрі за своєю юридичною природою не є правочинами (поєднання боржника

⁶³ Про практику застосування у вирішенні спорів деяких норм чинного законодавства (за матеріалами справ, розглянутих Верховним Судом України) [Текст] : інформ. лист Вищ. госп. суду України від 20 листоп. 2008 р. № 01-8/685 // Вісн. госп. судочинства. – 2009. – № 1. – С. 41.

⁶⁴ Основные институты гражданского права зарубежных стран. Сравнительно-правовое исследование [Текст] / рук. авт. кол. В. В. Залесский. – М. : Норма, 1999. – С. 323–326; Гражданское и торговое право зарубежных государств [Текст] : учебник / отв. ред. Е. А. Васильев, А. С. Комаров. – М. : Междунар. отношения, 2004. – Т. 1. – С. 492–493.

⁶⁵ Природа виконання зобов'язання є спірною, воно розглядається і як односторонній правочин, і як юридичний вчинок, і як двосторонній правочин особливого виду, що спрямовується виключно на припинення зобов'язання шляхом надання кредитором і прийняття ним певного об'єкта.

і кредитора в одній особі, неможливість виконання, смерть фізичної особи, ліквідація юридичної особи)⁶⁶; ті що припиняють зобов'язання повністю (смерть фізичної особи, ліквідація юридичної особи) або ж тільки в певній частині (часткове зарахування вимоги). Перелік підстав припинення зобов'язання дозволяє також виділити способи припинення, пов'язані з виконанням (належне виконання) або не пов'язані із ним (неможливість виконання), способи, що допустимі лише за домовленістю сторін (передача відступного, новація, прощення боргу), або ж способи, що припиняють зобов'язання, незалежно від такої домовленості (неможливість виконання, смерть фізичної особи, ліквідація юридичної особи).

§ 2. Окремі підстави припинення зобов'язань

Виконання зобов'язання є найбільш простим, прийнятним та поширеним способом його припинення. При цьому виконання виступає підставою припинення лише тоді, коли проведене належним чином, тобто не тільки відповідає встановленим вимогам (статті 526 — 545 ЦК), а й прийняте кредитором. Неналежне виконання договору не призводить до його припинення.

Зобов'язання припиняється за згодою сторін внаслідок *передання боржником кредиторіві відступного*. Розмір, строки й порядок передання відступного встановлюються сторонами. Включення в ЦК норми про відступне одразу після статті про належне виконання як підстави припинення зобов'язання, свідчить, що законодавець розглядає його як близьке до виконання зобов'язання поняття, хоча і не тотожне йому. У статті 600 ЦК мова йде про наявність згоди сторін як підстави передання відступного. Наведене свідчить, що породжені згодою права та обов'язки сторін утворюють додаткове зобов'язання до того, на припинення якого воно спрямовується⁶⁷. Це в свою чергу означає, що відсутність первісного зобов'язання унеможлиблює існування зобов'язання з передачі відступного. Угода сторін про відступне, про яку йдеться у ст. 600 ЦК, за своєю природою є *правочинном*, тому на неї поширюються всі правила ЦК щодо даного виду правочинів, зокрема щодо форми, умов дійсності тощо. За юридичною характеристикою цей правочин є двостороннім, оплатним та консенсуальним. Визначаючи *предмет відступного*, законодавець вказує на передання грошей або іншого майна, тобто цей перелік не є вичерпним. Предметом відступного можуть бути рухомі і нерухомі речі, майнові комплекси підприємств, частки у статутному капіталі підприємницьких товариств, інші об'єкти, наприклад, майнові права, включаючи майнові права інтелектуальної власності. У тому разі коли предметом відступного є зобов'язальні права вимоги, сторони при укладанні даного правочину повинні враховувати норми, що визначають порядок заміни осіб у зобов'язаннях (статті 512–519 ЦК). Відступне необхідно чітко відмежовувати як від інших підстав припинення договірної зобов'язання, так і від інших конструкцій зобов'язального права. Головним критерієм розмежування відступного і новації є *мета укладання цих договорів*: якщо відступне спрямоване на припинення зобов'язання, то новація має на меті встановлення нового. Слід враховувати й момент, з настанням якого сторони пов'язують припинення первісного зобов'язання. При укладенні домовленості про відступне — це момент прийняття кредитором заміни виконання, при новації — укладання сторонами договору, що передбачає інший предмет, спосіб виконання або

⁶⁶ Цивільне право України [Текст] : підручник : у 2 т. / за заг. ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. – К. : Юрінком Інтер, 2004. – Т. 2. – С. 62.

⁶⁷ Див.: Шиловост, О. Ю. Отступное в гражданском праве России [Текст] / О. Ю. Шиловост. – М. : Статут, 1999. – С. 134–135.

містить інші елементи⁶⁸. Договір про відступне може бути укладено відносно будь-якого зобов'язання, причому не тільки договірному, тоді як за ЦК новація не допускається щодо аліментних, деліктних та інших зобов'язань, передбачених законом (ч. 3 ст. 604 ЦК). Згода на відступне може бути надана сторонами на будь-якій стадії динаміки договірному зобов'язання, як до порушення, так і після нього, незалежно від наявності факту неправомірної поведінки однієї зі сторін. Новація ж використовується сторонами, як правило, тоді, коли стає очевидним неможливість досягнення мети первісного зобов'язання, тобто після початку його виконання⁶⁹. Характеру відступного може набувати і неустойка, критерієм їх розмежування є підстави встановлення, стадія динаміки зобов'язання, на якій їх може бути встановлено, зміст та форма. Хоча вирішальною тут є та обставина, що сплата відступного призводить до припинення зобов'язання, тоді як сплата неустойки не звільняє боржника від виконання зобов'язання, як і не призводить до втрати кредитором права на відшкодування збитків, спричинених його невиконанням (ст. 552 ЦК). Будучи способом забезпечення виконання зобов'язання, неустойка одночасно належить до кола наслідків його порушення, чого не можна сказати про відступне.

Підставою припинення зобов'язання є *зарахування зустрічних однорідних вимог*, строк виконання яких настав, а також вимог, строк виконання яких не встановлений або визначений моментом пред'явлення вимоги (ст. 601 ЦК). Цивільне законодавство України допускає припинення зобов'язання зарахуванням, встановлюючи сукупність умов його здійснення, серед яких перелік зобов'язань, припинення яких зарахуванням не допускається (ст. 602 ЦК), зокрема за договором довічного утримання (догляду) та ін. У цивільному праві окреслені вимоги до зобов'язань, які припиняються зарахуванням, вони повинні бути:

а) однорідними;

б) зустрічними;

в) строк виконання повинен настати (або вони визначені моментом вимоги або взагалі не містять строку).

Як *однорідні* розглядаються вимоги, які виникли з однорідних підстав (договір, делікт тощо) та мають однорідний предмет. Виходячи з неоднорідності підстав виникнення, не підлягають припиненню шляхом зарахування вимоги про сплату покупної ціни за договором купівлі-продажу і вимоги про відшкодування шкоди. Іноді для визначення однорідності застосовується додатковий критерій — тотожність правової природи зобов'язань. Так, не можуть бути визнані однорідними вимоги про повернення грошових коштів за договором позики і вимоги про сплату боргу за переданий товар за договором купівлі-продажу, неоднорідні зобов'язання по сплаті орендної плати за договором оренди і постачання зерна за договором поставки. Водночас є однорідними зобов'язання по сплаті орендної плати і зобов'язання по сплаті товарів за договором купівлі-продажу.

Зустрічний характер зобов'язань полягає у тому, що сторони відповідного зобов'язання є одночасно і боржниками, і кредиторами зобов'язання, що підлягає зарахуванню. Інакше кажучи, вимога про зарахування боргу є вимогою боржника, яка спрямована проти кредитора. Щоправда, вказане правило містить і винятки. Так, поручитель має право висунути проти вимоги кредитора заперечення, які міг би висунути сам боржник, за умови, що ці заперечення не пов'язані з особою боржника (ч. 2 ст. 555 ЦК). У силу цієї норми поручитель вправі заявити про зарахування вимог кредитора, які пред'явлені поручителю зустрічними вимогами боржника до кредитора по іншому зобов'язанню.

⁶⁸ Див.: Бациев, В. В. Обязательство, осложненное условием об отступном (замене исполнения) [Текст] / В. В. Бациев. – М. : Статут, 2005. – С. 100.

⁶⁹ Див.: Шилохвост, О. Ю. Отступное в гражданском праве России [Текст] / О. Ю. Шилохвост. – М. : Статут, 1999. – С. 234–235.

Що стосується вимоги, пов'язаної із настанням *строку виконання*, то для зарахування цей строк повинен настати щодо обох вимог.

У складі юридичної конструкції даної підстави припинення договірною зобов'язання слід відрізнити безпосередньо *зарахування* та *заяву про зарахування*. ЦК допускає проведення зарахування *за заявою однієї зі сторін* договірною зобов'язання (ч. 2 ст. 601 ЦК). При цьому слід враховувати ретроактивну дію зарахування — зобов'язання вважається припиненим не з моменту вчинення заяви про зарахування, а з моменту, коли вимоги набули таких умов, що могли підлягати зарахуванню⁷⁰. Юридична природа заяви як способу проведення зарахування є двоїстою. У тому випадку коли договором чи законом припиняючий вплив зарахування пов'язано саме із заявою, останню слід розглядати як *односторонній правочин*. У випадку коли зарахування здійснюється в силу закону, заява про його проведення призводить лише до повідомлення контрагента про припинення зустрічних договірних зобов'язань, що дає підстави кваліфікувати її як *юридичний вчинок*, а не правочин. Цивільним законодавством не пред'являються будь-які спеціальні вимоги щодо форми заяви про зарахування, однак у тому випадку коли заява набуває характеру правочину, на неї поширюються всі правила щодо форми правочинів. Юридичний результат зарахування у вигляді припинення зобов'язання досягається лише тоді, коли наявні всі елементи даної конструкції, саме лише подання заяви про зарахування не свідчить про проведення зарахування. У тому разі коли заява про зарахування є правочином, зарахування слід розглядати як виконання цього правочину.

Так, рішенням суду відмовлено в позові банку до металургійного комбінату, за участю третьої особи — гірничо-збагачувального комбінату, про стягнення боргу, який виник внаслідок неналежного виконання умов договору поставки, договору кредитної лінії та договору поруки. Банк звернувся із касаційною скаргою до Вищого господарського суду України, в якій просив рішення скасувати, позов задовольнити. Між відповідачем та третьою особою було укладено договір поставки, виконання якого було забезпечено порукою, за якою банк виступив поручителем. Раніше між банком і третьою особою було укладено договір кредитної лінії з надання гірничо-збагачувальному комбінату кредиту для поповнення власних обігових коштів. Суд встановив подання заяви про проведення зарахування, у відповідь на яку третя особа надіслала банку листа про прийняття заяви про зарахування. Таким чином, третя особа зазначила, що має до банку як до поручителя за договором поставки грошові вимоги у сумі 307451, 80 грн, у свою чергу банк має до третьої особи вимоги за договором кредитної лінії на суму 307451, 80 грн. Позивач вважав, що він виконав зобов'язання відповідача за договором шляхом проведення зарахування зустрічних однорідних вимог, останній повинен сплатити банку зазначену суму, а саме: 307451, 80 грн. Однак, на думку Вищого господарського суду України, факт подання заяви про зарахування (наявність правочину) не свідчить про проведення зарахування (виконання правочину). Наслідком заяви про зарахування є відображення іншою стороною в бухгалтерському обліку відповідних змін. Оскільки підставою для переходу до поручителя всіх прав кредитора є виконання зобов'язання боржника, сам факт заяви про зарахування не є підставою для встановлення факту виконання і відповідно припинення зобов'язання. Для встановлення такого факту необхідні докази виконання заяви про зарахування, яких банк суду не надав. Отже, у ході судового розгляду не знайшло свого підтвердження виконання зобов'язання відповідача, забезпеченого порукою, перед третьою особою, а тому відсутні підстави для стягнення

⁷⁰ Див.: Бевзенко, Р. С. Зачет в гражданском праве: Опыт исследования теоретической конструкции и обобщения судебной практики [Текст] / Р. С. Бевзенко, Т. Р. Фахретдинов. — М. : Статут, 2006. — С. 24.

з відповідача заборгованості. З огляду на викладене, касаційна інстанція погодилася з висновками про обґрунтованість відмови в позові, залишивши касаційну скаргу банку без задоволення⁷¹.

Слід звернути увагу на редакцію ч. 2 ст. 602 ЦК, за якою зарахування *може здійснюватися* за заявою однієї зі сторін. Тобто законодавець визначив один, але не єдиний спосіб здійснення зарахування, тому не можна виключати здійснення зарахування за домовленістю кредитора і боржника.

При здійсненні зарахування слід враховувати специфіку, пов'язану із випадками заміни кредитора чи боржника. Так, право боржника на припинення зобов'язання шляхом зарахування пов'язується з моментом отримання ним письмового повідомлення про заміну кредитора у зобов'язанні (статті 518, 603 ЦК). Зарахування проводиться, якщо вимога виникла на підставі, що існувала на момент отримання цього повідомлення. Наявність у боржника зустрічної однорідної вимоги з можливістю зарахування може бути перешкодою для передачі права вимоги кредитора іншій особі в порядку відступлення права вимоги. ЦК не встановлює жодних особливостей зарахування зустрічних вимог у разі заміни боржника у зобов'язанні, що слід розглядати як певне упущення з боку законодавця. Як здається, правила ст. 603 ЦК, що встановлюють особливості зарахування у разі заміни кредитора, можуть за аналогією застосовуватись і до випадків заміни боржника у зобов'язанні, за наявності у нього зустрічної вимоги до кредитора.

Іншою самостійною підставою припинення договірною зобов'язання є *домовленість сторін*. У тому випадку коли внаслідок домовленості здійснюється заміна первісного зобов'язання новим, із збереженням існуючого складу учасників, йдеться про *новацію*, яка характеризується певними рисами.

1. Припинення в повному обсязі раніш існуючого, первісного зобов'язання, а також додаткових зобов'язань, що забезпечували його виконання (застава, порука, гарантія та ін.), пов'язаних зі сплатою неустойки, відшкодування збитків, моральної шкоди, процентів річних та інфляційних втрат, якщо між сторонами не встановлено іншої домовленості з цього приводу.

2. Дійсність первісного договірною зобов'язання. Недійсність договору виключає існування для нього такої стадії, як припинення, що унеможливорює новацію. Однак недійсність раніш існуючого зобов'язання, що встановлена вже після новації, не завжди свідчить про недійсність нового зобов'язання. Це стосується в першу чергу абстрактних правочинів, дійсність яких не пов'язана з підставою їх виникнення.

3. Наявність домовленості сторін про заміну зобов'язання новим. Не можуть сприйматися як новації договори про заміну окремих елементів договірною зобов'язання: сторін (заміна кредитора чи боржника), умов (предмета, строків, місця виконання та інших обставин), заміну самого виконання, і рішення суду про присудження до виконання зобов'язання в натурі чи стягнення заборгованості. За змістом ст. 604 ЦК зобов'язання розглядається як нове, якщо воно виникає між тими самими сторонами, але з іншим предметом та умовами. Інакше кажучи, істотними ознаками новації є: а) відсутність зміни суб'єктного складу; б) зміна предмета договору, яка пов'язана зі зміною виду договору⁷².

4. Наявність безпосереднього юридичного зв'язку між зобов'язанням, що припинилося, та новим зобов'язанням, яке прийшло йому на зміну. Вказана обставина повинна бути відображена у договорі. Тобто

⁷¹ Постанова Вишого господарського суду України від 14 лютого 2006 р. [Текст] // Судова практика у справах господарського судочинства. Договірні зобов'язання / за заг. ред. І. І. Балаклицького. – К. : Юрисконсульт, 2007. – С. 107–111.

⁷² Див.: Первомайський, О. О. Застосування інституту припинення зобов'язань у нотаріальній практиці [Текст] / О. О. Первомайський // Мала енциклопедія нотаріуса. – 2006. – № 1 (24).

намір замінити одне зобов'язання іншим у тексті договору про це повинен бути прямо і недвозначно виражений⁷³ або ж має впливати із сутності нового зобов'язання.

5. Відсутність встановленої договором або законом заборони новації. Так, не допускається новація аліментних та деліктних зобов'язань, а також в інших випадках, передбачених законом.

Сфера застосування новації є надзвичайно широкою, в окремих випадках законодавством спеціально передбачається можливість її проведення. Так, судова практика кваліфікує як новацію мирову угоду⁷⁴ між боржником і кредиторами, укладену у справі про банкрутство, оскільки внаслідок її укладання виникає узгоджене сторонами нове зобов'язання⁷⁵. Відповідно до ст. 1053 ЦК борг, що виник з договорів купівлі-продажу, найму або з іншої підстави, може бути замінений у порядку новації позиковим зобов'язанням. Новацією є видача векселя для оформлення грошового боргу за фактично поставлені за договором товари, виконані роботи, надані послуги, оскільки відповідно до ст. 4 Закону України «Про обіг векселів в Україні» з видачею векселя припиняється грошове зобов'язання за договором і виникає грошове зобов'язання щодо платежу за векселем. З цих самих міркувань до новації належить і видача заставної (ст. 20 Закону України «Про іпотеку»)⁷⁶, анулювання заставної і видача замість неї нової заставної.

Зобов'язання може припинитися внаслідок звільнення кредитором боржника від його обов'язків, що отримало назву *прощення боргу*. На відміну від новації, яка завжди передбачає існування домовленості між сторонами, тобто є двостороннім правочином, прощення боргу в більшості випадків розглядається як односторонній правочин. Звичайно, даний підхід не може сприйматися як аксіома, оскільки учасники договірних зобов'язань не позбавлені можливості укласти договір про прощення боргу. У такому разі відмінність його від новації у тому, що прощення боргу призводить лише до припинення зобов'язання, без виникнення нового, чого не можна сказати про новацію. Закон не встановлює форми прощення боргу, однак, будучи правочином, ця підстава припинення зобов'язання підкорюється загальним вимогам ЦК щодо правочинів. Предметом прощення є звільнення боржника від виконання зобов'язання, як грошового, так і іншого змісту, як повністю, так і в певній частці. Прощення боргу належить до безоплатних правочинів, що наближує його до дарування. З огляду на це випадки, коли «прощення» передбачає наявність будь-якого зустрічного надання майнового характеру з боку боржника, перебуває за межами даної юридичної конструкції. ЦК не містить обмежень щодо застосування прощення боргу, за винятком неприпустимості прощення, яке порушує права третіх осіб щодо майна кредитора. Так, неприпустимим є прощення боргу особами, щодо яких порушено справу про банкрутство.

Зобов'язання може припинитися внаслідок *неможливості його виконання*, тобто такої обставини, за яку жодна із сторін не відповідає. У цивільному праві неможливість поділяється на *фактичну* і *юридичну*.

⁷³ Див.: Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України [Текст] : [в 4 т.] / А. Г. Ярема, В. Я. Карабань, В. В. Кривенко, В. Г. Ротань. – К. : А. С. К. ; Севастополь : Ін-т юрид. дослідж., 2004. – Т. 2. – С. 483.

⁷⁴ Відповідно до ст. 35 Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» мировою угодою є домовленість між боржником і кредиторами стосовно відстрочки, розстрочки, а також прощення (списання) кредиторами боргів боржника, що свідчить про можливість охоплення мировою угодою двох підстав припинення зобов'язання: новації та прощення боргу.

⁷⁵ Постанова Вищого господарського суду України від 14 грудня 2006 р. у справі № 02/1758 / [Електронний ресурс] // Офіц. сайт Вищ. госп. суду України. – Режим доступу: <http://www.arbitr.gov.ua>.

⁷⁶ З прийняттям сумнозвісного Закону України від 15 грудня 2005 р. № 3201-IV із ст. 20 Закону України «Про іпотеку» виключено положення про припинення із видачею заставної основного зобов'язання та виникнення нового зобов'язання із заставної, що не можна вважати вірним. Однак контекстуальний аналіз статей 20 та 22 цього Закону свідчить, що видачу заставної при існуючому основному зобов'язанні необхідно розглядати як новацію, хоча і в дещо видозміненому вигляді.

Фактична неможливість охоплює випадки, пов'язані зі змінами, що сталися з предметом виконання (загибель індивідуально визначеної речі, що є незамінною), або із суб'єктом виконання (накладення арешту на майно особи або ж введення мораторію на задоволення вимог кредиторів у процедурі банкрутства спричиняють неможливість виконання зобов'язання, пов'язаного з відчуженням майна, втрата голосу співачкою породжує неможливість виконання договірної зобов'язання про концертний виступ). У судовій практиці до цієї підстави належить неможливість сторони впливати на дії інших осіб та відповідати за їх результати, зокрема акціонера-власника певного пакету акцій і акціонерного товариства⁷⁷. Фактична неможливість виконання може виникнути внаслідок протиправних дій інших осіб. Так, договір морського перевезення вантажу припиняється, якщо після укладення договору судно загине або буде силоміць захоплене (п. 1 ч. 1 ст. 158 КТМ України). До обставин юридичної неможливості виконання належать, перш за все, акти органів публічної влади. Так, у договірних зобов'язаннях, пов'язаних із передачею майна, неможливість виконання може бути обумовлена викупом земельної ділянки та розташованого на ній нерухомого майна у зв'язку із суспільною необхідністю (статті 350, 351 ЦК), ревізицією майна (ст. 353 ЦК). Юридичну неможливість може породити і відповідний закон, зокрема Законом України «Про введення мораторію на примусову реалізацію майна»⁷⁸ встановлена неможливість виконання зобов'язань окремих публічних юридичних осіб за рахунок їх основних фондів.

Неможливість виконання призводить до припинення зобов'язання у тому випадку, коли вона виникла вже після вчинення правочину, інших дій, які були підставою виникнення зобов'язання, та мала суб'єктивний чи об'єктивний характер. Якщо неможливість породжена винною поведінкою однієї із сторін, говорити про припинення зобов'язання з названої підстави неможливо.

Самостійною підставою припинення зобов'язання є *поєднання боржника і кредитора в одній особі*. Дана обставина може мати місце у випадку правонаступництва, що виникло на підставі договору (наприклад, договір про переведення боргу чи відступлення права вимоги), акта спадкування, у тому числі і при заповідальному відказі

(ст. 1238 ЦК), або ж в інших випадках, наприклад, у разі припинення юридичної особи з правонаступництвом шляхом приєднання. Основною умовою припинення зобов'язання за даною підставою є взаємна *відповідність* прав і обов'язків боржника і кредитора, за відсутності якої зобов'язання не може бути припинене.

Зобов'язання може бути припинене *внаслідок смерті фізичної особи або ліквідації юридичної особи*. За загальним правилом смерть фізичної особи боржника не призводить до припинення зобов'язання, крім випадків, коли воно нерозривно пов'язане з його особою і не може бути виконане ніким іншим. Що стосується кредитора, то його смерть спричиняє припинення зобов'язання також, коли воно нерозривно пов'язане з його особою. В окремих випадках законом спеціально наголошується на припиненні зобов'язання смертю боржника чи кредитора. Так, договір дарування з обов'язком передати майно в майбутньому припиняється зі смертю дарувальника чи обдарованого (ч. 3 ст. 723 ЦК), договір найму припиняється зі смертю наймача (ч. 1 ст. 781 ЦК), договір позички припиняється у разі смерті користувача (ст. 835 ЦК) та ін. Ліквідація юридичної особи призводить до припинення всіх договірних зобов'язань за її участю, незалежно від того, виступає вона боржником чи кредитором. Моментом припинення зобов'язання є день внесення до єдиного державного реєстру запису про її припинення (ст. 104 ЦК).

⁷⁷ Постанова Вишого господарського суду України від 14 лютого 2006 р. у справі № 3/322 [Електронний ресурс] // Офіц. сайт Вищ. госп. суду України. – Режим доступу: <http://www.arbitr.gov.ua>.

⁷⁸ Про введення мораторію на примусову реалізацію майна [Текст] : Закон України від 29 листоп. 2001 р. № 2864-III // Відом. Верхов. Ради України. – 2002. – № 10. – Ст. 77.

Питання для самоконтролю

Поняття припинення, його загальна характеристика, підстави та наслідки.
Співвідношення припинення зобов'язання і виконання.
Окремі підстави припинення зобов'язання.
Передача відступного.
Зарахування.
Домовленість сторін, новація.
Прощення боргу.
Поєднання боржника і кредитора в одній особі.
Неможливість виконання
Інші підстави припинення зобов'язання.

ГЛАВА 34

ПРАВОВІ НАСЛІДКИ ПОРУШЕННЯ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ. ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ПОРУШЕННЯ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ

§ 1. Загальні положення про порушення зобов'язання

Зобов'язальне правовідношення як триваючий у часі правовий зв'язок учасників цивільних відносин протягом свого існування потенційно може мати декілька послідовних стадій — виникнення, забезпечення, виконання, припинення. Звичайно, будь-яке зобов'язання має стадії виникнення та припинення, але далеко не завжди воно буває забезпечене, а іноді навіть виконане. Однак кожна з цих стадій характеризує так би мовити «позитивний» характер розвитку правовідношення.

Порушення зобов'язання є негативним фактором в існуванні зобов'язального правовідношення і не може розглядатися як звичайна стадія його розвитку. Порушення зобов'язання є антиподом його належного виконання, оскільки характеризує аномальну, нетипову поведінку учасника цивільних відносин й означає такий стан правовідношення, коли одна, а іноді обидві його сторони не дотримуються приписів досягнутої домовленості або законодавчо встановлених правил.

Стаття 610 ЦК визначає, що *порушенням зобов'язання є його невиконання або виконання з порушенням умов, визначених змістом зобов'язання (неналежне виконання)*. Отже, порушення зобов'язання є родовою категорією, що охоплює такі поняття, як невиконання та неналежне виконання зобов'язання. Необхідність виділення вказаних складових цього поняття можна пояснити не тільки потребою надати йому чіткий легальний зміст, а й суто прагматичними цілями. Так, прояв принципу реального виконання зобов'язання та відповідно можливість спонукання контрагента до виконання його обов'язку в натурі в умовах ринкових відносин об'єктивно набуває іншого, ніж у плановій економіці, значення. При розвиненій системі товарно-грошових відносин сплата відступного, збитків, неустойки замість виконання зобов'язання у натурі при його повному *невиконанні*, зазвичай, дозволяє кредитору придбати необхідні товари, роботи чи послуги в іншій

особи⁷⁹. Зокрема, ст. 621 ЦК встановлює як загальне правило: у разі невиконання боржником для кредитора певної роботи чи ненадання йому послуги кредитор має право виконати цю роботу власними силами або доручити її виконання чи надання послуги третій особі і вимагати від боржника відшкодування збитків. Застосувавши саме такі дії, кредитор досягне позитивного результату, заради якого було укладено договір, оскільки примусове спонукання боржника до виконання робіт чи надання послуг за відсутності його бажання є нездійсненним. По суті, аналогічні дії може вжити кредитор також і тоді, коли виконання полягає у наданні йому в користування речі без вибуття її з володіння боржника, за умови, що доступ до користування річчю унеможлиблює сам боржник.

Разом з тим, коли має місце **неналежне виконання**, зумовлене, наприклад, частковим виконанням, порушенням умов щодо строку або місця виконання, беруться до уваги інтереси обох сторін, а саме — потреба кредитора у належному та реальному виконанні та вже вчиненій дії боржника. Відповідно вважається, що при неналежному виконанні зобов'язання сплата збитків та неустойки не звільняють боржника від виконання його зобов'язання у натурі.

Зазначені правила повинні застосовуватися незалежно від того, що ЦК далеко не в усіх статтях проводить чітке змістовне розмежування невиконання та неналежного виконання зобов'язання. Однак ці правила є диспозитивними.

Невиконання та неналежне виконання зобов'язання не завжди можна чітко розмежувати. В окремих випадках неналежне виконання зобов'язання може перетворитися на його невиконання. Наприклад, якщо за договором перевезення вантажу перевізник не видає вантаж на вимогу одержувача протягом тридцяти днів після спливу строку його доставки (ч. 2 ст. 919 ЦК), то прострочення виконання (неналежне виконання) трансформується у невиконання договору.

Окремим випадком порушення зобов'язання, коли неправомірні дії сторони полягають у порушенні строків виконання, є **прострочення сторони зобов'язання**. Особливість цього виду порушення обумовлюється тим, що воно може розглядатися і як неналежне виконання зобов'язання (зокрема, коли боржник виконав свій обов'язок зі спливом строку, визначеного у договорі), а також як невиконання зобов'язання (у разі якщо боржник взагалі не вчинив будь-яких дій з виконання свого обов'язку).

Прострочення як порушення зобов'язання. Часове унормування цивільних відносин здійснюється не тільки за допомогою встановлення строків (термінів) виникнення, зміни чи припинення відповідних прав та обов'язків (наприклад, позовної давності), а й шляхом визначення правових наслідків недотримання цих строків у зобов'язальних відносинах. Наведеним цілям відповідає інститут прострочення виконання зобов'язання.

Прострочення необхідно розглядати як порушення обов'язку передати певну річ, виконати роботу, надати послугу, сплатити гроші, вчинити інші дії у передбачений договором чи в інший розумний строк після виникнення зобов'язання.

Прострочення є негативним проявом порушення зобов'язання, що полягає у бездіяльності боржника. Прострочення виконання створює для боржника додаткові обов'язки, що забезпечують кредитору певні переваги порівняно з тим результатом, який він має за основною вимогою. Внаслідок прострочення первісні обов'язки боржника розширюються, а основний зміст первісного зобов'язання залишається чинним.

⁷⁹ Докладніше про це див.: Сібільов, М. Договірне зобов'язання та його виконання [Текст] / М. Сібільов // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2003. – № 2–3 (33–34). – С. 423–424.

Прострочення розглядається як юридичний склад, що є підставою для зміни правовідносин. При цьому складовими прострочення є такі юридичні факти: наявність між сторонами договірних відносин; настання строку виконання зобов'язання; невиконання стороною зобов'язання у строк.

Виділяють такі види прострочення: **прострочення кредитора** і **прострочення боржника**.

Прострочення боржника (ст. 612 ЦК) має місце у випадку, коли він не приступив до виконання зобов'язання або коли не виконав його у встановлений договором чи законом строк. Прострочення боржника поділяється на *прострочення виконання зобов'язання передати річ, виконати роботу, надати послугу та прострочення виконання грошового зобов'язання*.

Перший вид прострочення боржника не має істотних відмінностей від інших видів порушень договірних зобов'язань. Другий вид, а саме — прострочення виконання грошового зобов'язання має особливості, оскільки несе на собі відбиток економічних і юридичних властивостей грошей та грошових зобов'язань як їх правової форми, що знайшло вираження в юридичному закріпленні особливих мір правових наслідків та спеціальних правил їх застосування⁸⁰.

Факт прострочення впливає на зміст основного договірної зобов'язання, доповнюючи його додатковими правовими наслідками, зокрема, мірами цивільно-правової відповідальності таких як відшкодування збитків, заподіяних простроченням, стягнення (передача) неустойки, а за грошовими зобов'язаннями — сплатою процентів річних та інфляційних втрат.

Якщо внаслідок прострочення боржника виконання зобов'язання втратило інтерес для кредитора, йому надається право відмовитись від прийняття простроченого виконання та вимагати відшкодування збитків.

Прострочення боржника призводить також до підвищення його відповідальності, а саме — з моменту прострочення боржник відповідає за неможливість виконання, у тому числі, якщо вона настала випадково (відповідальність незалежно від наявності вини боржника).

Прострочення кредитора (ст. 613 ЦК) полягає у безпідставній відмові від прийняття належного виконання, у невиконанні кредиторських зобов'язань, у інших діях чи бездіяльності з боку кредитора, які не дозволяють боржнику належним чином виконати зобов'язання.

Цивільне законодавство визначає такі випадки прострочення кредитора: *відмова прийняти зобов'язання, виконане належним чином; ухилення від прийняття виконання; нездійснення дій, без яких боржник не може виконати свого зобов'язання; відмова кредитора повернути борговий документ, видати розписку, здійснити відповідний напис на борговому документі; відсутність кредитора або уповноваженої ним особи у місці виконання зобов'язання; відсутність законного представника недієдатного кредитора*.

Всі наведені випадки в позитивному аспекті є формами участі кредитора у виконанні зобов'язання, а у негативному — формами його прострочення.

Прострочення кредитора тягне за собою певні правові наслідки як для нього, так і для боржника, а саме: *перерозподіл ризику можливих збитків* (кредитор зобов'язаний відшкодувати боржнику збитки, завдані простроченням); *звільнення боржника від сплати процентів річних; відстрочення виконання зобов'язання боржником на час прострочення кредитором*.

§ 2. Загальні положення про правові наслідки порушення зобов'язання

Глава 51 ЦК займає особливе місце в системі загального вчення про зобов'язання, її норми мають багато в чому суто прагматичне, узагальнююче значення й комплексний характер, оскільки окреслюють поняття, легальні ознаки, порядок застосування тих правових категорій, які використовуються значною кількістю

⁸⁰ Більш детально це питання розглянуто у § 5 даної глави.

інших глав Кодексу. Так, зокрема, норми цієї глави містять посилання на вину та випадок відповідно як на загальну умову цивільно-правової відповідальності та підставу звільнення від неї (статті 614, 617 ЦК). Однак категорія цивільно-правової відповідальності є правовою конструкцією, на якій базуються відшкодування збитків та моральної шкоди як способів захисту цивільних прав й інтересів (статті 16, 22, 23 ЦК), зобов'язання зі сплати неустойки (ст. 550 ЦК), забезпечення зобов'язання завдатком на випадок його порушення (ст. 571 ЦК), зобов'язання з відшкодування майнової та моральної шкоди (глава 82 ЦК). Глава 51 ЦК також містить посилання на можливість односторонньої відмови від зобов'язання, зміну його умов і розірвання договору, хоча ці питання є частиною загального припису щодо зміни або розірвання договору й безпосередньо регулюються главою 53 ЦК та відповідними главами про окремі види договорів.

У статті 611 ЦК зазначені **такі правові наслідки порушення зобов'язання: припинення зобов'язання внаслідок односторонньої відмови, якщо це встановлено договором або законом; припинення зобов'язання внаслідок розірвання договору; зміна умов зобов'язання; сплата неустойки; відшкодування збитків та моральної шкоди.** Цей перелік є приблизним і невичерпним, оскільки договором або законом можуть бути встановлені й інші правові наслідки невиконання чи неналежного виконання зобов'язання. Зокрема, до них також можна віднести звернення стягнення на предмет застави та його реалізацію, виконання поручителем обов'язку боржника, спонукання до виконання зобов'язання у натурі, притримання тощо. Ці наслідки об'єднує те, що вони є негативною реакцією на факт порушення зобов'язання як певну дію чи бездіяльність його сторони (сторін). Однак умови та порядок застосування даних правових наслідків мають свої особливості, які впливають з їх неоднорідної юридичної природи. Деякі з них є мірами відповідальності, оперативного впливу на порушника чи іншими мірами захисту права.

З'ясування правової сутності кожного з передбачених законом або договором наслідків порушення зобов'язання є важливим у контексті їх призначення, умов застосування та функцій. Зокрема, сплата неустойки, відшкодування збитків, компенсація моральної шкоди вважаються мірами цивільно-правової відповідальності, оскільки становлять додаткове майнове обтяження, а необхідною умовою їх застосування, як правило, є вина боржника. Одностороння ж відмова від зобов'язання є мірою оперативного впливу, а розірвання договору та зміна умов зобов'язання — мірами правоохоронного характеру й не потребують встановлення вини при їх застосуванні.

§ 3. Характеристика окремих правових наслідків порушення зобов'язання

Одностороння відмова від зобов'язання. Стаття 525 ЦК передбачає загальне правило щодо неможливості односторонньої відмови від зобов'язання, якщо інше не встановлено договором або законом. Так, ЦК у деяких статтях передбачає можливість односторонньої відмови від договорів дарування (ст. 724 ЦК), найму (ст. 782 ЦК), підряду (ст. 849 ЦК), доручення (ч. 2 ст. 1008 ЦК) тощо. Можливість односторонньої відмови від зобов'язання обумовлюється різними чинниками, зокрема специфікою самого договору, особливим характером умови договору про строк його виконання, обставинами, що не залежать від сторін договору, тощо. Однак значення правового наслідку порушення зобов'язання за ст. 611 ЦК одностороння відмова має тоді, коли вона є реакцією однієї зі сторін на порушення зобов'язання контрагентом. Так, у разі порушення зобов'язання однією стороною інша має право частково або у повному обсязі відмовитися від зобов'язання, якщо це встановлено договором чи законом (ч. 1 ст. 615 ЦК). При цьому відмова від зобов'язання у повному обсязі його припиняє, а часткова — лише змінює умови.

У разі припинення зобов'язання внаслідок односторонньої відмови, якщо це встановлено договором чи законом, або розірвання договору, сторони позбавляються належних їм за даним зобов'язанням прав та звільняються від виконання покладених на них обов'язків.

Зміст ч. 2 ст. 615 ЦК дає підстави вважати, що такий правовий наслідок порушення зобов'язання, як одностороння відмова від нього, як правило, існує поряд з іншими правовими наслідками, які є мірами цивільно-правової відповідальності.

Розірвання договору як правовий наслідок. Припинення порушеного зобов'язання шляхом розірвання договору, з якого воно випливає, має місце лише за згодою сторін (ч. 1 ст. 651 ЦК). Однак, як виняток із загального правила, договором або законом може встановлюватися інший порядок розірвання договору. Зокрема, у разі істотного порушення договору однією зі сторін він може бути розірваний за рішенням суду. Істотним є таке порушення стороною договору, коли внаслідок завданої цим шкоди друга сторона значною мірою позбавляється того, на що вона розраховувала при укладенні договору (ч. 2 ст. 651 ЦК). Розірвання договору в судовому порядку на вимогу однієї зі сторін може мати місце і в інших випадках, встановлених договором або законом.

Зміна умов зобов'язання як правовий наслідок його порушення. Зміна умов зобов'язання має місце, зокрема, при припиненні зобов'язання переданням відступного (ст. 600 ЦК), коли змінюється предмет виконання зобов'язання, тобто замість визначеного у зобов'язанні предмета (рід, послуга, результат роботи тощо) кредиторів передаються гроші, інше майно тощо. Отже, має місце неналежне виконання зобов'язання з порушенням умов про предмет його виконання, але за згодою сторін правовим наслідком такого порушення є не відповідальність, а зміна умов зобов'язання та його припинення.

Правові наслідки невиконання обов'язку передати рід, визначену індивідуальними ознаками. Передбачене ст. 620 ЦК право кредитора витребувати у боржника рід, визначену індивідуальними ознаками, та право вимагати її передання відповідно до умов зобов'язання є зобов'язально-правовим способом захисту кредитора, який не слід змішувати з віндикаційним позовом, що застосовується у речових відносинах. Можливість вимагати передання речі, визначеної індивідуальними ознаками, впливає з її юридичної незамінності (ч. 1 ст. 184 ЦК) й, закономірно, породжує спеціальне правило, яке унеможливує заміну виконання боржником обов'язку в натурі сплатою збитків та неустойки. Таке спонукання до реального виконання зобов'язання можливе, якщо його предметом є індивідуально визначена рід. Однак вважається, що у певних випадках застосування норми ст. 620 ЦК можливе й при виконанні зобов'язання, предметом якого є речі, визначені родовими ознаками, зокрема, якщо вони були виділені та виокремлені (індивідуалізовані) сторонами або судом.

Разом з тим кредитор втрачає право на витребування у боржника речі, визначеної індивідуальними ознаками, у разі якщо остання передана третій особі у власність або у користування. У разі коли рід, визначену індивідуальними ознаками, ще не передано, переважне право на її одержання має той з кредиторів, зобов'язання на користь якого виникло раніше, а коли це неможливо визначити, — кредитор, котрий першим пред'явив позов (ч. 2 ст. 620 ЦК).

Виконання зобов'язання за рахунок боржника (ст. 621 ЦК). Виконання зобов'язання за рахунок боржника забезпечує задоволення потреб кредитора шляхом реального виконання зобов'язання, як правило, третьою особою, та відшкодування пов'язаних з таким виконанням збитків кредитора за рахунок боржника. При цьому боржник зобов'язаний відшкодувати кредиторів необхідні витрати та збитки, пов'язані з необхідністю підшукування іншого виконавця роботи чи послуги, виконання роботи власними силами тощо.

§ 4. Відповідальність за порушення зобов'язання як правовий наслідок порушення зобов'язання

Як зазначалося у главі 14 1-го тому цього підручника, *цивільно-правову відповідальність* можна розглядати як *застосування до правопорушника у разі вчинення ним протиправних дій або бездіяльності передбачених договором чи законом заходів державного примусу у вигляді додаткових цивільно-правових обов'язків майнового характеру (санкцій)*.

При з'ясуванні питання про цивільно-правову відповідальність саме як правового наслідку порушення зобов'язання слід звернути головну увагу на таке. ЦК вперше закріпив легальну дефініцію вини як умови цивільно-правової відповідальності (ст. 614 ЦК), визначаючи її через обставини, що свідчать про її відсутність. Так, особа є невинуватою, якщо доведе, що вжила всіх залежних від неї заходів щодо належного виконання зобов'язання (ч. 2 ст. 614 ЦК). Отже, **вина у цивільному праві — це невіджиття особою всіх залежних від неї заходів для належного виконання зобов'язання або для запобігання заподіянню шкоди**.

Відсутність вини, як правило, звільняє особу — порушника зобов'язання від відповідальності. Якщо порушення зобов'язання сталося з вини кредитора, суд відповідно зменшує розмір збитків та неустойки, які стягуються з боржника (ч. 1 ст. 616 ЦК). Мова йде про ситуації, коли винним у порушенні зобов'язання є не тільки боржник, а й кредитор, тобто при наявності *змішаної вини*. Принцип змішаної вини полягає у тому, що при визначенні розміру відповідальності боржника враховується й вина кредитора. Традиційно ЦК закріплює презумпцію вини особи, яка порушила зобов'язання (ч. 2 ст. 614 ЦК). Що ж стосується вини кредитора, то її наявність повинна доводитися боржником.

Вина потерпілої особи (кредитора) враховується й у випадках, коли боржник за законом або договором несе відповідальність незалежно від його вини. Поведінка кредитора може сприяти виникненню або збільшенню розміру збитків, завданих йому невиконанням зобов'язання (наприклад, невіджиттям необхідних для даних обставин дій, відсутністю вказівки по розпорядженню своїм майном тощо). У цих випадках здійснюється перерозподіл відповідальності між боржником і кредитором. При цьому суд відповідно зменшує розмір стягнення з боржника, якщо порушення зобов'язання сталося з вини кредитора, а також має право зменшити розмір збитків та неустойки, які стягуються з боржника, якщо вина кредитора (умисел або необережність) сприяли збільшенню розміру завданих йому боржником збитків. Якщо ж вина боржника відсутня, а порушення зобов'язання сталося лише з вини кредитора, має місце прострочення кредитора й настають правові наслідки, передбачені ст. 613 ЦК.

Сплату неустойки слід розглядати як правовий наслідок порушення виключно договірною зобов'язання й лише у тих випадках, коли цей обов'язок встановлено договором або актом цивільного законодавства. На доповнення до нормативного регулювання неустойки як способу забезпечення зобов'язання (статті 549 — 552 ЦК) ст. 624 ЦК встановлює правило про співвідношення збитків та неустойки. Загальним правилом є *кумулятивна* (сукупна або штрафна) неустойка, яка підлягає стягненню у повному розмірі, понад і незалежно від відшкодування збитків. Таке врегулювання даного питання слід вважати вірним, оскільки за цих умов неустойка повною мірою виконує забезпечувальну функцію. Кумулятивна неустойка може мати значення відступного, якщо про це буде домовленість сторін, й потягне за собою припинення зобов'язання. Договором може бути встановлено обов'язок відшкодувати збитки лише у тій частині, у якій вони не покриті неустойкою (*залікова неустойка*), стягнення неустойки без права на відшкодування збитків (*виключна неустойка*) або можливість за вибором кредитора стягнення неустойки чи відшкодування збитків (*альтернативна неустойка*).

Стаття 624 ЦК надає можливість змінювати загальне правило про кумулятивну (штрафну) неустойку лише договором, а не законом чи іншими актами цивільного законодавства. Враховуючи ж приписи

ст. 4 ЦК щодо місця та значення ЦК у системі актів цивільного законодавства, слід дійти висновку про неможливість застосування при вирішенні цього питання інших нормативних актів, перш за все, підзаконного характеру.

Залишилося законодавче неврегульованим питання про співвідношення збитків та неустойки, якщо предметом останньої є рухоме або нерухоме майно.

Відшкодування збитків є універсальною мірою цивільно-правової відповідальності, а отже, найпоширенішим правовим наслідком порушення зобов'язання, який застосовується незалежно від спеціального застереження про це у договорі чи законі.

Згідно зі ст. 623 ЦК боржник, який порушив зобов'язання, має відшкодувати кредиторі завдані цим збитки. Поняття та склад збитків розкриваються у ст. 22 ЦК й детально аналізувалися у главі 14 1-го тому цього підручника. Розмір збитків, завданих порушенням зобов'язання, доводиться кредитором. Збитки визначаються з урахуванням ринкових цін, що існували на день добровільного задоволення боржником вимоги кредитора у місці, де зобов'язання має бути виконане, а якщо вимога не була задоволена добровільно, — у день пред'явлення позову, якщо інше не встановлено договором або законом. Суд може задовольнити вимогу про відшкодування збитків, беручи до уваги ринкові ціни, що існували на день ухвалення рішення.

При визначенні неодержаних доходів (упущеної вигоди) враховуються заходи, вжиті кредитором щодо їх одержання.

Відшкодування моральної шкоди передбачається ст. 611 ЦК у вигляді правового наслідку порушення зобов'язання. Подібне формулювання цієї статті дає, на перший погляд, підстави вважати, що моральна шкода виникає як наслідок порушення вже існуючого і договірної, і недоговірної зобов'язання. Однак навряд чи це так.

Питання про договірний або ж недоговірний характер моральної шкоди є неоднозначним, однак важливим і має принциповий характер, у тому числі й у аспекті можливості сторонами самостійно врегулювати їх відносини на власний розсуд. Зокрема, вказане стосується визначення розміру відшкодування моральної шкоди, умов настання та підстав звільнення від відповідальності за її заподіяння тощо.

Питання може бути вирішене достатньо однозначно, у разі коли між сторонами відсутні будь-які договірні відносини і факт завдання шкоди як такий, а не у зв'язку з вже існуючими правовідносинами, є підставою виникнення самостійного зобов'язання. Відсутні сумніви, що у такому разі моральна шкода має недоговірний характер й підпорядковується імперативним приписам глави 82 ЦК про зобов'язання по відшкодуванню шкоди. У цих випадках можливість сторін врегулювати свої відносини даного виду на власний розсуд реально зводиться майже нанівець, оскільки договором може бути врегульоване лише те благо, яке має відносний (договірний), а не абсолютний характер. Незначні винятки передбачаються статтями 1195, 1200 ЦК, де йдеться про можливість сторонами збільшити обсяг і розмір відшкодування шкоди, завданої потерпілому каліцтвом або іншим ушкодженням здоров'я.

Набагато складніше питання про договірний або недоговірний характер моральної шкоди вирішується у разі існування між сторонами договірних відносин (наприклад, договору перевезення, підряду, купівлі-продажу, трудового договору тощо)⁸¹. У вітчизняному правознавстві традиційним є погляд, що шкода має недоговірний характер завжди, коли порушуються права, які мають абсолютний характер: чи то майнові права (право власності, інші речові права), або особисті немайнові блага (життя, здоров'я, честь, гідність, ділова

⁸¹ Правова позиція з цього приводу висловлена у п. 10 постанови Пленуму Верховного Суду України від 27.03.1992 р. № 6 «Про практику розгляду судами цивільних справ за позовами про відшкодування шкоди» (Збірник постанов Пленуму Верховного Суду України).

репутація тощо)⁸². І це не залежить від наявності чи відсутності між сторонами договірних відносин, оскільки вказані права та блага за своєю природою не можуть бути предметом договірного регулювання, їх абсолютний характер ґрунтується на загальній забороні будь-кому завдавати шкоду особі або майну іншого, що й робить реально неможливим визнати їх предметом домовленості сторін. Останнє й викликає імперативність, а не диспозитивність приписів закону в зобов'язаннях по відшкодуванню шкоди. І саме тому в статтях 711, 928 та 1196 ЦК прямо вказується: незважаючи на існування між сторонами договірних відносин, шкода, завдана каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю фізичної особи, підлягає відшкодуванню за правилами про недоговірні зобов'язання. Подібне вирішення проблеми зафіксоване і у § 3 глави 82 ЦК про відшкодування шкоди, завданої внаслідок недоліків товарів, робіт (послуг).

Відповідно моральна шкода може розглядатися лише як недоговірна, щодо якої необхідно застосовувати виключно імперативні приписи закону; причому незалежно від того, чи існують договірні відносини між сторонами. Подібне вирішення проблеми об'єктивно впливає із суті такої шкоди, заборона завдання якої є загальною заборонаю для кожного. Припущення іншого призведе до принципово помилкового результату. Наприклад, до того, що можливість компенсації моральної шкоди залежатиме від передбачуваності про це у договорі або що сторони у договорі взагалі будуть позбавляти одна одну права на отримання компенсації такої шкоди у разі її можливого заподіяння чи заздалегідь обмежувати розмір останньої.

Таким чином, посилання ст. 611 ЦК на відшкодування моральної шкоди як на правовий наслідок порушення зобов'язання слід розуміти так, що названа шкода виступає у даному випадку негативним наслідком порушення не зобов'язання (якого ще не існує), а абсолютного правовідношення. Відповідно у такому разі факт завдання моральної шкоди стає самостійною підставою виникнення нового зобов'язання.

Особливості субсидіарної **відповідальності** в аспекті правових наслідків порушення зобов'язання полягають у тому, що правове становище боржників (а на стороні останнього має місце множинність⁸³) є неоднаковим, внаслідок існування основного та додаткового (субсидіарного) боржника. У момент виникнення, існування та належного виконання такого зобов'язання субсидіарний обов'язок додаткового боржника перебуває нібито у «замороженому» стані. Відповідно при нормальному розвитку відносин субсидіарне зобов'язання не відрізняється від звичайного, в якому боржником виступає одна особа. Саме порушення зобов'язання з боку основного боржника стає юридичним фактом, що активізує обов'язок додаткового боржника. Відповідно до ст. 619 ЦК субсидіарний боржник несе додаткову відповідальність за порушення зобов'язання основним боржником, а не зобов'язується виконати обов'язок останнього у натурі. Отже, у таких випадках правильніше було б вести мову не про субсидіарне зобов'язання, а про субсидіарну відповідальність (ст. 619 ЦК).

Субсидіарна відповідальність є додатковою до відповідальності основного боржника, тим самим вона забезпечує задоволення вимог кредитора у разі порушення зобов'язання. Існування поряд з відповідальністю боржника додаткової (субсидіарної) відповідальності іншої особи може встановлюватися договором або законом. Зокрема, договором може передбачатися субсидіарна відповідальність поручителя за договором поруки (ч. 1 ст. 554 ЦК), майнового поручителя за договором застави (ст. 583 ЦК) тощо. Закон встановлює додаткову (субсидіарну) відповідальність учасників повного товариства (ч. 1 ст. 119 ЦК) та повних учасників командитного товариства (ч. 1 ст. 133 ЦК) за зобов'язаннями останніх; членів виробничого кооперативу за його зобов'язаннями (ч. 2 ст. 163 ЦК); управителя за боргами, що виникли у зв'язку із здійсненням ним

⁸² Див., зокрема: Цивільне право [Текст] : навч. посіб. для студ. юрид. вузів та ф-тів / за ред. О. А. Підпригори і Д. В. Бобрової. - К. : Вентурі, 1996. - С. 303.

⁸³ Види зобов'язань з множинністю осіб детально розглядаються у главі 31 цього розділу.

управління майном (ч. 2 ст. 1043 ЦК); батьків та інших законних представників неповнолітньої особи за шкоду, завдану останньою (ст. 1179 ЦК). При цьому субсидіарна відповідальність у певних випадках покладається на особу при наявності її вини (наприклад, на підставі ст. 1179 ЦК), а в інших — незалежно від вини (наприклад, на підставі ст. 554 ЦК).

Субсидіарна відповідальність обумовлюється особливим характером відносин між основним і субсидіарним боржниками та черговістю виконання ними обов'язків перед кредитором. Відповідальність на субсидіарного боржника покладається за наявності відмови основного боржника задовольнити вимогу кредитора або коли кредитор не одержав від нього в розумний строк відповіді на пред'явлену вимогу. При цьому субсидіарна відповідальність не виникає, якщо вимога кредитора може бути задоволена шляхом зарахування зустрічної вимоги (ст. 601 ЦК) до основного боржника.

Як правило, субсидіарний боржник, який задовольнив вимогу кредитора, має право на зворотню вимогу (регрес) до основного боржника. Право регресу не виникає у батьків (усиновлювачів), піклувальників неповнолітньої особи, а також у закладів, що зобов'язані здійснювати нагляд за нею (ч. 4 ст. 1191 ЦК).

Субсидіарна відповідальність, встановлена законом, як правило, настає у разі недостатності майна в основного боржника для задоволення вимог кредитора. Вказана відповідальність, яка впливає з договірних зобов'язань, не пов'язана з неплатоспроможністю основного боржника, а виникає на підставі добровільно взятого на себе обов'язку.

Субсидіарна відповідальність може застосовуватися у сфері деліктних зобов'язань, договірних відносин тощо.

Субсидіарний боржник несе відповідальність за тими ж правилами, що й основний боржник. У зв'язку з цим він може висувати проти вимог кредитора ті ж заперечення, що й основний боржник (винятком є заперечення своєї вини за порушення зобов'язання у випадках, коли вона не є необхідною умовою субсидіарної відповідальності).

Відповідальність боржника за дії інших осіб. При порушенні зобов'язання третіми особами, на яких виконання було покладено відповідно до ст. 528 ЦК (без заміни боржника у зобов'язанні), відповідальність за загальним правилом покладається не на третю особу, а на боржника (ст. 618 ЦК). Це обумовлено відносним характером зобов'язальних правовідносин, який проявляється, зокрема, у визначеності його сторін. У зв'язку з тим, що саме кредитор і боржник перебувають у зобов'язальних відносинах, при невиконанні або неналежному виконанні зобов'язання саме боржник є відповідальною особою перед кредитором. Якщо ж третя особа зобов'язується перед боржником виконати зобов'язання останнього перед кредитором, то вона несе відповідальність за невиконання перед боржником. У кредитора відсутнє право вимоги до третьої особи. Договором або законом може бути встановлено відповідальність перед кредитором третьої особи (безпосереднього виконавця). Наприклад, у разі невиконання або неналежного виконання платіжного доручення у зв'язку з порушенням правил розрахункових операцій виконуючим банком відповідальність може бути покладена судом на останній (ч. 2 ст. 1092 ЦК). Аналогічна норма міститься у ст. 1097 ЦК щодо порушення виконуючим банком умов покритого акредитива або підтвердженого ним безвідкличного акредитива.

§ 5. Відповідальність за порушення грошового зобов'язання

Грошові зобов'язання можуть передбачати передачу грошей як предмета договору або сплату їх як ціни договору.

До грошових зобов'язань з передачі грошей як предмета договору належать: зобов'язання з дарування, пожертви грошей (статті 717, 718 ЦК), сплати рентних платежів у грошовій формі (статті 731, 737 ЦК), повернення грошей за договором позики (ст. 1046 ЦК), кредитні зобов'язання (ст. 1054 ЦК), зобов'язання з банківського вкладу

(ст. 1058 ЦК), банківського рахунка (ст. 1066 ЦК), факторингу (ст. 1077 ЦК), зобов'язання зі сплати страхових платежів та здійснення страхових виплат (ст. 979 ЦК).

До грошових зобов'язань з передачі грошей як ціни договору належать зобов'язання зі сплати вартості предмета договору (речей, іншого майна, майнових прав) за договорами купівлі-продажу (ст. 655 ЦК), поставки (ст. 712 ЦК), контрактації сільськогосподарської продукції (ст. 713 ЦК), постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу (ст. 714 ЦК), договору міни з доплатою

(ст. 715 ЦК), сплати разових періодичних платежів за договорами найму (статті 759, 762 ЦК), прокату (ст. 787 ЦК), вартості робіт (послуг) за договорами підряду (ст. 837 ЦК), надання послуг (ст. 901 ЦК), перевезення (ст. 908 ЦК), зберігання (ст. 936 ЦК), доручення (ст. 1000 ЦК), комісії (ст. 1011 ЦК), управління майном (ст. 1029 ЦК) тощо.

Особливості цивільно-правової відповідальності за прострочення виконання грошових зобов'язань обумовлені їх специфічними ознаками, до яких належать такі:

1) цей вид зобов'язань включає в себе обов'язок сплатити гроші та має на меті погашення грошового боргу;

2) таке зобов'язання є підставою виникнення як права власності щодо готівки, так і зобов'язального права при безготівкових розрахунках;

3) встановлюються спеціальні правила на випадок порушення грошових зобов'язань у вигляді нарахування процентів річних як плати за безпідставне користування чужими грошовими коштами;

4) спеціальний порядок розподілу ризиків;

5) предметом виконання є грошові знаки у визначеній сумі чи у сумі, що може бути визначена;

6) специфічним є вплив прострочення на зміст грошового зобов'язання, оскільки останнє у разі прострочення все одно залишається грошовим, на відміну від інших видів зобов'язань, які в результаті їх порушення (у тому числі й прострочення) можуть бути трансформовані у грошове зобов'язання.

Статтею 625 ЦК передбачені спеціальні правові наслідки, які настають у разі прострочення виконання грошового зобов'язання: на боржника покладається обов'язок сплатити кредитору на його вимогу суму боргу з урахуванням встановленого індексу інфляції, а також три проценти річних від простроченої суми, якщо інший розмір процентів не встановлений договором або законом.

Проценти, що стягуються за прострочення виконання грошового зобов'язання, є результатом прострочення виконання грошового зобов'язання. Отже, на відміну від процентів, які є звичайною платою за користування грошима, зокрема за договором позики (ст. 1048 ЦК), до них застосовуються загальні норми про правові наслідки порушення зобов'язання. Проценти, встановлені ст. 625 ЦК, підлягають стягненню при наявності протиправного невиконання (неналежного виконання) грошового зобов'язання.

Проценти є *самостійним* правовим наслідком порушення зобов'язання у вигляді плати за користування чужими грошовими коштами. За своєю правовою природою вони не є неустойкою, що підтверджується

практикою Верховного Суду України⁸⁴. Проценти, як правило, нараховуються на суму боргу за основним зобов'язанням. Нарахування процентів на проценти за користування чужими грошовими коштами не може передбачатися договором.

Є підстави стверджувати, що стягнення суми боргу з урахуванням встановленого індексу інфляції, а також трьох процентів річних від простроченої суми є способом захисту майнового права кредитора у зв'язку із обезціненням коштів, а отже, вони не можуть розглядатися як санкції за невиконання або неналежне виконання грошових зобов'язань й їх не можна розцінювати як заходи відповідальності за порушення зобов'язань⁸⁵.

Так, наприклад, ч. 4 ст. 3 Закону України «Про запобігання впливу світової фінансової кризи на розвиток будівельної галузі та житлового будівництва»⁸⁶ встановлює, що нарахування та виплата забудовником штрафних санкцій, передбачених договорами, *та стягнення коштів*, передбачених статтею 625 ЦК, на строк дії цієї статті не здійснюється.

Ставка у 3 % є чи не найнижчою порівняно з встановленими в актах цивільного законодавства інших держав. Так, у Німеччині та Франції ставка процентів становить 4 % за цивільно-правовими та 5 % за торговельними угодами. ЦК УРСР 1922 р. встановлював обов'язковість нарахування процентів річних за ставкою 6 % від суми основного боргу. Правила ст. 625 ЦК про розмір процентів, що підлягають стягненню за порушення грошового зобов'язання, є диспозитивними та застосовуються, якщо інший розмір процентів не встановлений договором або законом.

Крім процентів річних, до наслідків прострочення віднесені й інфляційні втрати, які збільшують суму основного боргу, їх слід розглядати як самостійні негативні наслідки прострочення боржника, а не включати останні до складу збитків.

Відповідно до ст. 607 ЦК однією з підстав припинення зобов'язання є неможливість його виконання у зв'язку з обставиною, за яку жодна із сторін не відповідає. Що ж стосується грошового зобов'язання, то, як зазначав Л. А. Лунц, об'єктивна неможливість його виконання може настати тільки у випадку зникнення або вилучення з обігу старих грошей без заміни їх новими, тобто лише при знищенні товарно-грошового господарства⁸⁷. Боржник не звільняється від відповідальності за неможливість виконання грошового зобов'язання (ч. 1 ст. 625 ЦК), тому що остання має суб'єктивний характер.

Питання для самоконтролю

Дайте визначення питання порушення зобов'язання та назвіть його складові.
Визначте зміст поняття прострочення боржника та кредитора та вкажіть наслідки прострочення.
Зазначте правові наслідки порушення зобов'язань.

⁸⁴ Постанови Верховного Суду України та Вищого господарського суду України [Текст] / за заг. ред. В. Т. Маляренка. – К. : Ін Юре, 2003. – Вип. 1. – С. 116–117; Постанови Верховного Суду України та Вищого господарського суду України [Текст] / за заг. ред. В. Т. Маляренка. – К. : Ін Юре, 2003. – Вип. 2. – С. 182–184.

⁸⁵ Відповідна правова позиція висловлена у постанові Верховного Суду України від 08 листопада 2010 р. по справі № 3-12г10 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/13485876>

⁸⁶ Офіц. вісн. України. – 2009. – № 1. – Ст. 10.

⁸⁷ Лунц, Л. А. Деньги и денежные обязательства в гражданском праве [Текст] / Л. А. Лунц. – М. : Статут, 1999. – С. 106.

У чому полягає різниця між розірванням договору та односторонньою відмовою від договору як правових наслідків порушення зобов'язання?
Вкажіть форми цивільно-правової відповідальності у системі правових наслідків порушення зобов'язання.
У чому полягають особливості правових наслідків порушення грошового зобов'язання?

РОЗДІЛ VIII

ЗАГАЛЬНІ ПОЛОЖЕННЯ ПРО ДОГОВІР

ГЛАВА 35

ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИЙ ДОГОВІР

§ 1. Поняття і значення договору

Договір має місце там, де рівні, вільні та майново відокремлені суб'єкти досягають між собою домовленості з приводу чогось важливого для них. Тому договір можливий лише у сфері приватного права, побудованого саме на таких принципах (статті 1 і 3 ЦК України) і являє собою правову конструкцію суто приватного характеру. Однак у зв'язку з тим, що приватне право становить не тільки цивільне, але й почасти земельне, екологічне, господарське, сімейне, аграрне право, крім цивільно-правових договорів мають місце також ті, які регулюються нормами зазначених галузей права.

Договір набув поширення й поза сферою приватного права, наприклад, адміністративний, трудовий договір, договір у міжнародному публічному праві; це й різні угоди в цивільному й господарському процесах. Зазначені договори не регулюються ЦК України й не можуть характеризуватися з цивілістичних позицій. До того ж адміністративний договір сам по собі є досить спірним правовим явищем, існування якого продовжує викликати дискусії.

Загальноживаних значень терміна «договір» три: договір як правочин, договір як зобов'язання й договір як документ. Звідси випливає, що термін «договір» застосовується для позначення хоча й схожих, але разом з тим різних понять.

Договір як правочин являє собою різновид юридичного факту, дії, в основі якого лежить погоджена воля двох і більш сторін, спрямована на виникнення, зміну або припинення цивільних прав і обов'язків (частини 1 і 4 ст. 202 ЦК України). Як такий договір є підставою виникнення цивільних правовідносин (ч. 1 та п. 1 ч. 2 ст. 11 ЦК України), тобто він є його першоосновою. Одночасно договір розуміється і як самі правовідносини, як зобов'язання.

Договір як зобов'язальні правовідносини — це юридичний зв'язок, установлюваний між двома або більше суб'єктами, що породжує їхні суб'єктивні права й обов'язки відносно один до одного. Тісний зв'язок між

цими двома іпостасями договору не нівелює відмінностей між ними, адже ясно, що договір як дія осіб і як сукупність прав і обов'язків, що існують у них, відрізняються.

Договір як документ являє собою форму договору-правочину, як правило, письмову, але не обов'язково, тому що все частіше договори укладають в електронній формі, йменованій іноді *бездокументарною*, хоча вірніше її йменувати *безпаперовою*.

Договір-правочин піддається регулюванню правочинів (глава 16 ЦК України) і тому на нього поширюються норми, зокрема, про умови дійсності правочинів, їхню форму, державну реєстрацію, недійсність та ін. Договір як правочин є тим джерелом, з якого народжуються договір-правовідносини, нібито «запускаючи» їх, у зв'язку з чим регулювання договору як правочину й договору як правовідносин відокремлені. Відповідно норми про правочини не можуть застосовуватися до норм про зобов'язання (договірні правовідносини), а випадки подібного сполучення регулювання, що трапляються в законодавстві, слід визнати помилковими. Наприклад, у § 2 глави 17 ЦК України регулюються правові наслідки недодержання сторонами вимог закону при вчинення правочинів, що призводить до їхньої недійсності. А у статтях 207, 208 ГК України мова йде про недійсність зобов'язання (а не правочину).

У переважній більшості випадків договір-правочин є підставою виникнення зобов'язальних правовідносин (найм, комісія, зберігання та ін.). Втім зобов'язання часто модифікуються в інші відносини, як, наприклад, при купівлі-продажу, метою якої є виникнення в остаточному підсумку відносин власності. Однак від укладання договору до виникнення речових правовідносин проходить певний період часу, часто поєднаний з необхідністю передачі речі, що являє собою окрему дію, яка часто кваліфікується як речовий договір. Договір і безпосередньо може породити речове право (а тому й речові правовідносини), якщо він спрямований на встановлення сервітуту, емфітевзису або суперфіцію (ч. 2 ст. 402, ч. 1 ст. 407, ч. 1 ст. 413 ЦК України).

Сфера договору ширше зобов'язальних відносин, тому що на його підставі можуть виникати й виключні права на об'єкти права інтелектуальної власності (статті 427, 430, 1113 ЦК), і корпоративні права (шляхом купівлі-продажу акцій або часток у статутному (складовому) капіталі господарського товариства). Однак буває так, що договір породжує не тільки договірне зобов'язання, а й недоговірне — по відшкодуванню шкоди або у зв'язку з безпідставним збагаченням, якщо мова йде про порушення умов дійсності правочинів.

Найтісніший зв'язок договору-правочину й договору-зобов'язання проявляється в тому, що за домовленістю між собою (правочином) сторони визначають для себе свої права й обов'язки (зобов'язання). Тим самим договір демонструє свою регулюючу функцію тією мірою, як вона визначена у ст. 6 ЦК України, адже сторони договору можуть, керуючись нормами ЦК, що мають, як правило, диспозитивний характер, різним чином установити для себе права й обов'язки, їх коло й відповідальність за порушення, а можуть і зовсім відступити від положень актів цивільного законодавства й урегулювати свої відносини на власний розсуд, якщо на це немає заборони або інше не впливає із суті відносин. Подібне можливо в силу того, що особи, які виражають свою волю на вступ у договірні правовідносини, вільні й рівні.

Ці й інші якості договору виявилися настільки привабливими, що договір стає майже універсальним регулятором відносин між особами навіть там, де це не завжди й не цілком прийнятне. У першу чергу це стосується *адміністративного договору*, сторонам якого не властива рівність, тому що одна з них завжди залежна від іншої й не вільна у виразі своєї волі — укласти або не укласти договір, а також у формуванні його умов. У той же час і деякі цивільно-правові договори іноді укладаються вимушено, буває, що не обидві сторони договору мають однаковий доступ до формування його умов (публічний договір, біржові договори). Однак різний ступінь свободи договору не спричиняє стирання найважливішої для нього якості — вільного волевиявлення сторін при його укладенні, що не спостерігається в адміністративному договорі.

Договір слід відрізняти від схожих правових конструкцій. Наприклад, рішення загальних зборів учасників товариства з обмеженою відповідальністю або акціонерів не є договором, хоча ухвалюється внаслідок досягнутої домовленості. Принципова різниця між договором і рішенням загальних зборів полягає в тому, що сторони договору повинні дійти взаємної згоди, а учасники господарського товариства ухвалюють рішення, як правило, більшістю голосів.

Договір купівлі-продажу, який укладається по волі його сторін, принципово відрізняється від *викупу* майна в особи, що має місце в силу різних обставин і не припускає волі відчужувача, як це буває при реквізиції (ст. 353 ЦК України), при викупі земельної ділянки у зв'язку із суспільною необхідністю (ст. 350 ЦК України) та ін. Не укладається й договір при продажу майна з публічних торгів (при зверненні стягнення на майно боржника, у тому числі банкрута, конфіскованого майна). У цих випадках відсутнє головне, що характеризує договір як правочин, — відсутність домовленості сторін.

Разом з тим домовленість сторін і їх вільне волевиявлення вступити в правовідносини не означає цілковитої автономії кожної. Навпаки, договір лише тоді може виникнути, коли сторони досягають домовленості між собою, а це стає можливим у тому числі внаслідок взаємних поступлень і самообмежень, які диктує їхнє бажання досягти певного результату спільними зусиллями. Звідси дії сторін повинні бути погоджені й скоординовані в ім'я загальної зацікавленості, хоча їх волевиявлення бувають протилежні за своєю спрямованістю, оскільки мета у сторін договору абсолютно різна. Якщо продавець має на меті припинити своє право власності на річ і одержати гроші, то покупець, навпаки, прагне стати власником речі. Навіть більше того, подібна протилежна спрямованість волевиявлень сторін, що містять договір, породжує зобов'язання.

У сторін договору виникають *взаємні* права й обов'язки. На порівняння, якщо співвласниками відчужується річ, то це можливо лише за згодою між ними (ч. 1 ст. 358, ч. 2 ст. 369 ЦК України), яка втім не втілюється в договір. Не можна назвати договором і заповіт подружжя (ст. 1243 ЦК), хоча й у цьому випадку подружжя повинні домовитися між собою про вираження загальної волі при складанні такого заповіту. Договір же є таким правочином двох сторін, волевиявлення яких мають протилежну спрямованість. Тому-то вони й називаються контрагентами.

Багатосторонній договір, що укладається двома й більш особами, не має у своїй основі протилежної спрямованості, а волевиявлення всіх його сторін спрямовані на досягнення загальної мети. Прикладом можуть бути договір про спільну діяльність (ч. 1 ст. 1130 ЦК України), договір простого товариства (ст. 1132 ЦК України), договори про заснування господарських товариств (статті 120, 134, 142, ч. 2 ст. 153 ЦК України).

Отже, договір являє собою, по-перше, домовленість сторін, у чому проявляється його поняття як правочину; по-друге, цей правочин має певну мету, оскільки він спрямований на виникнення в його сторін прав і обов'язків; по-третє, ці права й обов'язки мають цивільно-правову природу.

Звідси, (а) не всякий правочин є цивільно-правовим договором; (б) можливе породження правочином таких суспільних відносин, які правом не регулюється взагалі (наприклад, «джентльменська угода»); (в) не всяка погоджена дія сторін є договором, тому що коли такі дії суперечать закону, вони є правопорушеннями як недійсні правочини; (г) цільовий характер дій сторін договору як правочину дозволяє відмежувати його від інших дій, іменованих юридичними вчинками (наприклад, внаслідок створення творчих здобутків).

Про договір звичайно говорять як про унікальний правовий засіб, використовуваний у цивільному обороті. Тобто він фігурує в динамічних правовідносинах, відмінних від статичних відносин власності. Його призначенням є «обслуговування» сфери передачі благ, виконання робіт і надання послуг.

З економічної точки зору договір є способом обміну матеріальних благ. Ця роль договору настільки значуща, що право покликано виробити такі універсальні механізми, завдяки яким ставали б можливими безперервними й безпечні для суспільства ринкові процеси товарообігу. З цією метою законодавець установлює специфічне правове регулювання, що припускає, з однієї сторони, волю сторін у виробленні умов договорів, а з другої — забезпечує достатньою мірою контроль над товарообміном з боку держави, яка виконує тим самим свою соціальну функцію, а також примус до виконання зобов'язань і залучення до відповідальності осіб, які порушують умови домовленості. Тому договір є важелем товарообміну (у широкому розумінні цього слова, тобто в тому числі й щодо надання послуг, і виконання робіт) і саморегулювання.

Із закріпленням формально-юридичної й економічної рівності всіх власників, залученням у цивільний оборот усе більшої кількості об'єктів, становленням ринкової економіки з її структурами й механізмами роль договору значно зміцнилася й поглибилася. Цьому сприяє й супутня ринковим відносинам свобода конкуренції. Усі разом ці фактори обумовили численні договірні зв'язки, як досить прості, так і ті, що тривають певний період часу, взаємно перетинаються, безпосередні й опосередковані. Процеси глобалізації економіки, інвестування й розширення рамок сфери діяльності юридичних осіб далеко за межами однієї держави породили надзвичайне ускладнення договірних відносин. Іноземний елемент, що привноситься в ці відносини, вимагає врахування права різних держав, міжнародного приватного права для вироблення умов договору й його укладення. Нерідко виникає потреба у формуванні комплексних, змішаних договорів.

Універсальність договору як регулятора відносин іноді використовується для зняття напруги при недостатності або неефективності регулювання відносин (наприклад, корпоративних), законом і локальними (внутрішньокорпоративними) актами. Внаслідок цього стали популярними договори між акціонерами, що існують поряд із корпоративним регулюванням⁸⁸.

Значення договору як регулятора цивільних правовідносин, як їхнього джерела важко переоцінити. З набранням чинності ЦК України 2003 р. значення регулювання в приватній сфері значною мірою перемістилося в площину саморегулювання. Це сталося завдяки допустимості встановлення в договорі численних умов, не передбачених у законодавстві, можливості відступати від законодавчого регулювання та застосовувати іншим чином таку основну засаду цивілістичного регулювання, як свобода договору. Такий законодавчий підхід дає можливість сторонам договору виважено ставитися до опрацювання його умов і, як наслідок, належним чином його виконувати. У масштабах цивілістичного обороту це є запорукою стабільності, значно ефективнішою за імперативне державне регулювання.

§ 2. Свобода договору

Свобода договору як одна з основних засад цивільного законодавства (ст. 3 ЦК України) і виразник диспозитивної спрямованості втілених у ньому норм походить від вільного волевиявлення суб'єктів, що є принциповим для цивільного обороту. Очевидно тому законодавець ще раз наголошує на свободі договору у 627 ЦК України. Це поняття багатоаспектне і включає в себе такі прояви.

По-перше, особи за власним волевиявленням приймають рішення про вступ у договірні відносини (укладення договору). Це обумовлено вольовими засадами, що покладаються у підґрунтя цих відносин, адже договір є правочином, тобто усвідомленими діями осіб, які його вчиняють.

⁸⁸ Див.: Спасибо-Фатеева, І. В. Акціонерні угоди [Текст] / І. В. Спасибо-Фатеева // Право України. – 2009. – № 12. – С. 182–190.

Проте така характеристика свободи договору хоча й є основоположною, але не абсолютною, оскільки існують випадки, коли особа мусить укласти договір. Часто в цьому вбачають обґрунтоване обмеження принципу свободи договору, хоча це не зовсім так. Статтею 627 ЦК України не передбачається обов'язок для особи в певних випадках, встановлених законом, укласти договір. Водночас такий обов'язок виникає в осіб внаслідок добровільно прийнятого на себе зобов'язання, наприклад, якщо вони уклали попередній договір, то зобов'язані в майбутньому укласти основний договір (ч. 1 ст. 635 ЦК України). Проте навіть при недодержанні цієї домовленості особа, яка ухиляється від укладення основного договору, не примушується до цього, а має відшкодувати заподіяні цим другій стороні збитки (ч. 2 ст. 635 ЦК України).

Певною мірою обмежується й свобода підприємця при укладенні публічного договору, від чого він не може відмовитися (ч. 4 ст. 633 ЦК України). Між тим, як і у випадку з попереднім договором, при відмові підприємця укласти договір він лише відшкодовує заподіяні цим збитки, а не примушується до укладення договору. Крім того, особа, яка здійснює відповідну діяльність, у процесі якої укладаються публічні договори, діє свідомо, заздалегідь погоджуючись з положенням законодавства про обмеження його свободи в укладенні договорів.

Тим не менш існують випадки, коли законом приписується укласти певні договори, наприклад, за державним замовленням, яке мають виконувати юридичні особи, засновані на державній власності, акціонерні товариства, контрольний пакет акцій яких належить державі, монополісти на відповідному ринку тощо (ч. 8 ст. 3 Закону України «Про державне замовлення для задоволення пріоритетних державних потреб»).

По-друге, у разі прийняття особою принципового рішення про те, що нею укладатиметься договір, вона на свій розсуд обирає того, з ким вступатиме у правовідносини. Інакше кажучи, вона вільна у виборі контрагента за договором. Втім й щодо цього аспекту свободи договору слід вказати на публічний договір, який укладається з кожним, хто звернеться до підприємця, який здійснює певні види діяльності (роздрібну купівлю-продаж, послуги зв'язку тощо).

По-третє, сторони самостійно обирають вид договору, який ними укладається та який найоптимальніше відповідає їхній меті й прагненням. При цьому вони можуть укласти не тільки договори, що передбачені ЦК та іншими актами цивільного законодавства (пойменовані договори), а й договори, які не передбачені ними. Останнє буває тоді, коли сторін не влаштовує жоден із договорів, врегульованих цивільним законодавством, і вони обирають особливий шлях побудування своїх договірних стосунків. Може так статися, що ЦК обходить якесь питання, а спеціальний закон лише загальним чином торкається можливості укладення договору, не визначаючи його істотних умов та особливостей (наприклад, про набуття права власності на предмет іпотеки або лізингу). У цих випадках сторони самостійно опрацьовують умови таких договорів. Найчастіше ж вони моделюють свої договірні відносини, формуючи так звані змішані договори, тобто договори, в яких містяться елементи різних договорів (ч. 2 ст. 628 ЦК). Прикладом такого договору є договір на реалізацію продукції, який може містити елементи договорів купівлі-продажу, комісії, зберігання, перевезення тощо.

По-четверте, умови договору, що у сукупності являють собою його зміст, сторони опрацьовують самостійно. Згідно зі ст. 628 ЦК України умови (зміст) договору визначаються на розсуд сторін і погоджуються ними, якщо інше прямо не передбачено законодавством. У таких випадках певні умови договору бувають обов'язковими, і сторони не можуть відступити від приписів законодавства.

По-п'яте, принципом свободи договору охоплюється й обрання його сторонами місця та часу укладення договору

По-шосте, сторони договору вільні у виборі його форми та способу укладення. Згідно із ч. 1 ст. 205 ЦК сторони мають право обирати форму правочину, якщо інше не встановлено законом. Прикладом можуть бути

приписи закону про обов'язковість нотаріального посвідчення певних правочинів. Логічність такого підходу очевидна, адже свобода договору має поширюватися не лише на його зміст, а й на форму як втілення змісту. Поміж іншим свобода обрання сторонами на власний розсуд його форми доводиться й тим, що за загальним правилом недодержання сторонами навіть припису закону про просту письмову форму договору не тягне за собою його недійсність (ч. 1

ст. 218 ЦК України). Проте законодавець встановлює правила, які діятимуть у цьому разі і з якими зазвичай ускладнюється можливість довести сам факт укладення договору.

Щодо способу укладення договору, то відповідно до ч. 1 ст. 207 ЦК України це може відбуватися як шляхом фіксації його змісту в одному або кількох документах, так і шляхом обміну листами, телеграмами, а також за допомогою електронного чи іншого способу зв'язку.

По-сьоме, сторони вільні в обранні способу забезпечення виконання договірної зобов'язання (ч. 2 ст. 546 ЦК України) і можуть це робити на власний розсуд, за винятком тих випадків, коли закон прямо приписує для забезпечення виконання договору конкретний спосіб. Так, наприклад, при кредитуванні на придбання житла в будинку, що будується, вимагається його іпотека (Закон України «Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати»). Навпаки, при мікрокредитуванні підприємницької діяльності та при наданні кредиту на споживання імперативно не встановлюються застави, оскільки це суперечитиме тим механізмам, які опрацьовані для розвитку цих напрямів банківського кредитування.

По-восьме, сторони вправі вільно домовлятися про свою відповідальність за порушення договірних зобов'язань, самостійно обирати форми такої відповідальності. Так, якщо це неустойка, то її розмір визначається сторонами з можливістю його збільшення або зменшення в разі, якщо неустойка визначається законом (ч. 2 ст. 551 ЦК). Виняток становлять окремі випадки, коли це законом не допускається або встановлюється певна межа для свободи сторін у цьому питанні (наприклад, щодо визначення розміру пені згідно зі ст. 3 Закону «Про відповідальність за несвоєчасне виконання грошових зобов'язань», яка не може перевищувати подвійної облікової ставки Національного банку України).

По-дев'яте, сторони вільні не лише в укладенні, а й в розірванні та зміні договору, що можливе за їхньою згодою (ч. 1 ст. 651 ЦК України).

З наведеного слідує чималий діапазон можливостей, яких надає сторонам свобода договору, і їх перелік не вичерпний, хоча ці можливості й не безмежні. Адже в цивільному законодавстві існують не лише дозволи, а й імперативні приписи, яким сторони мусять підкорятися. Крім того, не слід не зважати і на ті звичаї, зокрема ділового обороту, які склалися і яких дотримуються учасники цивільних відносин (ст. 7 ЦК) України.

Обмеження свободи договору спостерігається для забезпечення належного рівня конкуренції на ринку, зокрема, відповідно до законів «Про обмеження монополізму та недопущення недобросовісної конкуренції у підприємницькій діяльності», «Про захист від недобросовісної конкуренції», «Про захист економічної конкуренції», «Про природні монополії». Як правило, це пов'язано з а) необхідністю захисту прав та інтересів економічно слабких суб'єктів (дрібних підприємців) або залежних (не тільки юридично, а й економічно) осіб, які стають стороною договору, що укладається з тими особами, від яких вони залежать; б) специфікою середовища, в якому укладається договір (відсутністю ринкових відносин, а отже — конкуренції, або низьким їх рівнем внаслідок монополізації ринку); в) особливостями відносин та охороною прав їхніх учасників (наприклад, корпоративних відносин, права та інтереси дрібних акціонерів, в яких вимагають дотримання приписів законодавства при укладенні значних правочинів та правочинів із заінтересованістю — статті 70–72 Закону України «Про акціонерні товариства»; г) охороною або захистом публічних інтересів.

Варто відмітити тенденцію зростання кількості норм, якими обмежується свобода договору, що свідчить про те, що ринкове середовище не є абсолютно нерегульованим і таким, що побудовано виключно на власній волі його учасників. Встановлення обґрунтованих обмежень свободи договору є необхідною умовою розвитку приватноправових відносин, і до цього покликана економічна та соціальна функція держави. Цим забезпечується баланс інтересів сторін, що домовляються про вступ до правовідносин, для запобігання тому, щоб один контрагент скористався легковажністю, неосвіченістю іншого, його нагальними потребами, які вимушують до укладення не вигідного йому договору.

Отже, свобода договору обмежується у випадках, коли: 1) укладення договору є обов'язковим для однієї зі сторін; 2) певним суб'єктам заборонено законом укладення окремих видів договорів; 3) якась зі сторін обмежена або позбавлена можливості брати участь у розробці умов договору; 4) законом встановлені певні приписи щодо умов договору; 5) вимагається відповідність договору типовим умовам договорів певних видів; 6) законом передбачається механізм укладення договору з попереднім узгодженням його умов, або отриманням дозволу на це, або з виконанням певних дій, які передують укладенню договору, та ін.

Головним правилом, що діє у сфері застосування принципу свободи договору, є встановлене у ст. 6 ЦК України, яким визначається співвідношення актів цивільного законодавства і договору. Згідно із цією статтею запроваджується загальний підхід про можливість сторін договору відступати від положень актів цивільного законодавства і врегулювати свої відносини на власний розсуд. Одночасно наводиться й виняток з цього правила, тобто недопустимості для сторін в договорі відступати від положень актів цивільного законодавства. Їх три: 1) якщо неможливість цього прямо встановлюється в цих актах;

2) якщо обов'язковість для сторін положень актів цивільного законодавства хоч прямо і не позначена в них, але випливає з їх змісту;

3) якщо недопустимість для сторін відступити від приписів законодавства слідує з суті відносин між сторонами. В останніх двох випадках не виключається, а часто й потребується тлумачення законодавства та з'ясування сутності правовідносин і праворозуміння.

§ 3. Види договорів

Цивільне законодавство передбачає величезну кількість договорів, що викликає потребу їх класифікації. Втім це питання далеко не просте, адже договір є складним правовим явищем, і різнопланові його риси призводять до численних критеріїв, які покладаються в основу поділу договорів на види. Причому є такі види договорів, угруповання яких закріплено в цивільному законодавстві, а є ті, класифікація яких пропонується наукою. Тим не менш цінність та значущість останньої класифікації від цього не зменшується. Так, згідно з ЦК України, є договори на передання майна у власність, у користування, на виконання робіт, надання послуг. А є окремі види договорів, які: а) дещо не вписуються в цю схему (наприклад, договір про спільну діяльність); б) є ті, які варто згрупувати окремо, хоча можна й віднести до однієї із зазначених груп (наприклад, банківські договори — на проведення розрахунків, кредитний та депозитний договір та ін.; договори на фондовому ринку — андеррайтинг, дилерські та ін.; на реалізацію результатів інтелектуальної діяльності); в) є договори, передбачені не ЦК (або не стільки ЦК), а іншими законами (і не завжди суто цивільними) та кодексами (наприклад, договори оренди земельної ділянки, викупу державного майна при приватизації); г) є ті, що передбачені в книзі V ЦК, а є ті, регулювання яких поміщено в інших його книгах (наприклад, договір про створення господарського товариства); д) є поійменовані (купівлі-продажу, дарування, комісії та багато ін.) та не поійменовані договори (про уступку права вимоги, про набуття права власності на предмет іпотеки); е) є майнові, а є організаційні договори

(наприклад, попередній договір) або ті, що мають змішану природу (наприклад, договір про створення, злиття чи приєднання юридичної особи); є) є речові та зобов'язальні договори; ж) основні та акцесорні (застави, поруки та ін.); з) основні та попередні; і) договори, що укладаються на користь сторін та на користь третіх осіб; к) алеаторні (ризикові) та комутативні.

Виділяють також умовні, строкові, фідуціарні, біржові, публічні договори та договори приєднання, підприємницькі та споживні, посередницькі. Можуть мати місце й інші модифікації видів договорів.

Часто до договорів застосовується класифікація їх як правочинів (реальні та консенсуальні, оплатні та безоплатні). Втім є й однойменна з правочинами класифікація, яка істотно відрізняється від останньої. Так, односторонні та двосторонні договори не тотожні одностороннім та двостороннім правочинам, оскільки договір — це домовленість якнайменш двох сторін, у той час як односторонній правочин є виразником волі однієї особи.

Варто зазначити й те, що певні класифікації договорів не мають характеру їхніх жорстких груп — один і той самий договір може бути як реальним, так і консенсуальним, як оплатним, так і безоплатним. Так, договори перевезення або зберігання можуть бути як реальними, так і консенсуальними, а позики — лише реальними; договори зберігання або позики можуть бути як оплатними, так і безоплатними, а дарування та позичка — лише безоплатними.

Тут наведено окремі види договорів, враховуючи, що певною мірою це питання розкривалося при характеристиці видів правочинів⁸⁹.

Договори про передання майна у власність, у користування, на виконання робіт, надання послуг є однією з найпоширеніших класифікацій.

Договори, які опосередковують *передання майна у власність* від однієї особи до іншої, приводять до того, що у відчужувача майна право власності припиняється, а у набувача — виникає. Це такі договори, як купівля-продаж, дарування, довічне утримання (догляд), спадковий договір, рента та ін.

Договори про *передання майна у користування* покликані забезпечити користування особою майном іншої особи (найм, оренда, лізинг, позичка). Однак стверджувати, що при цьому сторони не мають на меті набуття користувачем права власності на майно, не можна, оскільки в окремих видах договорів саме така мета обумовлює їхню специфіку. Прикладом може слугувати договір найму-продажу (ст. 705 ЦК України).

Договори на виконання робіт — це ті, в яких важливим для сторін є не процес виконання роботи, а її результат. Це договори підрядного типу (ст. 837 ЦК) та на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт (ст. 892 ЦК).

Договори про надання послуг, в яких послуга споживається в процесі її надання і, як правило, відсутній її матеріальний результат, хоча наявним і важливим для них є результат юридичний. До цього виду договорів відносять доручення (ст. 1000 ЦК), комісію (ст. 1011 ЦК), зберігання (ст. 936 ЦК), перевезення (ст. 909 ЦК), управління майном (ст. 1029 ЦК) та ін.

Майнові та організаційні договори. Майновими слід вважати договори, завдяки яким відбувається передача або набуття майна, тобто будь-яких матеріальних та інших благ, що мають майнову оцінку. При цьому не має значення те, на якому праві переходить і набувається це майно, яка мета цього договору (чи підлягає майно поверненню, чи обробці, чи знищенню, чи переходить воно у власність) та інші критерії, важливі для різноманітних класифікацій договорів. Отже, головне, що за умовами майнових договорів фігурує майно, з приводу якого виконуються певні дії. На відміну від цих договорів, організаційні договори спрямовані на організацію тих майнових відносин, які складатимуться пізніше. Організаційні договори

⁸⁹ Див.: Цивільне право України [Текст] / за ред. В. І. Борисової, І. В. Спасиво-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. — Х. : Право, 2011. — Т. 1.

покликані встановити, підготувати, скоординувати укладення майнових договорів. Тобто їх метою буде саме укладення іншого договору, і тому самі по собі вони є допоміжним правовим засобом, який полегшує сторонам таке укладення. Яскравим прикладом організаційного договору є попередній договір, але іноді укладаються так звані генеральні договори, сутність яких полягає також у визначенні основоположних засад, якими підготовляється укладення майнового договору.

Між тим часто організаційні за своєю природою договори містять й елементи майнових договорів, коли ним не лише передбачається, а є й важливою умовою передача певного майна. Це договір про створення господарського товариства (з обмеженою та додатковою відповідальністю, акціонерного товариства), метою яких є не лише створення цих товариств, а й задля її досягнення засновниками (учасниками договорів) має бути передане певне майно, без чого створення товариств буде неможливим, оскільки такий порядок передбачається законодавством.

Своєрідний характер мають договори про злиття юридичних осіб чи приєднання однієї юридичної особи до іншої, адже вони опосередковують відносини з приводу майна цих юридичних осіб, але сутність цих договорів полягає не в обороті майна, а в забезпеченні належного правонаступництва юридичних осіб.

Речові (або розпорядчі) та зобов'язальні договори також являють собою певну своєрідність, оскільки українське цивільне законодавство не знає речових договорів і не містить механізмів, які б надавали можливість упевнено твердити про існування в нашому правовому полі речових договорів. Оскільки одним із розумінь договору є його бачення як зобов'язання, то склалося загальне правило, що всі договори мають зобов'язальну природу. Між тим існує й точка зору про речові договори, які безпосередньо спрямовані і тягнуть за собою встановлення, зміну та припинення речових прав, на відміну від зобов'язальних договорів, які безпосередньо не тягнуть за собою таких наслідків, а лише передбачають права та обов'язки сторін, дії, спрямовані на встановлення, зміну та припинення речових прав. Так, купівля-продаж є зобов'язальним договором, за яким сторони зобов'язуються передати і відповідно прийняти річ. А передання-прийняття цієї речі (яка йменувалася ще здавна tradition) є речовим договором як двосторонньою дією, угодою, актом⁹⁰.

Основні та акцесорні договори. Виокремлення таких видів договорів є наслідком забезпечення виконання договірної зобов'язання іншим зобов'язанням особи — заставою (ст. 572 ЦК України), порукою (ст. 553 ЦК України) та ін., про що сторони домовляються. Ясно, що самостійне існування останніх виключається, адже вони завжди є вторинними і укладаються задля виконання первинного договору. Наприклад, первинним буде договір кредиту, а вторинним (акцесорним) — договір застави.

Односторонні та двосторонні договори. Ця класифікація договорів залежить від розподілу між їх сторонами прав та обов'язків. За наявності у кожній зі сторін прав і обов'язків договір є двостороннім (вживається ще й таке їхнє найменування — взаємні або синалагматичні), а якщо право належить лише одній стороні, а обов'язок — другій, то договір є одностороннім. Переважна ж більшість цивільних договорів є двосторонніми (купівля-продаж, оренда, підряд тощо). Так, покупець вправі вимагати від продавця передачі йому речі і зобов'язаний сплатити її вартість, а продавець має право вимагати від покупця коштів за придбану річ і зобов'язаний її передати покупцеві. Прикладом одностороннього договору є договір позики, оскільки в позикодавця відсутній обов'язок, а він має лише право вимагати повернення переданих позичальнику грошей або речей, визначених родовими ознаками, а у позичальника немає прав, а є лише обов'язок повернути позикодавцеві позичене (грошові кошти або таку ж кількість речей того ж роду та такої ж якості).

⁹⁰ Див.: Шершеневич, Г. Ф. Курс гражданского права [Текст] / Г. Ф. Шершеневич. – Тула : Автограф, 2001. – С. 219; Васильковский, Е. В. Учебник гражданского права [Текст] / Е. В. Васильковский. – М. : Статут, 2003. – С. 329; Василевская, Л. Ю. Учение о вещных сделках по германскому праву [Текст] / Л. Ю. Василевская. – М. : Статут, 2004. – С. 86; Спасибо, І. А. Набуття права власності [Текст] / І. А. Спасибо. – К. : НДІПІП АПрНУ, 2009. – С. 87.

Основні та попередні договори. У разі укладення складного договору, розробці якого має передувати ретельне опрацювання його умов із врахуванням різноманітних чинників, для чого потрібен певний час та зусилля, а також для впевненості осіб у принциповій домовленості, якої вони досягли з приводу встановлення між собою правовідносин у майбутньому, виникає потреба в укладенні спочатку попереднього договору.

Згідно зі ст. 635 ЦК України **попереднім є договір**, сторони якого зобов'язуються протягом певного строку (у певний термін) укласти основний договір у майбутньому на умовах, встановлених попереднім договором. Отже, основним призначенням попереднього договору є зв'язання осіб зобов'язанням укласти основний договір. За своєю природою попередній договір є організаційним і не породжує жодних майнових прав та обов'язків (з передачі майна, надання послуг, виконання робіт тощо). На відміну від попереднього, основний договір безпосередньо породжує права та обов'язки сторін, пов'язані з передачею майна, виконанням робіт, наданням послуг тощо.

Попередній договір слід відрізнити й від договору (або як його ще часто називають протоколу) про наміри, який не породжує обов'язку укласти основний договір, а є лише підтвердженням про висловлені сторонами наміри щодо досягнення між собою домовленості про це (ч. 4 ст. 635 ЦК України).

Для укладення попереднього договору сторони мають домовитися, по-перше, стосовно істотних умов основного договору або про порядок їх опрацювання при укладенні основного договору, якщо такий порядок не встановлений актами цивільного законодавства; по-друге, про строк укладення основного договору (ч. 1 ст. 635 ЦК України).

Попередній договір має укладатися в формі, встановленій для основного договору, а якщо вона не визначена — у письмовій формі. Враховуючи наявність лише двох форм правочинів (усної та письмової — ч. 1 ст. 205 ЦК України), слід розуміти норму ч. 1 ст. 635 ЦК України таким чином: якщо основний договір потребує нотаріального посвідчення, то й попередній договір має бути також посвідчений нотаріально. Усна ж форма попереднього договору виключається взагалі. Тим не менш недодержання сторонами простої письмової форми попереднього договору не тягне за собою його недійсність (ст. 218 ЦК України), хоча докази на підтвердження його укладення часто приречені на недоведеність того, що сторони домовлялися саме про попередній договір, а не про наміри укласти основний договір.

Попри те, що попередній договір є організаційним, він тим не менш породжує між сторонами зобов'язання щодо укладення основного договору, і як будь-яке зобов'язання воно підлягає виконанню. Порушення цього зобов'язання стороною попереднього договору тягне за собою звичайні для будь-яких порушених зобов'язань наслідки у вигляді відшкодування другій стороні збитків.

Однак звертає на себе увагу те, що в ч. 2 ст. 635 ЦК України йдеться лише про збитки, завдані простроченням укладення основного договору, а не його не укладенням взагалі. Тому залишається відкритим питання про те, чи може сторона, яка ухиляється від укладення основного договору, примушуватись до його укладення і за час прострочення відшкодувати збитки, чи такого права їй не надається, але тоді вона може вимагати відшкодування збитків, завданих невиконанням попереднього договору.

Договори, що укладаються на користь сторін та на користь третіх осіб. Оскільки договори укладаються певними особами (сторонами цього договору) для досягнення певної мети, то, як правило, її досягнення охоплюється набуття певних прав самими сторонами, у чому й полягає корисність цих договорів для них. Водночас це не обов'язково, і хтось зі сторін договору, укладаючи його, може піклуватися про іншу особу, сторонню для цього договору. Такі договори укладаються *на користь третьої особи*, яка встановлюється у договорі або не встановлена в ньому. Це можуть бути випадки, коли кредитор призначив третю особу в інший спосіб, ніж шляхом вказівки у договорі, або сторони взагалі визначили укладений між ними договір як договір на користь третьої особи, без її індивідуалізації (договір на користь майбутньої

дитини, дружини, чоловіка кредитора, пред'явника страхового свідоцтва та ін.). Невизначеною третьою особою може виступати й установа, яку буде створено у майбутньому (наприклад, установа, створена на підставі заповіту кредитора) і якій будуть передані права третьої особи. При цьому слід мати на увазі, що такий договір повинен містити чіткі ознаки, які б дозволили при виконанні індивідуалізувати таку третю особу, інакше не можна говорити про існування в цьому випадку договору на користь третьої особи. Так, при укладенні договору страхування на користь майбутньої дитини, необхідно вказати її батьків, з тим щоб згодом, з настанням страхового випадку, чітко визначити суб'єкта виконання страхового зобов'язання⁹¹.

Отже, на користь третьої особи можна «виговорити» право, яким ця особа може скористатися чи відмовитись від нього⁹². Оскільки третя особа стороною договору не є, але вигоду набуває саме вона, ця особа йменується вигодонабувачем.

Найпоширенішим є укладення на користь третьої особи договору страхування (ст. 985 ЦК), управління майном (ст. 1034 ЦК), банківського вкладу (ст. 1063 ЦК). Є бачення, що на користь третьої особи також можуть укладатися договори перевезення та лізингу⁹³. Крім того, окремі договірні конструкції можуть передбачати встановлення зобов'язань на користь третьої особи як самостійного положення договорів купівлі-продажу (ст. 655 ЦК), найму (ст. 759 ЦК), зберігання (ст. 936 ЦК), спільної діяльності (ст. 1130 ЦК), спадкового договору (ст. 1302 ЦК).

По-перше, третя особа набуває лише прав за цим договором і не наділяється обов'язками (за певними винятками, коли прийняли на себе обов'язки або ці обов'язки покладені на них законом, наприклад, за договором перевезення). Ці права стосуються того, чи приймати від боржника за договором виконання, чи відмовитися від цього; вимагати від боржника виконання чи ні. Адже це право і його здійснення відбувається виключно за волею носія (частини 1–3 ст. 12 ЦК).

По-друге, специфічність такого становища, за яким третя особа, не будучи стороною договору, має певні права, що слідує з цього, відрізняє її від третіх осіб, які отримують виконання. Відповідно розрізняються й договори (а) на користь третіх осіб та (б) про виконання третій особі. Третя особа за останнім договором вимагати його виконання не має права.

По-третьє, боржник за таким договором зобов'язаний виконати свій обов'язок не кредитору, а третій особі, на користь якої укладався цей договір (ч. 1 ст. 636 ЦК).

По-четверте, у свою чергу, остання може вимагати виконання договору, якщо інше не встановлено договором або законом чи не впливає із суті договору (ч. 2 ст. 636 ЦК). Проте внаслідок цього заміни кредитора у зобов'язанні не відбувається, і вигодонабувач не витісняє кредитора з зобов'язання⁹⁴.

По-п'яте, якщо третя особа виявила намір скористатися наданим їй за договором правом, з цього моменту сторони договору не можуть розірвати або змінити його без згоди третьої особи, якщо інше не встановлено

⁹¹ Див.: Бровченко, І. О. Конструкція договору на користь третьої особи: проблеми застосування [Текст] / І. О. Бровченко // Юрид. Україна. – 2009. – № 1. – С. 56–64.

⁹² Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар [Текст] / за ред. розробників проекту ЦК України. – К. : Істина, 2004. – С. 441.

⁹³ Див.: Черепакін, Б. Б. Ответственность грузополучателя по требованиям из договора железнодорожной перевозки [Текст] / Б. Б. Черепакін // Труды по гражданскому праву. – М. : Статут, 2001. – С. 125; Брагинский, М. И. Договорное право [Текст] / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. – М. : Статут, 2000. – Кн. 2: Договоры о передаче имущества. – С. 611.

⁹⁴ Див.: Кот, О. О. Перехід прав кредиторів: Історія. Теорія. Законодавство [Текст] / О. О. Кот. – К. : Юрінком Інтер, 2002. – С. 40–41.

договором або законом (ч. 3 ст. 636 ЦК України). При цьому вираження третьою особою наміру скористатися правом є юридичним фактом, з яким норма ЦК пов'язує настання правових наслідків, вольовою дією.

Цивільне законодавство не визначає форми, в якій третя особа може виразити намір скористатися своїм правом. Тому це може бути зроблено й усно, і письмово, і шляхом конклюдентних дій. Наприклад, третя особа може виразити намір надісланням відповідної заяви сторонам договору, прийняттям належного їй (страхової виплати, відшкодування) тощо. У зв'язку з викладеним постає питання щодо наслідків дій сторін з розірвання чи зміни договору, вчинених без згоди третьої особи вже після виразу нею наміру скористатися правом.

Оскільки надати виконання третій особі зобов'язаний боржник, то і намір її повинен бути спрямований саме до нього. Однак не буде порушенням і повідомлення про намір скористатися правом не боржника, а кредитора.

Зміну чи розірвання договору сторонами з порушеннями приписів ч. 3 ст. 636 ЦК України третя особа може оскаржити в суді і вимагати недійсності цих правочинів. Так, недійсним може визнаватися відступлення кредитором права вимоги іншій особі, вчинене після виразу наміру третьої особи прийняти належне їй за договором.

По-шосте, при відмові третьої особи від права, наданого їй за договором, сторона, яка уклала договір, може сама скористатися цим правом, якщо інше не впливає із суті договору. Так, якщо третя особа за укладеним на її користь договором про управління майном або банківського вкладу тощо відмовиться від отримання виплат, установник управління або відповідно вкладник має право вимагати виплат йому.

По-сьоме, у разі коли третя особа вимагає від боржника виконання за договором, останній може висувати проти цього такі само заперечення, як і кредиторів, тобто поведінка боржника в цьому разі не відрізняється від того, кому ним надається виконання.

Публічні договори та договори приєднання. Законодавець виокремлює публічний договір з-поміж інших як такий, специфічною рисою якого є обов'язок його сторони (а нею завжди є підприємець) здійснювати продаж товарів, виконання робіт або надання послуг кожному, хто до неї звернеться. Як правило, публічними є договори, що укладаються при купівлі-продажу в роздрібній торгівлі, при перевезенні транспортом загального користування, наданні послуг зв'язку, медичного, готельного, банківського обслуговування тощо (ч. 1 ст. 633 ЦК України). Відмінною рисою цих договорів є те, що підприємець не тільки зобов'язаний, здійснюючи свою діяльність, укладати відповідні договори з всіма і з кожним, хто до нього звернеться, а й умови цих договорів мають бути однаковими для всіх споживачів, крім тих, кому за законом надані відповідні пільги (наприклад, при укладенні договорів перевезення певні пасажирки мають пільги по оплаті проїзду). Підприємець не наділяється правом ані надавати переваги одному споживачу перед іншим (частини 2 та 3 ст. 633 ЦК України), ані відмовлятися від укладення договору за наявності в нього такої можливості (ч. 4 ст. 633 ЦК).

Оскільки, як правило, підприємницька діяльність, здійснювана в означених вище сферах, спрямована на широкий загал, в основному населення, і пересічні люди далеко не завжди освічені у сфері своїх прав, законодавство, охороняючи та захищаючи їх права як слабкої сторони в договорі, встановлює обов'язкові для сторін правила, яких належить дотримуватися. Умови публічного договору, які не відповідають правилам, обов'язковим для сторін при його укладенні і виконанні, або порушують правило щодо однаковості його умов для всіх споживачів, є нікчемними (ч. 6 ст. 633 ЦК України). Нікчемність окремої умови публічного договору не має наслідком недійсність договору в цілому, якщо можна припустити, що договір був би укладений і без включення до нього такої умови (ст. 217 ЦК України).

В Україні, як і у всьому світі, приділяється значна увага належному рівню захисту прав споживачів як показникові стану ринкової економіки.

Водночас підприємець, який не має можливості укласти договір на вимогу всіх осіб, хто звернувся до нього (наприклад, не розрахувавши кількість звернень за оголошеною акцією), внаслідок відсутності товару або виробничих можливостей для надання послуг чи виконання робіт не може вважатися таким, що порушив приписи ст. 633 ЦК України. Тобто відмова підприємця від укладення публічного договору має бути обґрунтованою під загрозою стягнення ним завданих споживачеві такою відмовою збитків.

Існування таких сфер підприємницької діяльності (сегментів ринку), у силу самої специфіки якої щоденно укладається чимало однотипних стандартних договорів, зокрема, при наданні банківських послуг, перевезенні пасажирів, побутового підряду, прокату, страхування тощо. Саме тому доцільно заздалегідь опрацювати умови цих договорів, передбачивши і врахувавши в них все значуще для встановлення договірних відносин. Розробляє умови договору лише одна сторона (відповідно банк, перевізник, страховик тощо), а другий контрагент лише приєднується до тих умов, з якими він знайомиться. Він не може запропонувати свої умови договору (ч.1 ст. 634 ЦК України). Тому такі договори й кваліфікуються як договори приєднання, хоча це не є певним їх угрупованням. Інколи навіть у статтях закону, що регулюють певні види договорів, прямо вказується на те, що цей договір приєднання. Прикладом може бути договір прокату (ч. 2 ст. 787 ЦК України).

У переважній більшості випадків застосування конструкції договору приєднання його умови розробляє підприємець, а отже, договори про надання банківських послуг одного банку не збігаються з договорами про надання аналогічних послуг іншим банком і не лише за вартістю цих послуг або ставками депозитів, а взагалі за змістом. Часто умови договорів приєднання розробляються материнським товариством і доводяться до залежних (дочірніх) товариств. Наприклад, ДАК «Хліб України» розробив умови договорів з товаровиробниками, які доведені до відома всіх організацій, що працюють під дахом ДАКу. Інколи ж умови договору містяться в типових договорах, затверджених державними органами.

Такий стан відносин на стадії укладення договору, з одного боку, є зручним для обох осіб, які мають намір зв'язати себе зобов'язанням, але з другого — містить загрозу для особи, яка приєднується до договору, адже вона, будучи позбавлена можливості впливати на зміст договору не лише на стадії його укладення (коли вона приймає рішення про вступ до правовідносин саме на цих умовах), а й в подальшому, під час виконання сторонами своїх договірних прав та обов'язків, що не виключає можливість різного роду зловживань другою стороною. Особливо це трапляється тоді, коли формулювання умов договору спеціально містить вирази, за якими приховуються певні моделі поведінки однієї зі сторін договору, що використовуються нею на свою користь і на шкоду інтересам другої сторони.

Цим і викликане положення ч. 2 ст. 634 ЦК України, за яким особі, яка приєдналася до договору, надається право вимагати його зміни або розірвання у випадках, якщо: сторона цим договором позбавлена прав, які звичайно мала; цей договір виключає або обмежує відповідальність сторони, що розробила формуляр або іншу стандартну форму; цей договір містить інші умови, які є явно обтяжливими для сторони, що приєдналася до договору. Одночасно встановлюється, що сторона, яка приєдналася до договору, зобов'язана довести, що вона, виходячи зі своїх інтересів, не прийняла б цих умов за наявності у неї можливості брати участь у визначенні умов договору. І навпаки, сторона, яка запропонувала редакцію договору, до якого приєдналася друга сторона, вправі відмовити у задоволенні вимог щодо зміни або розірвання договору, якщо доведе, що сторона, яка приєдналася, знала або могла знати, на яких умовах вона приєдналася до договору (ч. 3 ст. 634 ЦК України).

Посередницькі договори. Сутність категорії посередництва визначається конструкцією юридичного замісництва, необхідність використання якого диктують новітні економічні умови. Правовим оформленням добровільного замісництва бачать різні види договорів, що об'єднуються у групу посередницьких договорів

про надання послуг. Серед таких договорів: доручення, комісії, консигнації, агентський, довірчого управління⁹⁵.

Особливого різномайття набули договори з цінними паперами, що укладаються на фондовому ринку, — андеррайтингу, брокерські, дилерські та ін. (ст. 17 Закону «Про цінні папери та фондовий ринок»).

Змішані договори. Згідно із ч. 2 ст. 628 ЦК України змішаним є договір, в якому містяться елементи різних договорів. Прикладом змішаного договору є андеррайтинг — здійснення торговцем цінними паперами за дорученням, від імені та за рахунок емітента розміщення (підписки, продажу) цінних паперів (ст. 17 Закону «Про цінні папери та фондовий ринок»). Будучи за своєю природою договором доручення, цей договір може передбачати обов'язок андеррайтера гарантування продажу всіх цінних паперів емітента, що підлягають розміщенню, або їх частини; викупу нереалізованих цінних паперів. Прикладом змішаних договорів буде й договір, в якому поєднується договір іпотеки та договір, що обумовлює основне зобов'язання (ст. 18 Закону України «Про іпотеку»), договір іпотеки, яким передбачається набуття права власності на предмет іпотеки в разі невиконання іпотекодавцем основного зобов'язання, що забезпечується іпотекою (ст. 37 Закону України «Про іпотеку») та ін.

Крім звичайного розуміння змішаних договорів, запропоновано розширене їх бачення, коли в договорі містяться умови, що належать до різних галузей права. Такі договори йменуються полігалузевими (різногалузевими, багатогалузевими). Прикладом може бути договір, який одночасно включає в себе умови цивільного та трудового договорів, що припускається корпоративним законодавством (ст. 51 Закону «Про акціонерні товариства») та навіть іноді й вимагається. Так, на виконання ч. 4 ст. 92 ЦК України про солідарну відповідальність членів виконавчого органу юридичної особи за завдані їй збитки варто укладати змішаний (цивільно-трудова) договір для запобігання колізії між нормами цивільного та трудового права, оскільки КЗпП обмежує відповідальність працівника його середньою заробітною платою⁹⁶.

Прикладом змішаного полігалузевого договору буде й угода про нерозголошення працівником інформації, що є комерційною таємницею, якщо йдеться не лише про період перебування працівника в трудових відносинах з роботодавцем, а й після їх припинення. Ще одним прикладом таких договорів є договір між працівником та роботодавцем з приводу правової долі об'єктів інтелектуальної власності, які створені у зв'язку з виконанням трудового договору (ст. 429 ЦК України), в якому передбачається розподіл майнових прав інтелектуальної власності на ці об'єкти.

§ 4. Зміст цивільно-правового договору та його тлумачення

Змістом договору є його умови, які мають бути чітко визначені та зрозумілі. Окрім визначеності, до змісту договору повинна висуватися вимога про *здійсненість* того зобов'язання, яке встановлюють у договорі сторони. Договір не може вважатися таким, що має юридичну силу, якщо особа бере на себе зобов'язання виконати дії явно неможливі.

⁹⁵ Див.: Васильєва, В. А. Цивільно-правове регулювання діяльності з надання посередницьких послуг [Текст] / В. А. Васильєва. — Івано-Франківськ : Прикарпат. нац. ун-т ім. В. Стефаника, 2006. — С. 40–43.

⁹⁶ Див.: Спасибо-Фатєєва, І. В. Деякі аспекти вирішення корпоративних спорів: співвідношення цивілістичного та трудового регулювання [Текст] / І. В. Спасибо-Фатєєва // Юрид. радник. — 2008. — № 3. — С. 6–11.

Умови договору визначаються при його укладенні сторонами, як правило, на власний розсуд, але законодавство може висувати певні вимоги до них (ст. 628 ЦК України). Тому умови договору бувають ініціативними або обов'язковими.

Ініціативні умови договору можуть бути різноманітними, адже це відповідає принципу свободи договору (статті 3, 6, 627 ЦК України). Обов'язковими є ті умови договору, стосовно яких сторони зобов'язані досягти згоди, оскільки це продиктовано цивільним законодавством. Нехтувати цим приписом не можна у зв'язку з імперативністю відповідних норм.

Обов'язковими є істотні умови договору, досягнення згоди з яких необхідно для того, щоб вважати договір укладеним (ч.1 ст. 638 ЦК України). Попри те, що наслідки відсутності в договорі істотних умов у ЦК не встановлюються, судова практика пішла шляхом визнання цих договорів неукладеними. При цьому на відміну від визнання правочину недійсним (ч. 3 ст. 215 ЦК України) окремого судового рішення для цього не потребується. Суд при розгляді певного спору з посиланням сторін на договір, в якому відсутні істотні умови, виходить з його неукладеності і, вирішуючи справу, не бере його до уваги, вважаючи його як юридичний факт відсутнім. Встановивши, що правочин є неукладеним, суд на цій підставі залишає позов про визнання правочину недійсним без задоволення. Наслідки недійсності правочину до неукладеного правочину не застосовуються, оскільки вимога про визнання правочину неукладеним не відповідає способам захисту цивільних прав та інтересів, передбачених ст. 16 ЦК. Відповідно підстав для його задоволення немає.

Отже, слід **відрізнати неукладені договори від недійсних правочинів**: підстави та наслідки недійсності правочинів містяться у статтях 215–235 ЦК України, а наслідком неукладеного договору буде набуття, збереження майна без достатньої правової підстави (статті 1212–1215 ЦК України).

Верховний Суд України вказує на те, що договір вважається неукладеним, якщо в ньому відсутні встановлені законодавством необхідні умови для їхнього укладення, зокрема: відсутня згода щодо всіх істотних умов, передбачених законодавством; не передано майно, якщо відповідно до законодавства для укладення правочину потрібно його передати; не затверджено правочин вищим органом господарського товариства, якщо це передбачено в законі чи статуті товариства; не здійснено державну реєстрацію правочину в разі, коли законом ця обставина визначена як момент його вчинення⁹⁷.

ЦК України, побудований на засадах свободи договору, передбачає лише одну істотну умову, без досягнення згоди з приводу чого існування договору бути не може, — це предмет договору. Однак вказівку на істотні умови того чи іншого договору може містити й закон. Так, згідно зі ст.18 Закону України «Про іпотеку» це, зокрема, відомості про зміст та розмір основного зобов'язання, строк і порядок його виконання та/або посилання на правочин, у якому встановлено основне зобов'язання; опис предмета іпотеки, достатній для його ідентифікації; посилання на видачу заставної або її відсутність. Законом України «Про оренду державного і комунального майна» (ч. 1 ст. 10) вимагається наявність одинадцяти істотних умов, серед яких строк, на який укладається договір оренди; орендна плата з урахуванням її індексації; порядок використання амортизаційних відрахувань; відновлення орендованого майна та умови його повернення тощо.

Отже, істотні умови договору можуть бути трьох видів: *загальні* для всіх договорів; *спеціальні*, тобто передбачені законом для конкретного виду договору, та *індивідуальні*, тобто такі, що висуваються однією зі сторін договору при його укладенні.

Загальною для всіх договорів істотною умовою є їх **предмет**, тобто те, про що, власне, сторони домовляються, з приводу чого вони вступають у правовідносини. Предметом договору може бути залежно від вигляду договору майно або дії. Найчастіше під предметом договору розуміється майно, яке одна сторона

⁹⁷ Практика розгляду судами цивільних справ про визнання правочинів недійсними. Узагальнення Верховного Суду України від 24.11.2008 р. [Електронний ресурс] // БД «НАУ – ЕКСПЕРТ». Версія: 9.6.1.6.

зобов'язалася передати іншій стороні (наприклад, товар у договорі купівлі-продажу). Предметом договору можуть бути також майнові права (наприклад, право оренди, сервітут, емфітевзис, суперфіцій); дії з виконання робіт (підряд та ін.) або надання послуг (транспортних, комісії, доручення і інш.); виключні права (авторський договір) тощо. У статті 980 ЦК України вказані як предмет договору страхування *майнові інтереси*, які не суперечать закону.

Якщо предмет договору становить майно, то варто його максимально індивідуалізувати і передбачити найбільш важливу для сторін інформацію про його властивості.

За загальним правилом, **ціна** не є істотною умовою договору навіть у разі, коли укладається оплатний договір. Умова про ціну є звичайною як така, що необхідна для будь-якого оплатного договору або конкретного договору, але якщо звичайна умова не включається сторонами до договору, це не впливає на договір, адже вони містяться в цивільному законодавстві. Якщо ціна в договорі не визначена і не може бути встановлена за допомогою аналізу його умов, це не впливає на дійсність договору (ст. 691 ЦК України). Ціна може бути визначена, виходячи із звичайних цін, що склалися на аналогічні товари, роботи або послуги на момент укладення договору (ч. 4 ст. 632 ЦК).

Так само не є істотною умовою договору його **строк**, який сторони можуть принципово не вказувати, пов'язавши його моментом пред'явлення вимоги однією з них про виконання обов'язку іншою стороною і тим самим — припинення договору. Так, зазвичай саме такий підхід характерний для договору позики, коли згідно із ч. 1

ст. 1049 ЦК позика має бути повернена позичальником протягом тридцяти днів від дня пред'явлення позикодавцем вимоги про це, якщо інше не встановлено договором.

Індивідуальні істотні умови важливі для тієї сторони, яка їх висуває. При цьому друга сторона, розглядаючи запропоновані умови договору, приймає рішення про їх прийнятність, і лише тоді досягається домовленість між ними.

Випадковими вважаються такі умови, включення яких до договору свідчить про реалізацію сторонами права встановити для себе інше, ніж передбачено в законі, або обрати один із варіантів, пропорованих законом, або іншим чином скористатися правом вільно формувати умови договору. Наприклад, сторони можуть передбачити, що ризик випадкової загибелі речі до її одержання покупцем несе не власник (ст. 323 ЦК України), а продавець, право ж власності переходить до покупця в загальному порядку, передбаченому ч. 2 ст. 334 ЦК України.

Зміст договору може визначатися з повною ясністю і точністю при його укладенні, а може й згодом, але тоді в законі або в самому договорі, інших документах, які опосередковують відносини сторін, містяться чіткі вказівки, за допомогою яких можна визначити зміст договору. Це стосується ціни, строку (терміну), а можливо й інших умов договорів, які не встановлені взагалі або недостатньо конкретизовані в самому договорі. Існують й альтернативні зобов'язання, по яких боржник має можливість визначити точний предмет надання кредиторів зі встановленого в договорі переліку предметів, діючи за формулою «або — або».

Умови договору є правилами поведінки, обов'язковими лише для його сторін. І якщо й розглядати договір як засіб регулювання цивільних відносин та джерело права, то він є засобом індивідуального (автономного) регулювання, і його дія поширюється лише на конкретні правовідносини. Цим договірні умови відрізняються від норм права, які є загальними правилами поведінки, адресованими всім, і дія яких не залежить від наявності конкретних правовідносин. У тому числі це стосується й типових, примірних або зразкових договорів, що затверджуються Кабінетом Міністрів України або іншими органами державної влади, органами влади АРК, наприклад Типовий договір оренди землі, затверджений Постановою Кабінету Міністрів України від 3 березня 2004 р. № 220, Типовий договір про андерайтинг, затверджений Рішенням Державної комісії

з цінних паперів та фондового ринку від 18 листопада 2008 р. № 1336⁹⁸, Типовий договір оренди цілісного майнового комплексу чи оренди індивідуально визначеного (нерухомого або іншого) майна, що належить до державної власності, затверджений наказом Фонду державного майна України від 23 серпня 2000 р.

№ 1774⁹⁹, Типовий договір купівлі-продажу пакетів акцій ВАТ¹⁰⁰, примірні договори купівлі-продажу цілісного майнового комплексу за конкурсом, на аукціоні, при викупі¹⁰¹ та ін. Типові ліцензійні договори можуть затверджуватися не тільки уповноваженими відомствами, а й творчими спілками (ч. 1 ст. 1111 ЦК України).

Форма типізації змісту договору може бути різною, досягати не тільки шляхом затвердження типових договорів, а й шляхом введення *форм типових договорів* чи *типових умов* договорів, наприклад наказом Мінагрополітики від 13 травня 2005 р. № 201 затверджено Типові умови господарських договорів між цукровими заводами, бурякосіючими господарствами та іншими суб'єктами бурякоцукрового комплексу незалежно від форми власності щодо вирощування та закупівлі цукрових буряків для виробництва цукру квоти «А»¹⁰².

Для опрацювання змісту договору часто використовуються міжнародні акти і звичаї, наприклад, правила Інкотермс¹⁰³ — загальноприйняті у світі норми поведінки.

При випрацюванні умов договору сторони відповідно до ст. 630 ЦК України можуть встановити в ньому, що його окремі умови визначаються відповідно до типових умов договорів певного виду. Якщо у договорі не міститься посилання на типові умови, такі типові умови можуть застосовуватися як звичай ділового обороту, коли вони відповідають вимогам статті 7 ЦК України.

§ 5. Форма та порядок укладення договору

Відповідно до ч. 1 ст. 638 ЦК України договір є укладеним, якщо сторони в *належній формі* досягли згоди з усіх істотних умов договору. Відповідно важливим є те, по-перше, що розуміється під укладенням договору; по-друге, законодавець робить акцент на необхідності досягнення сторонами згоди з усіх істотних умов і, по-третє, цій домовленості сторін має надаватися певна форма.

⁹⁸ Про затвердження форми Типового договору про андеррайтинг [Текст] : Рішення Держкомісії цінних паперів від 18 листоп. 2008 р. № 1336 // Офіц. вісн. України – 2008. – № 99. – С. 53. – Ст. 3277.

⁹⁹ Про затвердження договорів оренди [Текст] : наказ Фонду держ. майна України від 23 серп. 2000 р. № 1774 // Офіц. вісн. України. – 2000. – № 52. – С. 222. – Ст. 2281.

¹⁰⁰ Типовий договір на обслуговування комерційним банком довірчого товариства [Текст] : затв. наказом Фонду держ. майна і Нац. банку України від 24.12.93 / 18.02.94 № 583 / 30 //

¹⁰¹ Про затвердження примірних договорів купівлі-продажу [Текст] : наказ ФДМ України від 22.08.2005 р. № 2411 // Офіц. вісн. України. - 2005. – № 38. – С. 124. – Ст. 2394.

¹⁰² Типові умови господарських договорів між цукровими заводами, бурякосіючими господарствами та іншими суб'єктами бурякоцукрового комплексу незалежно від форми власності щодо вирощування та закупівлі цукрових буряків для виробництва цукру квоти «А» [Текст] : затв. наказом М-ва аграр. політики України 13.05.2005 р. № 201 // Офіц. вісн. України. – 2005. – № 30. – С. 182. – Ст. 1842.

¹⁰³ Інкотермс. Офіційні правила тлумачення торговельних термінів Міжнародної торгової палати [Текст] (ред. 2000 р.) // Уряд. кур'єр. – 2002. – 10 квіт. (№ 68).

Поняття «укладення договору» тісно пов'язане з поняттям «виникнення» зобов'язання. Під виникненням слід розуміти розпочинання, зародження, початок зобов'язання. Укладення ж договору означає процес, в якому відбувається узгодження волі його сторін — висунення пропозиції та її прийняття. Останнє піддається регулюванню не лише за правилами глави 53 ЦК, а й з додержанням порядку вчинення правочинів із вимогами до їх форми (глава 16 ЦК).

Крім того, слід брати до уваги й те, що домовленість сторін (договір як правочин) може стосуватися не лише укладення договору, а й його зміни або розірвання (припинення договірної зобов'язання). Тому укладення договору та його виникнення як зобов'язання є різними правовими поняттями.

Укладаючи договір, сторони можуть виражати свою волю зовні у різні способи, але їх воля має узгоджуватися не лише змістовно, а й задля взаємного її сприйняття. Вказівку на належну форму втілення згоди слід розуміти відповідно до ч. 1 ст. 205 ЦК, згідно з якою сторони мають право обирати форму правочину, якщо інше не встановлено законом. Варіантів два — усна та письмова форми договору.

Форма договору має істотне значення, оскільки завдяки їй домовленість сторін стає очевидною, а при письмовій формі — підлягає фіксації, а відтак набуває вищого ступеня сприйняття.

Оскільки всякий договір є правочином, до форм договору застосовуються положення про форми правочинів (статті 205–209, 218–220 ЦК України) — усну та письмову (просту та нотаріально посвідчену).

Між тим воля особи може виражатися й мовчанням, наскільки це допускається законом або договором, а в певних випадках достатньо самих по собі дій, які переконливо доводять волю особи до настання відповідних правових наслідків (ч. 2 ст. 205 ЦК України) — *конклюдентних дій*.

Головне, аби сторони між собою порозумілися, що свідчить про досягнення ними згоди з усіх істотних умов договору. Це відбувається за допомогою процедури, яка складається з двох стадій — *оферти* (пропозиції укласти договір) та *акцепту* (згоди на пропозицію). Особа, яка висуває оферту, йменується оферентом. Нею може бути кожна із сторін майбутнього договору, а та, яка приймає її, — акцептантом.

Для того щоб вважати пропозицію офертою, вона має містити істотні умови договору. Тобто істотні умови визначає оферент, а акцептант з ними погоджується або, у свою чергу, висуває умови, які корегують умови оферента. В останньому випадку умови другої сторони договору являють собою зустрічну оферту, з якою погоджується або не погоджується перша сторона. При її згоді на ці умови вона вважається акцептантом. У відсутності ж згоди договір або не укладається, або робиться ще спроба дійти згоди з умов договору.

Оферта повинна виражати намір особи, яка зробила пропозицію, вважати себе зв'язаною договором і запропонованими умовами у разі її прийняття. Вона має чекати відповіді від особи, якій спрямована пропозиція, протягом певного строку — або зазначеного в оферті, або нормально необхідного для відповіді на пропозицію.

Своєю пропозицією оферент зв'язує себе обов'язком чекати відповіді від особи, якій було направлено пропозицію, та укласти з нею договір в разі її згоди на умовах, визначених в оферті. Між тим пропозиція може бути відкликана до моменту або в момент її одержання адресатом. Пропозиція укласти договір, одержана адресатом, не може бути відкликана протягом строку для відповіді, якщо інше не вказане у пропозиції або не впливає з її суті чи обставин, за яких вона була зроблена.

З наведеного слідує, що пропозиція є адресною. Якщо ж пропозиції адресовані невизначеному колу осіб (зокрема, такою є реклама), то вони не вважаються офертою, а розцінюються як запрошення робити пропозиції щодо укладення договору. Між тим не виключається й так звана публічна оферта, яка хоч і є зверненням до широкого загалу, але містить не тільки всі істотні умови договору, а й однозначний намір укласти договір з будь-якою особою, яка відповість на цю пропозицію. Виставлення товару, демонстрація його зразків або надання відомостей про товар (описів, каталогів, фотознімків тощо) у місцях його продажу

є публічною пропозицією укласти договір незалежно від того, чи вказана ціна та інші істотні умови договору купівлі-продажу, крім випадків, коли продавець явно визначив, що відповідний товар не призначений для продажу (ч. 2 ст. 699 ЦК України), наприклад, якщо таким чином виконано дизайн вітрини.

Як правило, у публічній оферті зазначається певний строк, протягом якого всі можуть звертатися до оферента й отримати пропоновані ним блага, наприклад, визначений товар або послуги під час дії певної акції (знижки на перукарські послуги протягом місяця).

Обидві стадії укладення договору (оферта і акцепт) втілюються в ту чи іншу форму (усну або письмову), але завершення досягнення домовленості має відбуватися у тій формі, якої вимагає закон до конкретних договорів. Крім того, від форми оферти залежить і строк, протягом якого оферент зв'язаний своєю офертою.

При усній формі оферти договір вважається укладеним, якщо особа, якій було зроблено пропозицію, негайно заявить про її прийняття. При письмовій формі оферти договір є укладеним, якщо особа, яка зробила пропозицію, одержала відповідь протягом строку, встановленого актом цивільного законодавства, а якщо даний строк не встановлений, — протягом нормально необхідного для цього часу. При вирішенні питання про те, який час слід вважати нормально необхідним, врахуванню підлягають, зокрема, такі чинники: відстань між оферентом і акцептантом, спосіб спілкування між ними тощо.

Якщо ж договір має посвідчуватися нотаріально або підлягати державній реєстрації, він є укладеним з моменту його нотаріального посвідчення або державної реєстрації, а в разі необхідності і нотаріального посвідчення, і державної реєстрації — з моменту державної реєстрації. Так, досягти домовленості про купівлю-продаж квартири сторони можуть й усно, але договір підлягає обов'язковому нотаріальному посвідченню, без чого вважатися укладеним не може.

Важливе практичне значення має місце укладення договору. Згідно зі ст. 647 ЦК України, за загальним правилом, місце укладення договору пов'язується з місцем проживання фізичної особи (місцезнаходженням юридичної особи — оферента, тобто особи, яка була ініціатором укладення договору. Винятки з цього правила можуть бути встановлені сторонами у договорі.

Отже, форма договору і порядок його укладення — поняття суміжні. У частині 1 ст. 207 ЦК міститься не тільки спосіб письмової фіксації волі, а й порядок дій сторін, спрямований на таку фіксацію. Так, якщо законодавець визначає, що сторони додержуються письмової форми правочину, якщо вони обмінялися листами, телеграмами, то це свідчить не лише і не стільки про форму, а про порядок укладення договору. Якщо на підтвердження прийняття речі на зберігання видається номерний жетон (ст. 937 ЦК України), він не може вважатися формою договору, а фіксує факт досягнення згоди між сторонами, тобто факт укладення договору.

Стаття 207 ЦК України містить різні види письмової форми: на одному чи на двох і більше документах, на паперовому носії чи електронному. Головне ж, щоб сторони обмінялися відповідними документами. Це буває, коли оферта направляється однією стороною іншій у вигляді листа, телеграми (у паперовому чи електронному вигляді), єдиного документа, що йменується «договір», а друга сторона реагує на це, відповідаючи листом, телеграмою тощо або погоджуючись з умовами, викладеними в договорі, підписує його.

Аналогічною є поведінка осіб, які укладають договір в усній формі, що є досить поширеним. Насамперед це всі договори, що укладаються споживачами, які повністю виконуються сторонами у момент їх вчинення (роздрібна купівля-продаж, прокат, побутовий підряд, користування громадським транспортом тощо), за винятком тих, які підлягають нотаріальному посвідченню та (або) державній реєстрації, а також правочинів, для яких недодержання письмової форми має наслідком їх недійсність (ч. 1 ст. 206 ЦК України). Укладаючи договір усно, сторони домовляються між собою про всі його істотні умови, висловлюючи свої пропозиції (наприклад, при купівлі товару на ринку).

На відміну від мовної, при укладенні договору шляхом конклюдентних дій сторони уникають використання мовних засобів, а виражають волю жестами, вчинками, рухом, іншими фактичними діями — активними або пасивними (мовчанням). Якщо договір укладається в такий спосіб, то конклюдентні дії можуть здійснювати обидві сторони або одна з них, а друга мовчатиме, що тим не менш однозначно розцінюватиметься як згода з діями (пропозицією) першої сторони. Тобто акцепт у формі мовчання бути може, а от оферта — як правило, ні, оскільки неможливо, щоб пропозиція укласти договір мала вигляд мовчання, адже в пропозиції має міститися не лише волевиявлення особи на укладення договору, а й його умови. Між тим поміщення товару на вітринах магазину або на лотках з інформацією про нього та ціну являє собою мовчазну пропозицію укласти договір.

Вбачається, що мовчанням продовжується дія договору найму (оренди) на новий строк, якщо наймодавець (орендодавець) не заявив наймачеві (орендарю) про звільнення приміщення або повернення іншої речі, переданої в найм (оренду), а наймач (орендар) продовжує нею користуватися (ст. 764 ЦК України).

Акцепт має бути повним і безумовним. Як правило, він здійснюється в такій само формі, як і оферта: якщо пропозиція викладалась у листі, то й про її прийняття адресат повідомляє у листі. Цим і досягається вимога ст. 207 ЦК України про обмін листами, телеграмами тощо. Однак прийняттям пропозиції вважаються й дії особи, яка одержала пропозицію укласти договір. Такими діями можуть бути сплата відповідної суми грошей, відвантаження товарів, надання послуги, виконана роботи тощо. Ці дії, по-перше, мають вчинятися відповідно до вказаних у пропозиції умов договору; по-друге, здійснюватися у межах строку для відповіді; по-третє, вони допускаються як акцепт, якщо інше не вказано в пропозиції укласти договір або не встановлено законом.

Отже, однією з найважливіших ознак акцепту є строк його надання, адже лише протягом певного строку оферент зв'язаний своєю офертою, а акцептант вправі вимагати від нього здійснення дій, вказаних в одержаній ним пропозиції. Якщо відповідь про прийняття пропозиції укласти договір одержано із запізненням, особа, яка зробила пропозицію, звільняється від відповідних зобов'язань.

Між тим не виключаються й випадки, коли з відповіді про прийняття пропозиції укласти договір випливає, що вона відправлена акцептантом своєчасно, але з різних причин одержана оферентом із запізненням. Це може статися, зокрема, через більш тривалий строк, протягом якого пошта надала послугу. У цьому випадку особа, яка зробила пропозицію укласти договір, звільняється від відповідних зобов'язань, якщо вона негайно повідомила особу, якій було направлено пропозицію, про одержання відповіді із запізненням. Тобто в такому разі, попри наявність акцепту, договір не вважається укладеним. Причому таке повідомлення оферентом акцептанта є обов'язковим, інакше акцептант вважатиме договір укладеним. У відсутності такого повідомлення дії акцептанта по виконанню договору будуть правомірними і тягнуть за собою відповідні наслідки. Зокрема, акцептант може вимагати від оферента відшкодування збитків у разі відмови від виконання останнім договору.

Тим не менш і в разі запізнення реагування на пропозицію укласти договір він може укладатися, якщо особа, яка висунула пропозицію, відреагує на відповідь, одержану із запізненням, як на нову оферту (ч. 2 ст. 645 ЦК України) і погодиться з нею. Тим самим сторони міняються місцями. Взагалі ж в такій ситуації все залежить від згоди оферента, за наявності якої договір може вважатися укладеним незалежно від того, що відповідь про прийняття пропозиції укласти договір було відправлено та (або) одержано із запізненням (ч. 3 ст. 645 ЦК України).

Між оферентом та акцептантом за наявності принципової погодженості укласти договір можуть виникнути спори, які йменуються переддоговірними. Вони стосуються певних розбіжностей між баченням кожної зі сторін договору тих або інших його умов. Якщо в результаті переговорів сторонам так і не вдалося досягти домовленості з приводу цих розбіжностей, договір не може вважатися укладеним. Однак сторони за

взаємною згодою або у випадках, встановлених законом, можуть звернутися й до суду, який розгляне ці розбіжності (ч. 1

ст. 649 ЦК). Розбіжності між сторонами, що виникли при укладенні договору на підставі правового акта органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим та органів місцевого самоврядування та в інших випадках, встановлених законом, вирішуються судом (ч. 2 ст. 649 ЦК).

Останнє є однією з особливостей, властивих укладенню договору на підставі цих правових актів (ч. 2 ст. 648 ЦК України), крім якої можна визначити такі: а) цей акт є обов'язковим для сторін (сторони) договору; б) договір має відповідати цьому акту; в) особливості укладення такого договору встановлюються актами цивільного законодавства.

Такі особливості встановлені, наприклад, щодо укладення договорів на закупівлю товарів, робіт і послуг, які повністю або частково здійснюються за рахунок державних коштів, за умови, що вартість закупівлі товару (товарів), послуги (послуг) становить не менше 100 тис. грн, а робіт — 300 тис. грн і нині регулюються Положенням про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти, затвердженим Постановою Кабінету Міністрів України № 921 від 17.10.2008 р. законом «Про виконавче провадження» передбачається також реалізація арештованого майна шляхом його продажу на прилюдних торгах, аукціонах (ст. 61). Законом «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» встановлюється, що за правилом продаж майна боржника недержавної власності як єдиного майнового комплексу провадиться на відкритих торгах (ч. 6 ст. 19). Законом «Про приватизацію державного майна» передбачаються як способи приватизації продаж державного майна на аукціоні, за конкурсом, на фондових біржах, продаж на конкурсній основі єдиного майнового комплексу державного підприємства, що приватизується, або контрольного пакета акцій (ст. 15). Відповідно до ст.15 Закону «Про іпотеку» реалізація переданих в іпотеку земельних ділянок сільськогосподарського призначення при зверненні стягнення на предмет іпотеки здійснюється на прилюдних торгах.

Укладення договорів на торгах, біржах, аукціонах, за результатами конкурсу відбувається в особливому порядку (ст. 650 ЦК України). Процедура укладення договорів у цих випадках складніша, ніж двостадійна загальна процедура (оферта та акцепт) і являє собою юридичний склад, що полягає у проведенні торгів (аукціону, конкурсу) та укладення за їх результатами договору.

Проведення торгів для закупівлі товарів, робіт і послуг, що повністю або частково здійснюються за рахунок державних коштів, передбачає певні етапи: інформування учасників про проведення відкритих торгів шляхом відповідної публікації; надання замовником тендерної документації учаснику процедури відкритих торгів; подання учасником процедури відкритих торгів тендерної пропозиції відповідно до вимог тендерної документації; розкриття, оцінка та порівняння тендерних пропозицій; акцепт тендерної пропозиції і укладення договору про закупівлю.

Здійснення закупівлі за Положенням про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти відбувається за такими етапами: а) поширення інформації про заплановану закупівлю чи про проведення попередньої кваліфікації шляхом поміщення оголошення в інформаційному бюлетені «Вісник державних закупівель», на веб-сайтах замовників або головних розпорядників бюджетних коштів у розділі «Державні закупівлі» та у друкованих засобах масової інформації загальнодержавної сфери розповсюдження; б) запрошення до участі у процедурі закупівлі, в) повідомлення про проведення попередньої кваліфікації учасників; г) подання інформації сторонами закупівлі; д) створення тендерного комітету; е) проведення закупівлі.

Аналогічний порядок передбачається для конкурсної реалізації майна в інших випадках.

Закупівля може здійснюватися шляхом проведення таких процедур: відкриті торги; торги з обмеженою участю; двоступеневі торги; запит цінних пропозицій (котирувань); аукціон; закупівля в одного учасника.

Основною процедурою здійснення закупівель є відкриті торги. Під час проведення відкритих торгів тендерні пропозиції мають право подавати всі заінтересовані особи. Під час проведення торгів з обмеженою участю тендерні пропозиції мають право подавати лише ті учасники, які запрошені замовником взяти участь у процедурі закупівлі.

Подання тендерних пропозицій являють собою оферту, а замовник акцептує тендерну пропозицію, що визнана найбільш економічно вигідною за результатами оцінки. Замовник надсилає переможцю торгів протягом одного робочого дня з дня акцепту повідомлення про акцепт тендерної пропозиції, строк дії якої не закінчено, а також надсилає всім учасникам процедур відкритих торгів, двоступеневих торгів і торгів з обмеженою участю письмове повідомлення про результати торгів із зазначенням назви та місцезнаходження учасника — переможця процедури закупівлі, тендерна пропозиція якого визнана найбільш економічно вигідною за результатами оцінки.

З учасником, тендерну пропозицію якого було акцептовано, замовник укладає договір про закупівлю відповідно до вимог тендерної документації та умов акцептованої тендерної пропозиції у строк, не раніше ніж через п'ять робочих днів з дня відправлення письмового повідомлення всім учасникам процедур відкритих торгів, двоступеневих торгів і торгів з обмеженою участю про їх результати, але не пізніше ніж через 15 робочих днів з дня акцепту.

Особливості укладення договорів на біржах передбачені законами України «Про товарну біржу» та «Про цінні папери та фондовий ринок». Згідно зі ст. 15 Закону «Про товарну біржу» біржовою операцією визнається договір, який відповідає певним вимогам. *По-перше*, він має бути купівлею-продажем, поставкою або обміном товарів, допущених до обігу на товарній біржі. *По-друге*, його учасниками можуть бути члени біржі. *По-третє*, біржовий договір має бути поданий для реєстрації та зареєстрований на біржі не пізніше дня, що є наступним за днем здійснення його на біржі. Згідно зі ст. 24 Закону «Про цінні папери та фондовий ринок» на фондовій біржі договори укладаються відповідно до котирування цінних паперів на основі даних попиту і пропозицій, отриманих від учасників торгів.

Біржові операції дозволяється здійснювати лише членам товарної біржі або брокерам. Членами біржі є її засновники, а також особи, прийняті до її складу. Брокери — це фізичні особи, зареєстровані на біржі відповідно до її статуту, обов'язки яких полягають у виконанні доручень членів біржі, представниками котрих щодо здійснення біржових операцій вони є. Головними їх обов'язками є підшукування контрактів та подання здійснюваних ними договорів для реєстрації на біржі. На фондовій біржі договори укладаються торговцями цінними паперами шляхом здійснення брокерської, дилерської діяльності, андерайтингу й укладення відповідно договорів доручення, комісії або управління цінними паперами.

Основним документом, що регламентує порядок здійснення біржових операцій, ведення біржової торгівлі на товарній біржі та розв'язання спорів з цих питань, є правила біржової торгівлі, які затверджуються загальними зборами членів біржі або органом, ними уповноваженим, а на фондовій біржі — біржовою радою та реєструються Державною комісією з цінних паперів та фондового ринку.

Біржові договори вважаються укладеними з моменту їх реєстрації на біржі. Вони не підлягають нотаріальному посвідченню.

Продаж майна на аукціоні відбувається тому учаснику, який запропонував найвищу ціну. При проведенні аукціону фігурують організатор аукціону, аукціонна комісія та ліцитатор.

Організатором аукціону є той, хто має за мету відчуження майна, наприклад, державний орган приватизації (при приватизації державного майна), керуючий санацією (при продажу майна боржника, щодо якого порушено справу про неплатоспроможність). Готує і проводить аукціонна комісія, а веде аукціон ліцитатор.

При продажу державного майна діють нормативно-правові акти, що визначають правила його реалізації, наприклад, Положення про аукціонну комісію, затверджені наказом Фонду державного майна України від 24.03.2008 р. № 347, Порядок подання та розгляду заяви про участь в аукціоні з продажу об'єкта аукціону, затверджений наказом Фонду державного майна України від 28.09.2009 р. № 1514 та ін. Як правило, аукціони провадять спеціалізовані організації (наприклад, Національна мережа аукціонних центрів) за відповідними правилами. Майно виставляється на аукціон за початковою вартістю, визначеною за результатами оцінки, що здійснюється відповідно до законодавства. У випадку продажу на аукціоні державного майна мають бути додержані відповідні правила та методики.

Продаж за конкурсом полягає у передачі права власності покупцю, який запропонував найкращі умови подальшої експлуатації об'єкта або за рівних умов найвищу ціну.

Інформація про об'єкти, що підлягають продажу на аукціоні або за конкурсом, повинна бути опублікована не пізніше як за тридцять календарних днів до дати їх проведення в інформаційних бюлетенях органів приватизації, місцевій пресі та інших друкованих виданнях, визначених органом приватизації. Покупці мають бути зареєстровані як учасники аукціону чи конкурсу, сплатити реєстраційний внесок, встановлений органом приватизації, та внести грошові кошти у розмірі десяти відсотків початкової ціни продажу. Продаж об'єктів на аукціоні або за конкурсом здійснюється за наявності не менше двох покупців.

На аукціоні між учасниками, що бажають придбати майно, відбувається торг, внаслідок чого підвищується ціна пропонованого до продажу майна. Якщо протягом трьох хвилин після оголошення не буде запропоновано вищу ціну, ліцитатор оголошує про придбання об'єкта тією особою, яка запропонувала найвищу ціну, підтверджуючи це ударом молотка.

Під час аукціону ведеться протокол, а за його наслідками особа стає власником майна. Однак підстави набуття права власності на аукціоні різняться. Якщо на аукціоні придбається державне майно або майно боржника (за законодавством про банкрутство), то за результатами аукціону укладається договір з переможцем. Якщо реалізується майно, на яке звертається стягнення, договір не укладається, а лише складається державним виконавцем акт про проведений аукціон на підставі протоколу (п. 4.9 Порядку реалізації арештованого майна, затвердженого наказом Міністерства юстиції України від 15 липня 1999 р.

№ 42/5), п. 6.1 Тимчасового положення про порядок проведення публічних торгів по реалізації арештованого нерухомого майна, затвердженого наказом Міністерства юстиції України від 27 жовтня 1999 р. № 68/5. На підставі акта нотаріус видає покупцеві *свідоцтво про придбання* нерухомого майна з публічних торгів. Втім у нормативно-правовому регулюванні використовується схожа з купівлею-продажем термінологія: «продаж», «покупець», але не зазначається продавець, бо його як сторони в договорі не існує, бо не існує самого договору.

Умови і термін проведення конкурсу визначає конкурсна комісія, створювана відповідним органом приватизації, якщо йдеться про придбання державного майна за конкурсом. Для участі в конкурсі покупець подає до комісії план приватизації. Конкурс відбувається в два етапи. На першому оголошується попередній переможець конкурсу за результатами його пропозицій. Якщо протягом п'яти робочих днів від інших учасників конкурсу не надійдуть додаткові пропозиції, попередній переможець оголошується остаточним переможцем. За наявності інших нових пропозицій проводиться додаткове засідання конкурсної комісії, яка після розгляду додаткових пропозицій визначає остаточного переможця. За результатами засідання конкурсної комісії складається протокол, який у триденний строк з дня проведення конкурсу надсилається до органу приватизації для затвердження результату конкурсу.

Договір купівлі-продажу між продавцем і покупцем укладається не пізніше як у п'ятиденний строк з дня затвердження органом приватизації результатів аукціону чи конкурсу. Договір підлягає нотаріальному посвідченню та реєстрації.

§ 6. Зміна та розірвання цивільно-правового договору

За загальним правилом договір повинен бути незмінним на весь строк його дії, а договірне зобов'язання — виконуватися відповідно до тих його умов, які сторони визначили при укладанні договору. Однак допускається зміна договору, якщо цього вимагають інтереси його сторін, а іноді — і публічні інтереси.

Зміна договору відрізняється від його розірвання тим, що в першому випадку договір зберігає свою силу, хоча й із трохи зміненими умовами. Розірвання ж договору спричиняє припинення договірного зобов'язання (ч. 2 ст. 653 ЦК України).

Порушувати питання про зміну або припинення можна лише відносно діючого договору, тобто такого, який ще не виконаний і, як наслідок, договірне зобов'язання не припинене.

Оскільки договір укладався за згодою сторін, то загальним правилом є те, що зміни до нього також можуть вноситися лише за згодою сторін. Розривається договір у такий же спосіб. Однак не виключається, що ініціатива однієї зі сторін щодо зміни або розірвання договору не підтримується іншою стороною, не викликає в неї згоди. У цих випадках договір може бути змінений або розірваний за рішенням суду.

Крім того, існує можливість односторонньої відмови від договору (ст. 214, ч. 3 ст. 651 ЦК України) однієї з його сторін, що також може викликати розірвання, а в деяких випадках — зміну договору.

Тому існує три способи зміни/розірвання договору: 1) за згодою сторін; 2) з ініціативи однієї з них (одностороння відмова від договору); 3) за рішенням суду.

Зміна та розірвання договору за згодою сторін допускається без обмежень і без установлення в ЦК і цивільному законодавстві переліку підстав для цього. Разом з тим це загальне правило містить винятки, коли законом установлена заборона на внесення в договір змін, зокрема, з моменту вираження третьою особою наміру скористатися своїм правом сторони не можуть розірвати або змінити договір без згоди третьої особи, якщо інше не встановлено договором або законом (ч. 3 ст. 636 ЦК України).

Оскільки сторони мають досягти згоди про зміну (розірвання) договору, домовленість між ними також за своєю правовою природою являє собою договір, у зв'язку із чим на нього поширюються як загальні правила про умову дійсності правочинів (ст. 203 ЦК), так і положення про порядок укладення договору (статті 638-647 ЦК України).

Відповідно до ст. 654 ЦК зміна або розірвання договору вчиняється в такій самій формі, що й договір, який змінюється або розривається, якщо інше не встановлено договором або законом чи не впливає із звичаїв ділового обороту. Так, якщо договір був нотаріально посвідчений, договір про його зміну також підлягає нотаріальному посвідченню. Водночас у ЦК України не вказується на те, яке значення має державна реєстрація договору для випадків внесення до нього змін або його розірвання. Втім, якщо договір був зареєстрований, то й зміни до нього, а також його розірвання підлягають державній реєстрації.

Таким само, як і при укладанні договору, є порядок його зміни або розірвання — він уважається таким з моменту вчинення відповідного правочину (укладення договору про внесення змін до договору). Якщо ж домовленість про зміну або розірвання договору має бути досягнута між особами, віддаленими одна від одної (таких, що перебувають у різних населених пунктах), діє правило, аналогічне укладенню договору, відповідно до якого моментом зміни (розірвання) договору є момент одержання особою, яка направила пропозицію укласти договір, відповіді про прийняття цієї пропозиції або застосовуються інші правила, передбачені ст. 640 ЦК України.

Зміна й розірвання договору за рішенням суду допускається лише у випадках, передбачених договором або законом. При цьому в ч. 2 ст. 651 ЦК України наводиться одна підстава для винесення судом рішення про зміну або припинення договору — це його істотне порушення іншою стороною, адже саме воно, як правило, і виступає причиною зміни (а частіше — припинення) правовідносин між сторонами договору. Між тим ця підстава не єдина, і в ст. 652 ЦК передбачена така підстава для зміни або розірвання договору, як істотна зміна обставин.

У зв'язку з цим слід зазначити, що, *по-перше*, законодавець дотримується позиції про загальне правило про незмінність договору й можливість його зміни або припинення в примусовому порядку тільки в силу вагомих (і навіть екстраординарних) причин, установлюючи, що лише істотне порушення іншою стороною договору своїх зобов'язань або істотна зміна обставин може викликати такі наслідки, як зміна або припинення договору.

По-друге, визначаються й критерії істотності порушення або істотності зміни обставин. Істотним є таке порушення стороною договору, коли внаслідок завданої цим шкоди друга сторона значною мірою позбавляється того, на що вона розраховувала при укладенні договору. Зміна обставин є істотною, якщо вони змінилися настільки, що, якби сторони могли це передбачити, вони не уклали б договір або уклали б його на інших умовах.

По-третє, правом звертатися до суду з вимогою про зміну або розірвання договору наділена лише одна з його сторін, а не будь-хто інший.

Істотне порушення умов договору є найпоширенішою підставою для його розірвання. У значному ступені кваліфікація порушення договору як істотного має оціночний характер. Однак суд, даючи порушенню оцінку, повинен урахувати, в першу чергу, розмір збитків, нанесених стороні договору невиконанням або неналежним його виконанням іншою стороною, і порівнянність реальних результатів договірних зобов'язань із тими, які очікувала мати сторона, що звернулася до суду з вимогою про розірвання договору.

При регулюванні окремих видів договірних зобов'язань законодавець уточнює, де необхідно, загальне положення про можливість розірвання договору, а іноді й дещо видозмінює підставу для цього. Так, замовник має право вимагати розірвання договору за наявності у роботі істотних відступів від умов договору підряду або інших істотних недоліків (ч. 2 ст. 852 ЦК). До цього додається, що ці відступи у роботі не можуть бути усунені або не були усунені у встановлений замовником розумний строк (ч. 3 ст. 858 ЦК), замовник має право відмовитися від договору та вимагати відшкодування збитків.

Крім наведених, ЦК передбачає й інші підстави для зміни або розірвання договору, наприклад, довічного утримання (догляду) у зв'язку з *неможливістю його подальшого виконання набувачем* з підстав, що мають *істотне значення* (ч. 2 ст. 756 ЦК України). Наймач має право вимагати зменшення плати, якщо через обставини, за які він не відповідає, можливість користування майном істотно зменшилася (ч. 4 ст. 762 ЦК України). Підрядник не має права вимагати збільшення твердого кошторису, а замовник — його зменшення, якщо на момент укладення договору підряду не можна було передбачити повний обсяг роботи або необхідні для цього витрати. У разі істотного зростання після укладення договору вартості матеріалу, устаткування, які мали бути надані підрядником, а також вартості послуг, що надавалися йому іншими особами, підрядник має право вимагати збільшення кошторису. У разі відмови замовника від збільшення кошторису підрядник має право вимагати розірвання договору (ч. 5 ст. 844 ЦК України).

Розірвання договору може сполучатися з відповідальністю сторони за його невиконання або неналежне виконання (і, як правило, так буває, оскільки причиною для розірвання виступає заподіяння стороні істотної шкоди), але не обов'язково. Наприклад, відповідач може довести підстави для звільнення його від відповідальності, що тим не менш не вплине на задоволення вимоги про розірвання договору.

Стосовно *істотної зміни обставин*, з яких сторони виходили при укладенні договору, то ця підстава для зміни або розірвання договору є ще проблемнішою за попередню. Як зміни обставин на практиці висуваються аргументи про істотні зміни в ринковому середовищі (попиту і пропозиції на певні товари, роботи, послуги) внаслідок різноманітних, у тому числі геополітичних або економічних причин у світовому чи регіональному вимірі. Прикладами є фінансова криза, дефолт, воєнні дії, зміна програмного (економіко-правового) курсу країни, що потягло за собою введення обтяжливого для сторін/сторони оподаткування та ін. Усі наведені факти як **підстави для зміни або розірвання договору мають виникати після його укладення і впливати на його сторони або одну з них таким чином, що виконання договірних обов'язків для однієї зі сторін договору стало б надто обтяжливим для неї і поставило б її в явно не вигідне становище порівняно з тими особами, які укладають аналогічні договори після зазначених обставин, а також порівняно з її контрагентом.** Подібні ситуації не відповідають принципу справедливості (ст. 3 ЦК України), і його дія вимагає подолання явно нерівного становища, в якому опинилися сторони договору. У випадку незгоди другої сторони договору домовлятися про зміну його умов спір вирішується судом. Найчастіше це трапляється при істотній зміні тарифів, цін на паливо та на регульовані ціни на певні товари, банківських ставок тощо. Втім, у будь-якому випадку ч. 4

ст. 652 ЦК України встановлює виключність такої підстави зміни договору у зв'язку з істотною зміною обставин, що допускається за рішенням суду у виняткових випадках, коли розірвання договору суперечить суспільним інтересам або потягне для сторін шкоду, яка значно перевищує затрати, необхідні для виконання договору на умовах, змінених судом.

Доводити істотність зміни обставин має сторона, що заявила відповідно вимогу про зміну або розірвання договору.

У разі розірвання договору внаслідок істотної зміни обставин суд на вимогу будь-якої зі сторін визначає наслідки розірвання договору, виходячи з необхідності справедливого розподілу між сторонами витрат, понесених ними у зв'язку з виконанням цього договору.

Ще однією підставою для розірвання або зміни договору є *одностороння відмова від договору* у повному обсязі або частково, якщо право на таку відмову встановлено договором або законом, (ч. 3 ст. 651 ЦК України). Тобто в цьому випадку достатньо волевиявлення однієї зі сторін без згоди другої (інших) та без звернення до суду.

Право на відмову від договору може бути встановлено договором або законом. ЦК передбачається можливість односторонньої відмови, зокрема від договору про встановлення емфітевзису (ст. 408 ЦК); найму (статті 763, 782 ЦК); купівлі-продажу (статті 666, 678, 696, 700 та ін.); дарування (статті 722, 724); ренти (ст. 739); позички (ст. 834); підряду (ст. 844 та ін.); страхування (ст. 997 та ін.); доручення (ст. 1008 ЦК) та інших договорів. Прикладом допустимості відмови від договору є ч. 2 ст. 678 ЦК, в якій передбачено, що у разі істотного порушення вимог щодо якості товару (виявлення недоліків, які не можна усунути, недоліків, усунення яких пов'язане з непропорційними витратами або затратами часу, недоліків, які виявилися неодноразово чи з'явилися знову після їх усунення) покупець має право відмовитися від договору і вимагати повернення сплаченої за товар грошової суми. Дарувальник має право вимагати розірвання договору дарування, якщо внаслідок недбалого ставлення обдаровуваного до речі, що становить історичну, наукову, культурну цінність, ця річ може бути знищена або істотно пошкоджена (ч. 3 ст. 727 ЦК України).

Отже, як правило, допустимість відмови однієї зі сторін від договору є способом захисту її прав та інтересів, але може являти собою й певні переваги, що надаються «слабкій» стороні договору, наприклад, замовник має право у будь-який час до здачі йому роботи відмовитися від договору побутового підряду, сплативши підрядникові частину встановленої ціни роботи пропорційно роботі, фактично виконаній до

повідомлення про відмову від договору, та відшкодувавши йому витрати, здійснені до цього моменту з метою виконання договору, якщо вони не входять до частини ціни роботи, яка підлягає сплаті (ч. 2 ст. 867 ЦК).

Поширеною є допустимість односторонньої відмови від такого договору, умови якого якраз саме таким чином адекватно відбивають глибинну сутність відносин між сторонами. Так, природно, що дарувальник вправі відмовитися від договору дарування до вручення речі обдаровуваному, якщо він передав річ організації транспорту, зв'язку або іншій особі для вручення її обдаровуваному (ч. 2 ст. 722 ЦК), тобто якщо ця річ ще не потрапила до обдаровуваного, а також якщо після його укладення майновий стан дарувальника істотно погіршився (ч. 1 ст. 724 ЦК). Користувач вправі в будь-який час відмовитися від договору позички (ч. 1 ст. 834 ЦК).

За своєю природою одностороння відмова від договору являє собою односторонній правочин, а отже, до неї застосовуються всі вимоги щодо дійсності правочину (ст. 203 ЦК України). Щодо форми цього правочину, то внаслідок того, що ЦК не містить спеціальних правил стосовно цього, слід застосовувати ч. 1 ст. 205 ЦК стосовно можливості сторін правочину обирати його форму.

Наслідками зміни договору є збереження його дії, але у зміненому вигляді (зі зміненими умовами). Ці зміни можуть стосуватися предмета, місця, строків виконання тощо. Оскільки перелік змін, наведених у ч. 1 ст. 653 ЦК, не вичерпний, змін можуть зазнавати й інші умови договору, як правило, це права та обов'язки сторін, спосіб забезпечення виконання, додаткові вимоги про відповідальність тощо. Не можуть вважатися змінами до договору ті, що стосуються заміни його сторін (ст. 512 ЦК).

У разі розірвання договору зобов'язання сторін припиняються (ч. 2 ст. 653 ЦК).

Зміна та розірвання договору діє лише на майбутнє, що принципово відрізняє їх від визнання правочину недійсним. Тому невірною є вимога про визнання договору недійсним і його розірвання, бо одне виключає інше. З того, що наслідки розірвання або зміни договору діють лише на майбутнє, випливає й те, що **сторони не мають права вимагати повернення виконаного ними за зобов'язанням до моменту зміни або розірвання договору, якщо інше не встановлено договором або законом (ч. 4. ст. 653 ЦК України).**

Питання для самоконтролю

1. Розкрийте поняття договору як правочину, документа та правовідношення.
2. Види договорів.
3. Форми договору. Вимоги до письмової форми договору.
4. Порядок укладення договору.
5. Умови договору.
6. Поняття оферти і акцепту.
7. Особливості укладення договору на аукціоні, за результатами конкурсу, на торгах.
8. Проблематика не укладених договорів.
9. Підстави та порядок розірвання і зміни договору.

РОЗДІЛ ІХ

ЗОБОВ'ЯЗАННЯ, ЩО ВИНИКАЮТЬ У ЗВ'ЯЗКУ З ПЕРЕДАЧЕЮ МАЙНА У ВЛАСНІСТЬ

ГЛАВА 36

ДОГОВІР КУПІВЛІ-ПРОДАЖУ

§ 1. Загальні положення про купівлю-продаж

За умов ринкової економіки договір купівлі-продажу стає одним із найпоширеніших типів договорів, що використовується у товарному обороті і як родове поняття охоплює всі види зобов'язань щодо відчуження майна у власність на визначено-еквівалентній основі. Такі раніш самостійні договірні типи, як поставка, контракція сільськогосподарської продукції, постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу, міна почали розумітися як види договору купівлі-продажу.

Між тим перелік видів договору купівлі-продажу не можна визнати вичерпним. Новий ЦК не виділяє як самостійний вид цього договору купівлю-продаж нерухомості¹⁰⁴, а лише встановлює для укладення таких договорів спеціальну форму (ст. 657 ЦК), роблячи посилання на те, що особливості договору купівлі-продажу окремих видів майна можуть встановлюватися законом (ч. 5 ст. 656 ЦК). Незважаючи на це, вважаємо, що нотаріальне посвідчення та державна реєстрація правочинів з нерухомістю пов'язані саме з особливостями предмета цих договорів, адже таким поняттям, як нерухомість, охоплюються і земельні ділянки, і житлові будинки, і квартири, і дачі, і садові будинки, і гаражі, і підприємства як єдині майнові комплекси, й інше нерухоме майно. Саме предмет договору стає тією специфічною ознакою, що впливає на необхідність спеціального правового регулювання купівлі-продажу окремих її видів¹⁰⁵. З огляду на це вважаємо непослідовною позицію законодавця, коли він встановлює спеціальне регулювання для окремих об'єктів нерухомості при їх передачі, наприклад, у найм (оренду) (§ 3, 4 гл. 58 ЦК; гл. 59 ЦК), і не робить цього для їх купівлі-продажу. Між тим аналіз правил посвідчення правочинів про відчуження нерухомості, які містять Закон України «Про нотаріат», Інструкція про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України (далі — Інструкція), зайвий раз свідчить про те, що існують певні відмінності стосовно укладення договорів

¹⁰⁴ Як це робить, наприклад, законодавець РФ (§ 7 глави 30 ЦК РФ).

¹⁰⁵ Указану точку зору поділяють окремі правники (див.: Бойко, О. О. Цивільне право України [Текст] : підручник : у 2 кн. / О. В. Дзера (кер. авт. кол.), Д. В. Боброва, А. С. Довгерт та ін. ; за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. – 2-ге вид., допов. і переробл. – К. : Юрінком Інтер, 2004. – Кн. 2. – С. 45).

купівлі-продажу нерухомості (форма, державна реєстрація, індивідуалізація об'єктів нерухомості, визначення ціни, особливий порядок передачі покупцеві тощо).

Правове регулювання договору купівлі-продажу здійснюється, перш за все, гл. 54 ЦК (статті 655 — 716), яка належить до тих глав ЦК, що містять параграф, присвячений загальним положенням про цей договір (§ 1), які рівною мірою поширюються на всі види даного договору, і поряд з тим — параграфи, присвячені окремим його видам: роздрібній купівлі-продажу, включаючи такі її форми, як продаж товару за зразками, з використанням автоматів тощо (§ 2); поставці (§ 3); контрактації сільськогосподарської продукції (§ 4); постачанню енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу (§ 5) та міні (§ 6). При цьому загальні положення діють тільки тоді, коли спеціальні, що розміщені у відповідному параграфі даної глави, не містять іншого регулювання. Зокрема, ч. 2 ст. 712 ЦК вказує, що до договору поставки застосовуються загальні положення про купівлю-продаж, якщо інше не встановлено договором, законом (наприклад, Законом України «Про здійснення державних закупівель» від 1 червня 2010 р.¹⁰⁶).

У ряді випадків ЦК допускає можливість субсидіарного застосування до певних видів договору купівлі-продажу правил, які регулюють окремі види цього договору. Так, до договору контрактації застосовуються не тільки загальні положення про купівлю-продаж, а й положення про договір поставки, якщо інше не встановлено договором або законом (ч. 2 ст. 713 ЦК). Таке саме правило встановлене і відносно договору постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу (ч. 2 ст. 714 ЦК), а також щодо договору міні (ст. 716 ЦК). Проте це не свідчить, як слушно зазначає В. В. Вітрянський, про появу поряд з видами договору купівлі-продажу ще й його підвидів, оскільки це лише прийом законодавчої техніки¹⁰⁷.

Поряд з ЦК значну роль у регулюванні відносин купівлі-продажу відіграють спеціальні закони й інші нормативно-правові акти. Деякі з них поширюються на всі види цього договору, зокрема, Закон України «Про захист прав споживачів»¹⁰⁸, інші ж — тільки на окремі його види¹⁰⁹.

За договором купівлі-продажу одна сторона (продавець) передає або зобов'язується передати майно (товар) у власність другій стороні (покупцеві), а покупець приймає або зобов'язується прийняти майно (товар) і сплатити за нього певну грошову суму (ст. 655 ЦК).

Виходячи з цього визначення, договір купівлі-продажу має такі родові ознаки: *по-перше*, він спрямований на передачу майна у власність; *по-друге*, передача майна здійснюється на визначено-еквівалентній основі; *по-третє*, це оплатний договір, в якому зустрічне надання відбувається, як правило, у грошовій формі, за винятком договору міні, де застосовується товарна форма. Між тим і в договорі міні може бути встановлена доплата за товар більшої вартості, що обмінюється на товар меншої вартості (ч. 3 ст. 715 ЦК).

Договір купівлі-продажу може бути як реальним, так і консенсуальним, оплатним, двосторонньовзаємним (сіналагматичним) (від гр. *synallagma* — взаємовідносини).

Договір купівлі-продажу вважається *консесуальним* тоді, коли сторони досягли узгодження між собою стосовно певних умов і продавець зобов'язується передати покупцеві товар у строк, встановлений договором,

¹⁰⁶ Уряд. кур'єр. – 2010. – 7 лип.

¹⁰⁷ Див.: Гражданское право [Текст] : учебник в 2 т. Т. II, полутом 1 / отв. ред. Е. А. Суханов. – 2-е изд., перераб. и доп. – М. : Изд-во БЕК, 2000. – С. 206.

¹⁰⁸ Відом. Верхов. Ради України. – 1991. – № 30. – Ст. 379.

¹⁰⁹ Докладніше про це див. наступні параграфи даної глави підручника.

а якщо зміст договору не дає можливості визначити цей строк — відповідно до положень ст. 530 ЦК (ст. 663 ЦК).

Реальним договір вважають тоді, коли передача майна (товару) продавцем покупцеві служить передумовою укладення цього договору.

Оплатним договір купівлі-продажу вважають тому, що майновому наданню продавця відповідає зустрічне грошове задоволення за отриманий товар з боку покупця.

Двосторонньоювзаємним договір вважається тому, що і у покупця, і у продавця є права та обов'язки, причому праву однієї сторони кореспондує обов'язок іншої і навпаки.

Головною родовою ознакою договору купівлі-продажу є *перехід відчужуваного майна (товару) у власність покупця*. Між тим ця ознака є характерною і для інших типів договорів, за допомогою яких опосередковується оборот майна (товару), зокрема, для договорів дарування, позики, довічного утримання (догляду), ренти, спадкового договору.

Так, *договір дарування* передбачає передачу майна (дарунка) від однієї особи у власність іншій особі, але така передача здійснюється безоплатно. Тому встановлення обов'язку обдарованого вчинити на користь дарувальника будь-яку дію майнового або немайнового характеру не є договором дарування (ч. 2 ст. 717 ЦК).

За *договором позики* відбувається передача позикодавцем у власність позичальникові грошових коштів або інших речей, визначених родовими ознаками (ст. 1046 ЦК). Але на відміну від договору купівлі-продажу в цьому договорі переслідується зовсім інша економічна мета — позичальник зобов'язаний повернути позикодавцеві таку ж суму грошових коштів (суму позики) або таку ж кількість речей того ж роду та такої ж якості.

За *договором довічного утримання (догляду)* відчужувач передає набувачеві у власність житловий будинок, квартиру або їх частину, інше нерухоме майно чи рухоме майно, яке має значну цінність, взамін чого набувач зобов'язується забезпечувати відчужувачу утримання та (або) догляд (ст. 744 ЦК). Безумовно, за своєю правовою метою цей договір ніби наближається до договору купівлі-продажу. Між тим економічні форми цих договорів зовсім різні. Якщо при купівлі-продажу це *товар — гроші = гроші — товар*, то при договорі довічного утримання (догляді) — *товар = матеріальні блага*. При цьому між відчужувачем і набувачем виникають особисті *довірчі відносини*. І хоча до набувача переходить право власності на певне майно, сутність цього договору зовсім в іншому: відчужувач, перш за все, переслідує мету отримати догляд, якого він потребує, а тому і відчуження майна викликано саме цією метою.

За *договором ренти* одержувач ренти передає платникові ренти у власність майно, а платник ренти взамін цього зобов'язується періодично виплачувати одержувачеві ренту у формі певної грошової суми або в іншій формі (ч. 1 ст. 731 ЦК). Відмінність цього договору від договору купівлі-продажу полягає в тому, що розмір ренти не перебуває у жорсткій залежності від вартості переданого у власність майна, а самі виплати можуть здійснюватися не тільки в грошовій, а й в іншій формі, зокрема в натуральній.

З наведеного випливає, що договір купівлі-продажу відрізняється від договорів, які також опосередковують перехід права власності на майно від однієї особи до іншої, *оплатною основою* такого переходу у вигляді грошової суми, *предметом* і *суб'єктним складом*.

Сторони договору. Сторонами в договорі купівлі-продажу є *продавець* і *покупець*. Ними можуть бути як фізичні особи, включаючи фізичних осіб-підприємців, так і юридичні особи, а також інші учасники цивільних відносин згідно зі ст. 2 ЦК. Між тим можливість участі суб'єктів у окремих видах купівлі-продажу може бути обмежена, виходячи або з природи самого виду цього договору, або з особливостей правового статусу суб'єкта. Зокрема, продавцем у договорі роздрібної купівлі-продажу може бути тільки суб'єкт підприємницької діяльності, а покупцем, як правило, фізична особа з урахуванням обсягу її цивільної

дієздатності. Що ж стосується договору поставки, то в ньому і продавцем (постачальником), і покупцем можуть бути тільки суб'єкти підприємницької діяльності.

Слід зазначити, що продавцем нерухомого майна, крім випадків примусового продажу та інших випадків, встановлених законом, є його власник, що обов'язково підтверджується відповідними документами. Зокрема, право власності на житловий будинок, квартиру, дачу, садовий будинок, гараж, інші будівлі і споруди може бути підтверджено нотаріально посвідченими договорами: купівлі-продажу, пожертви, довічного утримання (догляду), ренти, дарування, міни, спадковим договором; договором купівлі-продажу, зареєстрованим на біржі, за наявності відмітки на ньому про реєстрацію відповідних прав; рішенням суду, яким, наприклад, визначається право власності за особою, яка самочинно збудувала нерухоме майно (ч. 3 ст. 376 ЦК); договором про виділення частки (долі); договором управління майном; свідоцтвом про придбання заставленого майна на аукціоні (публічних торгах) тощо (п. 62 Інструкції).

Право продажу товару, як правило, належить *власникові товару* (ст. 658 ЦК). Між тим у випадках, встановлених законом, право на відчуження майна може мати й інша особа. До таких випадків відносять: примусовий продаж товару¹¹⁰; продаж товарів особою, яка має певні повноваження від власника майна на укладення договору купівлі-продажу, зокрема, продаж товарів комісіонером, повіреним, управителем за договором управління майном; продаж товарів третьою особою без згоди власника у випадках, встановлених законом¹¹¹ (наприклад, таке право передбачено абз. 2 ч. 3 ст. 337 ЦК; ч. 5 ст. 853 ЦК; ч. 4 ст. 972 ЦК тощо). Привертає увагу те, що відповідно до ч. 2 ст. 690 ЦК таке право надане і покупцю (одержувачу), якщо він відмовився від прийняття товару, переданого продавцем, повідомивши останнього про це, а той не розпорядився товаром у розумний строк. У всіх вищевказаних випадках, коли продавець не є власником товару, покупець набуває право власності на нього, якщо власник не має права вимагати його повернення (ст. 658 ЦК).

Предметом договору купівлі-продажу може бути:

- *товар*, який є у продавця на момент укладення договору або буде створений (придбаний, набутий) продавцем у майбутньому¹¹² за умови, що продавець стане власником цього товару на момент його передачі покупцеві;

- *майнові права*¹¹³. У цьому випадку до договору застосовуються загальні положення про купівлю-продаж, якщо інше не впливає зі змісту або характеру даних прав;

¹¹⁰ Див.: Про виконавче провадження [Текст] : Закон України від 21 квіт. 1999 р. // Відом. Верхов. Ради України. – 1999. – № 24. – Ст. 207 (зі змінами і допов.); Положення про порядок проведення аукціонів (публічних торгів) з реалізації заставленого майна [Текст] : затв. постановою Каб. Міністрів України від 22 груд. 1997 р. (зі змінами) // Офіц. вісн. України. – 1998. – № 33. – Ст. 1239); Порядок обліку, зберігання, оцінки конфіскованого майна, що переходить у власність держави, і розпорядження ним [Текст] : затв. постановою Каб. Міністрів України від 25 серп. 1998 р. // Офіц. вісн. України. – 1998. – № 34. – Ст. 1280; тощо.

¹¹¹ У даному випадку не йдеться про примусове відчуження майна.

¹¹² Можливість продажу майбутнього врожаю, ненародженої худоби була відома ще римському праву (див.: Підпригора, О. А. Римське право [Текст] / О. А. Підпригора, Є. О. Харитонов. – К. : Юрінком Інтер, 2003. – С. 389–390).

¹¹³ Можливість продажу майнових прав також передбачалась римським правом (див.: Підпригора, О. А. Римське право [Текст] / О. А. Підпригора, Є. О. Харитонов. – К. : Юрінком Інтер, 2003. – С. 389–390).

- *право вимоги*, якщо вимога не має особистого характеру. До такого договору застосовуються положення про відступлення права вимоги, якщо інше не встановлено договором або законом (частини 1, 2, 3 ст. 656 ЦК)¹¹⁴.

Аналіз новел законодавства, а також точок зору правників щодо включення в предмет договору майнових прав і прав вимоги дає можливість дійти висновку, що це навряд чи зніме проблему, яка завжди була і залишається дискусійною в доктрині¹¹⁵. На сьогодні в науковій літературі існує декілька точок зору стосовно цієї проблеми, які умовно можна поділити на негативні і позитивні. Одні правники допускають можливість застосування до продажу майнових прав положень інституту купівлі-продажу, хоча й вказують на різну спрямованість цих відносин¹¹⁶, інші ж взагалі, виходячи з того, що майнові права не можуть бути об'єктом права власності, вказують на сумнівність такого підходу¹¹⁷, вважаючи його юридично некоректним¹¹⁸. На наш погляд, слушні, як це не парадоксально, обидві точки зору. Безумовно, майнові права не можуть бути об'єктом права власності, бо правом власності є право особи на річ (майно), яке вона здійснює відповідно до закону за своєю волею, незалежно від волі інших осіб. Між тим майнові права розподіляються між правом власності і зобов'язальним правом, що зумовлюється функціями, які виконує цивільне право: статичною (розподільчою) і динамічною. Тому особа може за відплатним або безвідплатним договором передати своє майнове право, включаючи й «право на право», іншій особі, крім випадків, встановлених законом (ч. 4 ст. 12 ЦК). Інша справа, що, як зазначав ще Г. Ф. Шершеневич, купівля-продаж майнових прав втрачає свої відмінні риси, злившись з відступленням прав за зобов'язанням, а з точки зору точного поняття, пов'язаного з відомими наслідками, стає невизначеним поняттям, що дає мало переваг¹¹⁹. Тому було б правильнішим вказати, що правила § 1 глави 54 ЦК застосовуються до правочинів відступлення майнових прав на відплатній основі, якщо інше не впливає зі змісту або характеру цих прав¹²⁰.

¹¹⁴ Слід зазначити, що існує й інша точка зору стосовно предмета договору купівлі-продажу. Зокрема, В. В. Вітрянский вважає, що предметом цього договору є дії продавця щодо передачі товару у власність покупця і відповідно дії покупця стосовно прийняття даного товару (див.: Вітрянский, В. В. Договорное право [Текст]. – Кн. 2: Договоры о передаче имущества / М. И. Брагинский, В. В. Вітрянский. – М.: Статут, 2000. – С. 22); М. І. Брагинський вважає, що у правовідносин, які випливають з договору купівлі-продажу, є два типи об'єктів: дії зобов'язаної особи та річ, яка в результаті такої дії повинна бути передана (див.: Брагинский, М. И. Договорное право: Общие положения [Текст] / М. И. Брагинский, В. В. Вітрянский. – М., 1997. – С. 224).

¹¹⁵ Див., наприклад: Гримм, Д. Д. К учению об объектах прав [Текст] / Д. Д. Гримм // Вестн. права. – 1905. – № 8; Шершеневич, Г. Ф. Курс гражданского права [Текст] / Г. Ф. Шершеневич. – Тула: Автограф, 2001. – С. 414; Мейер, Д. М. Русское гражданское право [Текст]: в 2 ч. / Д. М. Мейер. – М.: Статут, 2000. – С. 577; Туктаров, Ю. Е. Имущественные права как объекты гражданско-правового оборота [Текст] / Ю. Е. Туктаров // Актуальные проблемы гражданского права: Сб. ст. / под ред. О. Ю. Шилохвоста. – М.: НОРМА, 2003. – Вып. 6. – С. 101–136; Романец, Ю. В. Система договоров в гражданском праве России [Текст] / Ю. В. Романец. – М.: Юрист, 2001. – С. 259; Белов, В. А. Гражданское право: Общая и Особенная части [Текст]: учебник. – М.: АО «Центр ЮрИнфоР», 2003. – С. 199; тощо.

¹¹⁶ Див.: Романец, Ю. В. – С. 259; Гражданское право [Текст]: учебник в 2 т. Т. II, полутом 1 / отв. ред. Е. А. Суханов. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Изд-во БЕК, 2000. – С. 208.

¹¹⁷ Див.: Белов, В. А. Гражданское право: Общая и Особенная части [Текст]: учебник. – М.: АО «Центр ЮрИнфоР», 2003. – С. 199.

¹¹⁸ Див.: Цивільне право України [Текст]: у 2 кн. / О. В. Дзера (кер. авт. кол.), Д. В. Боброва, А. С. Довгерт та ін.; за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецовой. – 2-ге вид., допов. і переробл. – К.: Юрінком Інтер, 2004. – Кн. 2. – С. 14.

¹¹⁹ Див.: Шершеневич, Г.Ф. Учебник русского гражданского права [Текст] / (по изд. 1907 г.) / Г. Ф. Шершеневич. – М., 1995. – С. 317.

¹²⁰ Таку точку зору поділяють й інші правники (див.: Белов, В. А. Гражданское право: Общая и Особенная части [Текст]: учебник. – М.: АО «Центр ЮрИнфоР», 2003. – С. 199).

Звертає на себе увагу те, що законодавець використовує для визначення предмета договору терміни «майно» та «товар» як тотожні поняття, підкреслюючи тим самим, що предметом договору може бути і будь-яка окрема річ, і сукупність речей, і майнові права (ст. 190 ЦК), за певними винятками, котрі стосуються майна, вилученого з цивільного обороту, майна, перебування якого у цивільному обороті обмежене, а також майна, що може належати лише певним учасникам обороту (ст. 178 ЦК). Перелік видів такого майна встановлюється законом¹²¹.

Повертаючись до питання про виокремлення договору купівлі-продажу нерухомості, слід зазначити, що це пов'язано, перш за все, з такими властивостями нерухомого майна, як його *неподільність* (ч. 2 ст. 183 ЦК), *неспоживність* (ч. 2 ст. 185 ЦК), *складність* (ст. 188 ЦК), визначення *індивідуальними ознаками*, що спричинює його *незамінність* (ч. 1 ст. 184 ЦК). Ці властивості, з одного боку, формують певні особливості укладення договору купівлі-продажу даного об'єкта цивільного обороту, а з другого — викликають заперечення закріплення можливості вчинення договорів купівлі-продажу нерухомості на товарних біржах¹²², бо правочини визнаються біржовими, якщо вони вчинені стосовно біржового товару, тобто товарів масового вжитку, якісно однорідних (взаємозамінних), які піддаються стандартизації. Нерухоме ж майно не є замінним.

Нерухоме майно, яке стає предметом договору купівлі-продажу, як і при укладенні договору найму (оренди), повинно бути певним чином індивідуалізоване. Наприклад, при відчуженні житлового будинку, садиби продавець повинен пред'явити витяг з Реєстру прав власності на нерухоме майно¹²³, а в сільській місцевості — довідку відповідного органу місцевого самоврядування з викладенням характеристики відчужуваного нерухомого майна. Це дає можливість вказати в договорі найменування нерухомості, визначити її місцезнаходження або на відповідній земельній ділянці, або у складі іншого нерухомого майна. Визначення місцезнаходження нерухомості є важливим, бо відповідно до Закону України «Про нотаріат» (ст. 55) та п. 60 Інструкції посвідчення договорів про відчуження нерухомості проводиться за місцезнаходженням вказаного майна.

З витягу з Реєстру прав власності на нерухоме майно (довідки) простежуються відповідні, конструктивні та інші зміни, що відбувалися з цим майном (здійснення, наприклад, перебудови чи прибудови житлового будинку, переобладнання нежилого приміщення у жиле, зведення господарських, побутових будівель та споруд, а також яким чином це зведення відбувалося — за дозволом чи без відповідного дозволу тощо). У певних випадках, коли, наприклад, відсутнє рішення органу місцевого самоврядування про дозвіл здійснити перебудову, прибудову житлового будинку, якщо він збудований на земельній ділянці, що не була відведена для цієї мети, нотаріус повинен відмовити в посвідченні відповідного договору.

При придбанні житлового будинку, будівлі або споруди до покупця переходить право власності на земельну ділянку, на якій вони розміщені, без зміни її цільового призначення, у розмірах, встановлених договором. Якщо в договорі розмір земельної ділянки не визначений, до покупця переходить право власності

¹²¹ Див. Постанову Верховної Ради України «Про право власності на окремі види майна» від 17 червня 1991 р. (з наступними змінами та доповненнями) і затверджені нею Перелік видів майна, що не може перебувати у власності громадян, громадських об'єднань, міжнародних організацій та юридичних осіб інших держав на території України, та Спеціальний порядок набуття права власності громадянами на окремі види майна (додатки № 1, 2) // (Відом. Верхов. Ради України. — 1992. — № 35. — Ст. 517).

¹²² Див.: Про товарну біржу [Текст]: Закон України // Відом. Верхов. Ради України. — 1992. — № 10. — Ст. 139.

¹²³ Див.: Про надання витягів з Реєстру прав власності на нерухоме майно та оформлення свідоцтв про право власності на нерухоме майно на спеціальних бланках [Текст]: наказ М-ва юстиції України від 20 верес. 2002 р. № 84/5 // Офіц. вісн. України. — 2002. — № 40. — Ст. 1881.

на ту частину земельної ділянки, яка зайнята житловим будинком, будівлею або спорудою, та на частину ділянки, необхідної для її обслуговування.

Якщо вказані об'єкти відчуження розміщені на земельній ділянці, наданій у користування, то до покупця переходить право користування тією частиною земельної ділянки, на якій вони розміщені, та частиною ділянки, яка необхідна для її обслуговування (ст. 377 ЦК).

Істотні умови договору купівлі-продажу. Відповідно до законодавства істотними умовами будь-якого договору є умови про предмет, умови, що визначені законом як істотні або є необхідними для договорів даного виду, а також усі ті умови, щодо яких за заявою хоча б однієї зі сторін має бути досягнуто згоди (ст. 638 ЦК).

Для договору купівлі-продажу істотною умовою завжди є *предмет (його найменування)* та *кількість товару*¹²⁴. Так, продавець зобов'язаний передати покупцеві товар, визначений договором купівлі-продажу (ст. 662 ЦК), у кількості, що встановлена у договорі, у відповідних одиницях виміру або грошовому вираженні. При продажу товарів декількох найменувань у договорі визначається кількість кожного найменування.

Сторони можуть у договорі встановити не саму кількість товару, а порядок визначення цієї кількості (ст. 669 ЦК), що є характерним, зокрема, для договорів постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу, в яких покупцем виступає фізична особа.

ЦК встановлює правові наслідки порушення умови договору щодо кількості товару, які різняться залежно від порушень, що допустили продавець або покупець (ст. 670 ЦК). Хоча вказана стаття не містить посилань на положення ст. 688 ЦК, вважаємо, що вони взаємопов'язані, бо і у ст. 688 ЦК мова йде про порушення умов договору купівлі-продажу стосовно кількості товару.

Якщо продавець передасть покупцеві меншу кількість товару, покупець має право вибору: або вимагати передання кількості товару, якої не вистачає, або відмовитися від переданого товару та його оплати, а якщо він оплачений — вимагати повернення сплаченої за нього грошової суми. Вбачається, що хоча законодавець і не передбачив можливості для покупця в цьому випадку взагалі відмовитися від виконання договору, останній може скористатися таким правом. Крім цього, закон не забороняє йому прийняти частково виконане продавцем зобов'язання.

Якщо *продавець* передав покупцеві більшу кількість товару, ніж це передбачалось договором, покупець зобов'язаний попередити про вказане продавця. Якщо в розумний строк після одержаного повідомлення останній не розпорядиться товаром, покупець має право прийняти увесь товар, якщо інше не встановлено договором. При цьому він зобов'язаний оплатити додатково прийнятий товар за ціною, що встановлена для товару, прийнятого відповідно до договору, якщо інша ціна не передбачена за домовленістю сторін.

Норми ст. 679 ЦК не можуть бути застосовані до зобов'язань щодо поставки, що впливає з характеру триваючих відносин сторін цього договору (ч. 2 ст. 712 ЦК).

Такі вимоги до товару, що продається, як *якість* та *ціна*, хоча і є важливими, але не можуть вважатися істотними умовами цього договору¹²⁵, якщо, безумовно, інше не передбачено самим договором або законом. Цей висновок можна зробити, проаналізувавши ч.1 ст. 691 ЦК, яка встановлює: якщо *ціна* не встановлена у договорі і не може бути визначена, виходячи з його умов, застосовуються правила визначення ціни, що

¹²⁴ Проте для таких видів договорів купівлі-продажу, як продаж підприємства, кількість не є істотною умовою.

¹²⁵ Деякі з правників, зокрема О. В. Дзера, І. М. Кучеренко, О. І. Сафончик, вважають, що ціна – істотна умова договору купівлі-продажу (див.: Цивільне право України [Текст] : підручник. Т. 2 / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. – 2-ге вид., допов. і переробл. – К. : Юрінком Інтер, 2004. - С. 17; Цивільне право України. Академічний курс [Текст] : підручник : Т. 2: Особлива частина / за заг. ред. Я. М. Шевченко. – К. : Вид. Дім «Ін Юре», 2003. – С. 16; Цивільний кодекс України [Текст] : коментар. – Х. : ТОВ «Одіссей», 2003. – С. 485.

передбачені у ст. 632 ЦК. Між тим ціна товару є істотною умовою договору про продаж товару в кредит з умовою про розстрочення платежу. До істотних умов цього договору закон відніс також порядок, строки і розміри платежів (ч. 1 ст. 693 ЦК).

Законодавець встановлює правила визначення ціни товару залежно від різних обставин. Так, якщо ціну встановлено залежно від ваги товару, вона визначається за вагою нетто, якщо інше не передбачено договором (ч. 2 ст. 691 ЦК). Якщо ж договором передбачено, що ціна товару підлягає зміні залежно від показників, що зумовлюють її (собівартість, витрати тощо), але при цьому не визначено способу її перегляду, то ціна визначається виходячи із співвідношення цих показників на момент укладення і на момент передання товару (ч. 3 цієї ж статті ЦК), хоча актами цивільного законодавства може бути встановлено й інші правила або інше може впливати із суті самого зобов'язання.

За загальним правилом покупець зобов'язаний сплатити продавцеві повну ціну переданого товару, хоча договором може бути передбачено розстрочення платежу (ч. 2 ст. 692 ЦК) або попередня оплата товару (ст. 693 ЦК). Крім цього, як вже зазначалося, договором купівлі-продажу може бути передбачений продаж товарів у кредит з відстроченням або розстроченням платежу (ст. 694 ЦК). При укладенні такого договору товар продається в кредит за цінами, що діють на день продажу. Зміна ціни на товар, проданий у кредит, не є підставою для проведення перерахунків, якщо інше не встановлено договором або законом (ч. 2 ст. 694 ЦК).

Що ж стосується *якості* товару, то відповідно до правил ст. 673 ЦК продавець повинен: передати покупцеві товар, якість якого відповідає умовам договору купівлі-продажу; якщо умови щодо якості не встановлені договором, передати товар, придатний для мети, з якою товар такого роду звичайно використовується; якщо ж покупець повідомив продавця про конкретну мету придбання товару, передати товар, придатний для використання відповідно до цієї мети; якщо товар продається за зразком або за описом, він має відповідати зразку або опису; якщо вимоги щодо якості встановлені законом — передати товар, який відповідає цим вимогам. При цьому закон дозволяє сторонам домовитися про передання товару підвищеної якості порівняно з вимогами, встановленими законом (ст. 673 ЦК).

Товар має відповідати вимогам якості в момент його передання покупцеві, якщо інше не передбачено договором. Договором або законом може бути встановлений строк, протягом якого продавець гарантує якість товару (*гарантійний строк*), котрий слід відрізнити від *строку придатності товару*. Зі спливом останнього товар вважається непридатним для використання за призначенням (ст. 677 ЦК).

Правові наслідки передання товару неналежної якості передбачені у ст. 678 ЦК.

До умов договору купівлі-продажу відносять також і *асортимент товару*, тобто перелік товарів певного найменування, які співвідносяться за видами, моделями, розмірами, кольорами або іншими ознаками.

Асортимент товару, за правилом, встановлюється відповідно до замовлення (оферти) покупця. Причому закон дозволяє сторонам або узгодити асортимент товару в договорі, або обумовити порядок визначення його сторонами. Якщо сторони досягли узгодження стосовно асортименту товару, продавець зобов'язаний передати покупцеві товар саме у такому асортименті. Якщо договором асортимент товару не встановлений або асортимент не був визначений у порядку, передбаченому договором, але із суті зобов'язання випливає, що товар підлягає переданню в певному асортименті, продавець має право передати покупцеві товар в асортименті, виходячи з потреб останнього, які були відомі продавцеві на момент укладення договору, або відмовитися від договору.

У випадку порушення умови договору щодо асортименту товару настають правові наслідки, передбачені ст. 672 ЦК.

Форма договору. До договору купівлі-продажу, виходячи з того, що це двосторонній правочин, застосовуються загальні вимоги ЦК до їх укладення, а звідси договір може укладатися як у письмовій, так і в

усній формі, хоча ст. 657 ЦК встановлює і виняток із цього стосовно форми договорів купівлі-продажу земельної ділянки, єдиного майнового комплексу, житлового будинку (квартири) або іншого нерухомого майна. Усі вони укладаються у письмовій формі і підлягають нотаріальному посвідченню та державній реєстрації.

Права та обов'язки сторін. Головним обов'язком *продавця є передача товару покупцеві*, яка здійснюється шляхом вчинення певних дій, а саме: вручення товару безпосередньо покупцеві; надання товару в розпорядження останнього, здача товару перевізникові або організації зв'язку для доставки покупцеві (ст. 664 ЦК).

Іноді, виходячи з правової мети договору, продавець зобов'язаний здійснити й інші дії. Зокрема, відповідно до договору купівлі-продажу з умовою доставки товару покупцеві (ст. 704 ЦК) продавець повинен доставити товар за місцем, указаним покупцем.

Продавець зобов'язаний передати *той товар, що визначений договором* (ч. 1 ст. 662 ЦК), тобто товар, найменування, кількість, якість, асортимент, комплектність якого відповідають договору, у відповідній тарі та (або) упаковці, якщо інше не встановлене договором або не впливає із суті зобов'язання. Причому, якщо продавець здійснює підприємницьку діяльність, *він зобов'язаний передати товар у тарі та (або) упаковці, які відповідають вимогам, встановленим актами цивільного законодавства*. Строк виконання цього обов'язку передбачається у договорі.

Продавець зобов'язаний *у певний строк передати покупцеві товар, визначений договором, водночас з приналежностями та документами* (технічний паспорт, сертифікат якості тощо), що характеризують товар (статті 662, 663 ЦК). У разі відмови продавця передати проданий товар покупець має право відмовитися від договору або, якщо це стосується речі, визначеної індивідуальними ознаками, витребувати цю річ у продавця і вимагати її передання. Якщо ж продавець не передає приналежності товару та документи, покупець спочатку має право встановити розумний строк для їх передання, а якщо передання не відбудеться і у цей строк — відмовитися від договору та повернути товар продавцеві (статті 665, 666 ЦК).

Трапляються випадки, коли права на річ, власником якої є продавець, належать й іншим особам (наймачеві, заставодержателю тощо). Деякі з цих прав зберігаються і після продажу речі. Права такого характеру (речові, зобов'язальні) слідує за річчю, а обов'язки, що цим обумовлюються, перед уповноваженою особою буде нести покупець як новий власник. Так, відповідно до ст. 814 ЦК у разі зміни власника житла, переданого у найм, до нового власника переходять права та обов'язки наймодавця. Право користування житловим будинком, квартирою або іншим рухомим чи нерухомим майном, одержане за заповідальним відказом, зберігає чинність у випадку наступної зміни їх власника (ч. 2 ст. 1238 ЦК). Таким чином, у всіх випадках слідування за товаром прав третіх осіб на нього обмежується можливість покупця на вільне використання цього товару. Між тим правова мета цього договору — перехід майна у власність, тобто покупець сподівається за його допомогою задовольнити свої інтереси. Тому він зацікавлений саме у тому, щоб його володіння, користування та розпорядження придбаним майном нічим не були обмежені. Саме з урахуванням повноти всіх прав покупця встановлюється і ціна товару. Виходячи з цього, на продавця покладається обов'язок передати товар вільним від прав третіх осіб на нього, а звідси — *попередити покупця про всі права третіх осіб на товар*, якщо це має місце (ст. 659 ЦК). Що стосується купівлі-продажу житлового будинку (квартири), частини будинку (квартири), то в договорі повинні зазначитися особи, які зберігають відповідно до закону право користування житловим приміщенням після придбання його покупцем з вказівкою на те, що вони мають право користування житловим приміщенням, яке продається. У разі невиконання продавцем вимоги *про попередження покупця про права третіх осіб на товар*, якщо це має місце, покупець має право вимагати зниження ціни або розірвання договору купівлі-продажу, якщо він не знав і не міг знати про права третіх осіб на товар.

До речі, у випадку продажу житла, що було предметом договору найму, наймач має переважне перед іншими особами право на його придбання (ч. 2 ст. 822 ЦК). Переважним правом купівлі частки у праві спільної часткової власності, включаючи й нерухоме майно, користується і співвласник (ст. 362 ЦК), що зайвий раз свідчить про особливості купівлі-продажу нерухомості.

Продавець має також й інші обов'язки:

– *зберігати проданий товар*, якщо право власності переходить до покупця раніше від передання товару (ст. 667 ЦК);

– *вступити у справу про витребування товару в покупця* за наявності певних підстав (ч. 1 ст. 660 ЦК);

– *здійснювати перевірку* кількості, асортименту, якості, комплектності, тари та (або) упаковки *товару* (випробування, аналіз, огляд тощо), якщо це передбачено в договорі, та *надавати* покупцеві *докази* проведення такої перевірки (ч. 3 ст. 687 ЦК);

– *забрати (вивезти) товар*, не прийнятий покупцем (одержувачем), або *розпорядитися ним* у розумний термін;

– *страхувати товар*, якщо це впливає з договору.

Головним обов'язком покупця є *прийняття товару* від продавця. Одночасно, якщо покупець без достатніх підстав зволікає з прийняттям товару або відмовився його прийняти, продавець має право: вимагати прийняття та оплати товару; відмовитися від договору купівлі-продажу (ч. 4 ст. 690 ЦК).

Перехід права власності на товар і ризик його випадкового знищення або випадкового пошкодження товару. Момент переходу до покупця за договором купівлі-продажу права власності на товар визначається за загальними правилами набуття права власності за договором, які передбачені ст. 334 ЦК.

За загальним правилом ризик випадкового знищення та випадкового пошкодження майна несе його власник, якщо інше не встановлено договором або законом (ст. 323 ЦК). За договором купівлі-продажу ризик випадкового знищення або випадкового пошкодження товару переходить до покупця з моменту передання йому товару, тобто з моменту, коли вважається, що продавець виконав свій обов'язок передати товар покупцеві, якщо інше не встановлено договором або законом.

Виконання обов'язку продавця передати товар покупцеві залежить від місця виконання зобов'язання (ст. 664 ЦК). Товар вважається наданим у розпорядження покупця, якщо у строк, встановлений договором, він готовий до передання покупцеві у належному місці і покупець поінформований про це. Готовий до передання товар повинен бути відповідним чином ідентифікований для цілей договору, зокрема шляхом маркування.

Якщо місцем виконання є місце знаходження (місце проживання) покупця або інше вказане ним місце і доставка товару повинна здійснюватися продавцем, моментом виконання його обов'язку вважається вручення товару покупцеві.

Коли обов'язок продавця виконується за місцезнаходженням товару, то останній вважається виконаним у момент надання товару в розпорядження покупця.

Якщо з договору купівлі-продажу не впливає обов'язок продавця доставити товар або передати товар у його місцезнаходженні, обов'язок продавця передати товар покупцеві вважається виконаним у момент здачі товару перевізникові або організації зв'язку для доставки покупцеві (ч. 2 ст. 664 ЦК). У цьому випадку ризик випадкового знищення або випадкового пошкодження товару переходить до покупця з моменту укладення договору (ст. 334 ЦК).

Між тим трапляються випадки, коли купівля-продаж товару відбувається під час його транспортування. Відповідно до ч. 2 ст. 668 ЦК ризик випадкового знищення або випадкового пошкодження товару в цьому разі переходить до покупця з моменту укладення договору купівлі-продажу, якщо інше не встановлено договором або звичаями ділового обороту.

При переході ризику на покупця він несе всі збитки, пов'язані з випадковим знищенням або випадковим пошкодженням товару, за які продавець або треті особи, зокрема, перевізник, організація зв'язку, не відповідають.

Закон захищає права слабшої сторони в договорі купівлі-продажу. Так, відповідно до ч. 3 ст. 668 ЦК умова договору купівлі-продажу про те, що ризик випадкового знищення або випадкового пошкодження товару переходить до покупця з моменту здачі товару першому перевізникові, на вимогу покупця може бути визнана судом недійсною, якщо в момент укладення договору продавець знав або міг знати, що товар втрачено чи пошкоджено, але не повідомив про це покупця.

Стаття 667 ЦК передбачає особливі правила, які стосуються тих випадків, коли право власності переходить до покупця раніше від передання товару. Таке положення може бути передбачено сторонами в договорі. У цьому випадку продавець зобов'язаний до передання зберігати товар, не допускаючи його пошкодження. Але необхідні для цього витрати покупець зобов'язаний відшкодувати продавцеві, якщо інше не встановлено договором. Виходячи з цього, якщо в договорі відсутнє таке застереження, витрати лягають на продавця.

Збереження права власності за продавцем. Договором може бути встановлено, що право власності за переданий покупцем товар зберігається за продавцем до оплати товару або настання інших обставин. Так, відповідно до Правил торгівлі у розстрочку¹²⁶ (далі — Правила) право власності на товари, передані згідно з договором у розпорядження покупця, переходить до нього після кінцевого розрахунку (абз. 4

п. 10). Покупець не має права до переходу до нього права власності розпоряджатися товаром, якщо інше не встановлено договором, законом або не впливає з призначення та властивостей товару. Забезпечується це тим, що під час продажу, наприклад, транспортних засобів у розстрочку в свідоцтві про їхню реєстрацію робиться позначка «відчуження заборонено», а також дані транспортні засоби не знімаються з обліку в органах Державтоінспекції до пред'явлення покупцем договору з відміткою суб'єкта господарювання про повний розрахунок (абз. 5 п. 10 Правил). Якщо покупець прострочив оплату товару, продавець має право вимагати від нього повернення товару.

Продавець має право вимагати від покупця повернення товару також у разі ненастання обставин, за яких право власності на товар мало перейти до покупця (ст. 697 ЦК).

У разі невиконання цієї вимоги покупець, якщо він не знав і не міг знати про права третіх осіб на товар, має право вимагати зниження ціни або розірвання договору купівлі-продажу.

До того ж у всіх випадках, коли продавець відчужує товар, право на відчуження якого у нього відсутнє, або такий товар, на котрий певні права мають треті особи, останні, а також дійсний власник майна мають право пред'явити до покупця позов про витребування цього товару. У цьому випадку продавець зобов'язаний захистити покупця від можливості відсудження речі. Цей обов'язок має назву обов'язку продавця щодо захисту покупця від відсудження (евікції) речі.

Продавець повинен вступити у справу на стороні покупця, а це можливо лише за умови, якщо продавець був повідомлений про пред'явлення до покупця позову про витребування речі (ч. 1 ст. 660 ЦК). При цьому покупець зобов'язаний не тільки повідомити про вказане продавця, а й подати клопотання про залучення останнього до участі у справі. Якщо продавець був залучений до участі у справі, але ухилився від участі в її розгляді, він не має права доводити неправильність ведення справи покупцем, добиватися складання із себе відповідальності за цією підставою.

Якщо ж покупець не повідомив продавця про вимоги третьої особи та не подав клопотання про залучення продавця, а сам повів справу, наслідком якої стало задоволення позову, продавець не відповідає перед

¹²⁶ Затверджені постановою Кабінету Міністрів України від 1 липня 1998 р. № 997 (Бюл. законодавства і юрид. практики України. – 2002. – № 11. – С. 115).

покупцем, якщо доведе, що, взявши участь у справі, він міг би відвернути відібрання проданого товару в покупця.

Якщо продавець взяв участь у справі, але за рішенням суду товар був вилучений у покупця на користь третьої особи на підставах, що виникли до продажу товару, продавець має відшкодувати покупцеві завдані йому збитки, якщо покупець не знав або не міг знати про наявність цих підстав.

Якщо між сторонами буде укладено правочин щодо звільнення продавця від відповідальності або щодо її обмеження у разі витребування товару в покупця третьою особою, він є нікчемним (ч. 2 ст. 661 ЦК).

§ 2. Роздрібна купівля-продаж

Найпоширенішим різновидом купівлі-продажу є роздрібна купівля-продаж, призначення якої — безпосереднє та систематичне забезпечення населення продовольчими та промисловими товарами.

Відповідно до ч. 1 ст. 698 ЦК *за договором роздрібної купівлі-продажу продавець, який здійснює підприємницьку діяльність з продажу товару, зобов'язується передати покупцеві товар, що звичайно призначається для особистого, домашнього або іншого використання, не пов'язаного з підприємницькою діяльністю, а покупець зобов'язується прийняти товар і оплатити його.*

Договір роздрібної купівлі-продажу характеризується родовими ознаками договору купівлі-продажу, як типу договору, оскільки, як і всі інші види купівлі-продажу — поставка, контракція, енергопостачання тощо, спрямований на передачу у власність майна на еквівалентно-оплатній основі за рахунок грошових сум. Саме вказане дозволяє застосовувати до виконання цього договору деякі із загальних положень про купівлю-продаж (наприклад, правил про строк, кількість, асортимент, якість і комплектність товару тощо).

Між тим цей договір має і свої особливості, а саме предмет, включаючи у деяких випадках кількість товару, суб'єктний склад, що, у свою чергу, відбивається на порядку його укладення. Все це дозволяє виокремити його у вид договору купівлі-продажу із самостійним регулюванням (§ 2 глави 54 ЦК). При цьому закон виходить з того, що даний параграф регламентує відносини, не врегульовані загальними положеннями про купівлю-продаж (зокрема, щодо публічного характеру цього договору і порядку його укладення, надання інформації про товар; продажу товару за зразками або з використанням автоматів; договору найму-продажу тощо); встановлює правила, які відрізняються від тих, що передбачені §1 глави 54 ЦК, наприклад, стосовно наслідків продажу покупцеві товарів неналежної якості тощо; передбачає, що до відносин з участю покупця — фізичної особи застосовується законодавство про захист прав споживачів.

Цей договір — *двосторонній, оплатний та консенсуальний.*

Продавцем у договорі роздрібної купівлі-продажу виступає юридична особа або фізична особа — підприємець, що здійснює підприємницьку діяльність з продажу в роздріб товару. У випадках, передбачених законодавством, вказані особи повинні отримати ліцензію на торгівлю окремими видами товарів (наприклад, роздрібна торгівля лікарськими засобами, роздрібна торгівля ювелірними та іншими виробами з дорогоцінних металів, дорогоцінного каміння, дорогоцінного каміння органічного утворення та напівкоштовного каміння тощо)¹²⁷, а також отримати торговий патент¹²⁸.

¹²⁷ Див.: Про ліцензування певних видів господарської діяльності [Текст] : Закон України від 1 черв. 2000 р. (з наступ. змінами) // Відом. Верхов. Ради України. – 2000. – № 36. – Ст. 299.

¹²⁸ Див.: Про патентування деяких видів підприємницької діяльності [Текст] : Закон України від 23 берез. 1996 р. (з наступ. змінами) // Відом. Верхов. Ради України. – 1996. – № 20. – Ст. 82.

Між тим ст. 86 ЦК встановила правило, відповідно до якого непідприємницькі товариства і установи можуть поряд зі своєю основною здійснювати також і підприємницьку діяльність. Це дало можливість деяким з правників висловити думку, що, наприклад, релігійні організації, продаючи культову атрибутику, здійснюють такий продаж за договорами роздрібної купівлі-продажу¹²⁹. Однак вказане не узгоджується з кваліфікуванням договору роздрібної купівлі-продажу як публічного договору (ч. 2 ст. 698 ЦК), у якому однією зі сторін обов'язково виступає тільки підприємець.

Як *покупці*, за загальним правилом, виступають фізичні особи, що придбавають товари, призначені для особистого, домашнього використання. Відповідно до чинного законодавства при продажу певних товарів враховується вік фізичних осіб. Так, продаж тютюнових виробів та алкогольних напоїв дозволяється лише особам, які досягли 18 років.

Виходячи з того, що покупці — фізичні особи, як правило, не мають спеціальних знань про властивості та характеристику товарів, які вони придбавають у продавців-професіоналів, вказане вимагає покладення на останніх додаткових обов'язків з метою забезпечення прав покупців, а також застосування до відносин з договору роздрібної купівлі-продажу за участю покупця — фізичної особи, не врегульованих ЦК, законодавства про захист прав споживачів (ч. 3 ст. 698 ЦК)¹³⁰.

Ідея захисту прав споживачів не є новою. Вона виникла в Європі наприкінці XIX ст., сформувавшись у суспільно-політичний рух — консюмеризм, але знайшла втілення у законодавстві капіталістичних країн лише в 60-х роках XX століття¹³¹.

Ринкові перетворення, що відбуваються в Україні (а це, перш за все, зміни в циклі «виробництво — розподіл — споживання»), призвели до появи в економіці країни таких явищ, які потребують захисту споживачів з боку держави. До них відносять: *диверсифікацію товарного складу ринкової торгівлі* (використання нових видів товарів), що потребує від споживачів, включаючи і покупців, підвищеної компетентності, а це дуже часто стає неможливим; *деперсоналізацію ринкового обміну*, коли споживач все більш віддаляється від виробника товару; *різке зростання ринку споживання нових видів товарів*, які не відповідають необхідним споживчим властивостям.

Тому Закон України «Про захист прав споживачів» (далі — Закон), з одного боку, свідчить про гуманізацію законодавства, спрямованого на пом'якшення протиріч між споживачами і підприємцями, а з другого — про гармонізацію національного законодавства із законодавством розвинутих країн.

Вказаний Закон не тільки встановлює спеціальні правила роздрібної купівлі-продажу, а й конкретизує та деталізує положення ЦК (наприклад, щодо прав споживачів у сфері торгівлі, інформації про товар, обміну товару належної якості тощо).

Відповідно до ст. 22 Закону Кабінетом Міністрів України можуть затверджуватися відповідні нормативно-правові акти, що встановлюють загальні умови заняття торговельною діяльністю (наприклад,

¹²⁹ Елисеєв, И. В. Купля-продажа. Мена: Гражданское право [Текст] : учебник. — Ч. 2 / И. В. Елисеєв; под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. — М. : Проспект, 1997. — С. 19; Богданова, Е. Е. Договор купли-продажи. Защита прав и интересов сторон [Текст] / Е. Е. Богданова. — М. : Приор-издат, 2003. — С. 47.

¹³⁰ Законодавство України про захист прав споживачів складається із Закону України «Про захист прав споживачів» / ВВР України. — 1991. — № 30. — Ст. 379 (з наст. змінами) та інших актів законодавства, що видаються відповідно до цього Закону (ст. 1 Закону).

¹³¹ Свядосц, Ю. И. Защита потребителя в буржуазном праве [Текст] / Ю. И. Свядосц // Сов. государство и право. — 1989. — № 11. — С. 126.

Порядок заняття торговельною діяльністю і правила торговельного обслуговування населення¹³², Правила торгівлі на ринках¹³³, Правила продажу продовольчих товарів¹³⁴, Правила роздрібної торгівлі непродовольчими товарами¹³⁵), а також стосуються окремих видів договорів роздрібної купівлі-продажу та правил продажу окремих товарів (наприклад, Правила продажу товарів поштою¹³⁶, Правила роздрібної торгівлі алкогольними напоями¹³⁷, Правила роздрібної торгівлі тютюновими виробами¹³⁸, Правила продажу товарів на замовлення та поза торговельними та офісними приміщеннями¹³⁹, Порядок гарантійного ремонту (обслуговування) або гарантійної заміни технічно — складних побутових товарів¹⁴⁰).

До особливостей цього договору, як вже йшлося, слід віднести специфіку предмета договору — товари, що призначаються для особистого, домашнього або іншого використання, не пов'язаного з підприємницькою діяльністю. Цей критерій дозволяє відокремлювати сферу застосування положень ЦК щодо договору роздрібної купівлі-продажу, зокрема, від відносин договору поставки, оскільки відносини з приводу товарів, що використовуються виключно для здійснення підприємницької діяльності, не є предметом регулювання договору купівлі-продажу.

Між тим аналіз визначення договору роздрібної купівлі-продажу дозволяє дійти висновку, що як покупці можуть виступати також юридичні особи, навіть і підприємницькі, коли вони придбавають товар (оргтехніку, меблі тощо) для використання, не пов'язаного безпосередньо з використанням, у підприємницькій діяльності.

Вважаємо, що характерною ознакою, яка дає можливість виокремити роздрібну купівлю-продаж, є й те, що покупець купує не тільки товар, який звичайно призначається для певних цілей, а *таку його кількість*, що не перевищує нормально необхідної для особистого, сімейного, домашнього або іншого використання.

До особливостей договору роздрібної купівлі-продажу слід віднести й *особливий порядок його укладення*. Так, суб'єкти підприємницької діяльності у сфері торгівлі належать до тих суб'єктів сфери обслуговування, які

¹³² Затверджений 8 лютого 1995 р. (Бюл. законодавства і юрид. практики України. – 2002. – № 11: Торговельна діяльність в Україні. – С. 93).

¹³³ Затверджені 26 лютого 2002 р. (Бюл. законодавства і юрид. практики України. – 2002. – № 11: Торговельна діяльність в Україні. – С. 152).

¹³⁴ Затверджені 3 липня 1995 р. (Бюл. законодавства і юрид. практики України. – 2002. – № 11: Торговельна діяльність в Україні. – С. 231).

¹³⁵ Затверджені Наказом Міністерства економіки України від 19.04.2007 р. (Юрид. вісн. України. – 2007. – 1–7 груд. (№ 48)).

¹³⁶ Затверджені наказом Міністерства економіки України та Міністерством транспорту та зв'язку України від 21.06.2008 р. (Юрид. вісн. України. – 2008. – 30 серп. – 5 верес. (№ 35)).

¹³⁷ Затверджені постановою Кабінету Міністрів України від 30 липн. 1996 р. (Бюл. законодавства і юрид. практики України. – 2002. – № 11: Торговельна діяльність в Україні. – С. 282).

¹³⁸ Затверджені наказом Міністерства економіки та з питань європейської інтеграції України від 24 липня 2002 р. (Бюл. законодавства і юрид. практики України. – 2002. – № 11: Торговельна діяльність в Україні. – С. 288).

¹³⁹ Затверджені Наказом Міністерства економіки України від 19.04.2007 р. № 103 // Юрид. вісн. України. – 2007. – 1–7 груд. (№ 48).

¹⁴⁰ Затверджені постановою Кабінету Міністрів України від 1 липня 1998 р. і діють з наступними змінами (Бюл. законодавства і юрид. практики України. – 2002. – № 11. – С. 115).

звертаються до всіх і до кожного з пропозицією (офертою) купити товар на визначених умовах. Дана пропозиція може бути оформлена різноманітними способами: розміщена у рекламі, каталогах, а також в інших описах товару, а може бути виставленням вже самого товару, демонстрацією його зразків або наданням відомостей про товар (описів, каталогів, фотознімків тощо) у місцях його продажу. Для того, щоб пропозиція укласти договір, яка розміщена у рекламі, каталогах тощо, вважалась публічною офертою, тобто була звернена до невизначеного кола осіб, вона повинна містити усі істотні умови договору

(ч. 1 ст. 699 ЦК). В інших випадках, коли застосовуються інші способи, пропозиція вважається публічною незалежно від того, чи вказана ціна та інші істотні умови договору купівлі-продажу, крім випадків, коли продавець явно визначив, що відповідний товар не призначений для продажу (наприклад, це може бути торговельне обладнання, товари, які сприяють художньо-естетичному оформленню торгового залу, вітрини тощо) — ч. 2 ст. 699 ЦК.

Договір роздрібної купівлі-продажу — *публічний договір*, тобто до нього, якщо інше не передбачено у законі, застосовуються правила

ст. 633 ЦК. Публічна пропозиція укласти договір встановлює однакові умови для всіх споживачів, до яких вона звернена, крім тих, кому за законом надані відповідні пільги. Продавець не має права надавати перевагу в укладенні договору одному покупцеві перед іншим, відмовитися від укладення договору за наявності у нього можливості надання покупцеві відповідних товарів. Причому доводити неможливість укладення договору за браком товару повинен продавець. У разі необгрунтованої відмови останнього від укладення договору він має відшкодувати збитки, завдані покупцеві такою відмовою. Хоча ст. 698 ЦК не передбачає, що цей договір є договором приєднання, слід погодитися з тим, що за способом укладення його слід відносити саме до *договорів приєднання*, оскільки покупець, за винятком предмета договору, позбавлений можливості брати участь у встановленні істотних умов договору. На користь цієї думки свідчить і встановлення у ЦК правил (ст. 698), відповідно до яких умови договору, що обмежують права покупця — фізичної особи, передбачені ЦК та законодавством про захист прав споживачів, є нікчемними. Покупець має право на відшкодування збитків, завданих йому продавцем внаслідок використання ним переваг свого становища у виробничій або торговельній діяльності. Ці ж правила встановлені і у ст. 21 Закону.

При укладенні договору продавець зобов'язаний надати покупцеві необхідну і достовірну інформацію про товар, що пропонується до продажу. Інформація має відповідати вимогам закону та правилам роздрібної торгівлі щодо її змісту і способів надання (ч. 1 ст. 700 ЦК). *Необхідна інформація* — це повна інформація, тобто така, що надається продавцем в обсязі, який формує у покупця чітке уявлення про властивості і споживчу якість товару. *Достовірна інформація* — відповідність дійсності відомостей стосовно товару, що міститься в інформації.

ЦК надає право покупцеві до укладення договору оглянути товар, який він бажає придбати, вимагати проведення перевірки в його присутності властивостей товару, демонстрації користування ним, якщо це не виключено характером товару і не суперечить правилам роздрібної торгівлі (ч. 2 ст. 700). Так, відповідно до Правил роздрібної торгівлі, прокату примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних місце продажу, прокату примірників цих творів повинне бути оснащено відповідною апаратурою для перевірки якості їх запису, зокрема аудіо- та відеомагнітофонами, комп'ютерами, телевізорами (п. 9). До всіх примірників вказаних творів додається інформація українською мовою про назву твору (вид носія); гарантійні зобов'язання виробника примірника, його найменування та адресу (або місцезнаходження), а також найменування і місцезнаходження товариства, яке здійснює його функції щодо прийняття претензій від споживачів, а також проводить ремонт і технічне обслуговування зазначених примірників. Довідка з такою

інформацією наклеюється на упаковку примірника твору або додається до цієї упаковки (п. 6)¹⁴¹. Відповідно до Порядку гарантійного ремонту (обслуговування) або гарантійної заміни технічно складних побутових товарів під час продажу товару, який підлягає гарантійному ремонту (обслуговуванню) чи гарантійній заміні, продавець зобов'язаний у присутності споживача здійснити перевірку споживчих властивостей товару, наявності експлуатаційних документів, комплектності товару, поінформувати споживача про правила користування ним.

Стаття 18 Закону розкриває зміст права покупця на інформацію. Вона повинна забезпечити можливість свідомого вибору товару. Для цього остання має бути надана покупцеві до придбання товару. Стосовно товарів, які підлягають обов'язковій сертифікації, споживачеві повинна надаватися інформація про її сертифікацію, а щодо товарів, котрі за певних умов можуть бути небезпечними для життя, здоров'я покупця та його майна, продавець зобов'язаний довести до відома покупця інформацію про такі товари і можливі наслідки їх впливу. Інформація доводиться продавцем у супровідній документації, що додається до товарів, на етикетці, а також маркуванням чи іншим способом, прийнятим для окремих видів товарів. Продукти харчування, упаковані або розфасовані в Україні, повинні також забезпечуватися інформацією про місце їх походження.

За окремими видами договорів роздрібної купівлі-продажу встановлюються спеціальні способи доведення інформації до покупців. Так, при продажу товарів з використанням автоматів їх володілець зобов'язаний довести до покупців інформацію про продавця товару, шляхом розміщення на автоматі або надання покупцям іншим чином відомостей про найменування продавця, його місце знаходження, режим роботи тощо (ч. 1 ст. 703 ЦК).

Правові наслідки ненадання покупцеві інформації щодо товару різняться залежно від того, укладений договір чи ні. Так, якщо покупцеві не надано можливості негайно одержати повну і достовірну інформацію про товар у місці його продажу, він має право вимагати відшкодування збитків, завданих необгрунтованим ухиленням від укладення договору, а якщо договір укладено, — у розумний строк відмовитися від договору, вимагати повернення сплаченої за товар грошової суми і відшкодування збитків, а також моральної шкоди (ч. 3 ст. 700 ЦК, ч. 4 ст. 18 Закону). Продавець, який не надав покупцеві можливості одержати повну і достовірну інформацію про товар, несе відповідальність за недоліки, які виникли після передання товару покупцеві, якщо останній доведе, що вони виникли у зв'язку з відсутністю у нього такої інформації (ч. 4 ст. 700 ЦК). Причому продавець не звільняється від відповідальності, навіть у разі неотримання ним відповідної інформації про товар від його виробника (імпортера) (ч. 5 ст. 18 Закону).

Форма договору роздрібної купівлі-продажу. Договір роздрібної купівлі-продажу може бути укладений у простій письмовій формі, усно, а також шляхом здійснення конклюдентних дій. За правилом він укладається в усній формі, бо його виконання відбувається одночасно зі здійсненням, що забезпечується видачею споживачеві розрахункового документа (товарного, касового чи іншого документа, який засвідчує факт купівлі товару).

Між тим окремі види договорів роздрібної купівлі-продажу виконуються вже після їх укладення. Саме такі договори повинні бути укладені у письмовій формі. До них слід віднести: продаж товару за зразками, договір з умовою про поставку товару покупцеві, договір найму-продажу, договір роздрібної купівлі-продажу товару в кредит, договір з умовою про прийняття покупцем товару у встановлений строк.

¹⁴¹ Затверджені постановою Кабінету Міністрів України від 4 листопада 1997 р. № 1209 (діють у редакції постанови Кабінету Міністрів України від 24 березня 2004 р. № 369 (Уряд. кур'єр. – 2004. – 29 квіт. (№ 81)).

Закон передбачив і продаж товарів з використанням автоматів (ст. 703 ЦК). Такий договір вважається укладеним з моменту вчинення покупцем дій, необхідних для одержання товару, тобто конклюдентних.

Права та обов'язки сторін за договором роздрібної купівлі-продажу. Покупець (споживач) за договором має право на: відповідну якість товару; належне торговельне обслуговування; безпеку товарів; відшкодування збитків, спричинених товарами неналежної якості; відшкодування шкоди, завданої внаслідок недоліків товарів; гарантований рівень споживання; державний захист своїх прав; об'єднання у спілки споживачів тощо. Враховуючи це, законодавство встановлює вимоги до продавців, яких слід додержуватися на етапі підготовки товару до продажу і які спрямовані на забезпечення якості товару. Це так звані *передпродажні обов'язки*, які передбачені у відповідних правилах продажу конкретних видів товарів. Наприклад, відповідно до Правил продажу продовольчих товарів продавець зобов'язаний забезпечити стан торговельних приміщень на рівні, що відповідає санітарно-гігієнічним, технологічним та протипожежним нормам, встановленим для приймання, зберігання та реалізації харчових продуктів; транспортні засоби для перевезення цих продуктів повинні мати санітарний паспорт, бути чистими, у справному стані; торговельно-технологічне обладнання, що використовується при організації роздрібного продажу, має забезпечувати збереження якості товарів і товарного вигляду протягом строку їх придатності. Забороняється приймати, зберігати та продавати продовольчі товари, які швидко псуються, без використання холодильного обладнання.

Відповідно до Правил продажу непродовольчих товарів продавець проводить підготовку товарів до продажу (перевірка цілісності упаковки, розпакування, перевірка наявності маркувальних даних і якості, чистка, прасування, перевірка наявності інструкцій з експлуатації, технічних паспортів, гарантійних талонів, комплектність виробів, перевірка роботи у дії тощо).

Відповідно до Правил роздрібної торгівлі транспортними засобами і номерними агрегатами передбачається обов'язкова передпродажна підготовка цих товарів кваліфікованими фахівцями продавця згідно з вимогами нормативно-технічної документації, про що робиться відмітка в сервісній книжці тощо.

Права та обов'язки сторін за цим договором визначаються, перш за все, за загальними правилами про договір купівлі-продажу. Так, продавець зобов'язується передати покупцеві товар, якість, кількість, асортимент, строк придатності, комплектність якого відповідає вимогам, передбаченим у статтях 669, 671, 673, 677, 682, 683 ЦК. Товар передається у тарі і упаковці (ст. 685 ЦК) разом з його приналежностями і документами, що його стосуються (ст. 666 ЦК). Виходячи з того, що цей договір — двосторонньо зобов'язуючий, покупець має право вимагати передачі йому товару з додержанням продавцем вимог щодо останнього, які були вказані.

Між тим момент передачі продавцем майна за договором роздрібної купівлі-продажу має особливості. При *продажу товару за зразками* обов'язок вважається виконаним з моменту доставки товару за місцем проживання фізичної особи-покупця або місцезнаходженням юридичної особи-покупця, якщо інше не встановлене договором або законом. За цим договором покупцю доставляється товар, який він відбирає за зразком (описом) і котрий повинен відповідати зразку (опису). Доставка, виходячи із змісту ст. 704 ЦК, прирівнюється до передачі речі. До моменту передання товару покупець має право відмовитися від договору за умови відшкодування продавцеві витрат, пов'язаних із вчиненням дій щодо виконання договору.

Якщо договір *роздрібної купівлі-продажу укладено з умовою доставки товару покупцеві*, то на відміну від договору продажу товару за зразками, останньому доставляється індивідуально визначена річ, яка вже була оглянута, відібрана ним і залишена у продавця на зберігання з метою наступної доставки у встановлений строк (ч. 1 ст. 704 ЦК) за місцем, вказаним покупцем, а якщо це місце не вказане, за місцем проживання фізичної особи-покупця або за місцезнаходженням юридичної особи-покупця.

Особливістю даного договору слід вважати те, що моментом виконання обов'язку продавцем є вручення товару покупцеві, а у разі його відсутності — особі, яка пред'явила квитанцію або інший документ, що засвідчує укладення договору чи оформлення доставки товару (ч. 2 ст. 704 ЦК).

Крім цього, договір роздрібної купівлі-продажу може бути укладено з умовою про прийняття покупцем речі, визначеної індивідуальними ознаками, у певний строк, протягом якого товар не може бути проданий продавцем іншому покупцеві (ч. 1 ст. 701 ЦК). Так, відповідно до Порядку заняття торговельною діяльністю і правилами торговельного обслуговування населення вибрані покупцем непродовольчі товари можуть зберігатися протягом двох годин з відміткою часу наступної оплати на виписаному продавцем чекові (п. 26). Якщо покупець не з'явиться або не вчинить інших необхідних дій для прийняття товару у встановлений строк, вважається, що він відмовився від договору, якщо інше не буде встановлено у ньому (ч. 2 ст. 701 ЦК). Так, наприклад, у договорі може бути передбачено, що у разі нез'явлення покупця у встановлений строк товар приймається до зберігання продавцем. Якщо у передбачений договором строк товар буде проданий іншому покупцеві, застосовуються правила ст. 620 ЦК.

Правила ст. 701 ЦК не застосовуються, якщо відповідно до договору товар залишається на зберіганні у продавця, бо у цьому випадку покупець прийняв товар.

Новою для ЦК є конструкція *договору найму-продажу*. Відповідно до ст. 705 за договором найму-продажу до переходу до покупця права власності на переданий йому продавцем товар покупець є наймачем (орендарем) цього товару. Покупець стає його власником лише з моменту оплати цього товару, якщо інше не встановлено договором.

Слід зазначити, що до появи вказаної статті аналогічні правила містилися у деяких нормативно-правових актах, хоча договір, який укладався, мав назву, наприклад, договору продажу товарів у розстрочку.

Так, відповідно до Правил торгівлі у розстрочку¹⁴² передача у розпорядження покупцеві товарів здійснюється за умови внесення першого внеску (завдатку) у певному розмірі, а право власності на товар переходить до покупця лише після остаточного розрахунку. Цим обумовлюється, наприклад, те, що транспортні засоби, придбані у розстрочку, не підлягають відчуженню, не знімаються з обліку в органах Державтоінспекції до пред'явлення покупцем договору з відміткою продавця про повний розрахунок (п. 10).

Вказаний договір побудований за конструкцією змішаного договору (ч. 2 ст. 628 ЦК). А це призводить до того, що до відносин сторін застосовуються у відповідних частинах і положення про договір найму (оренди), і про договір роздрібної купівлі-продажу, якщо інше не буде встановлено у самому договорі чи не впливатиме із суті договору. Так, зокрема, покупець не повинен сплачувати продавцеві плату за користування переданим у його розпорядження товаром, як це передбачено у договорі найму (оренди) — ст. 762 ЦК, бо розмір і оплата товару визначаються договором купівлі-продажу і Правилами торгівлі у розстрочку. Він також не зобов'язаний, хоча і може, проводити поточний ремонт товару (ч. 1 ст. 776 ЦК), оскільки у разі виявлення недоліків, за які відповідає продавець, покупець має право пред'явити вимоги за ст. 708 ЦК. Однак при цьому, якщо покупець вимагатиме відповідного зменшення ціни або відшкодування витрат, здійснених ним чи третьою особою на виправлення недоліків товару, відповідна сума може бути зарахована в рахунок оплати товару тощо.

Основним обов'язком покупця є обов'язок прийняти товар (ст. 689 ЦК) та оплатити його (статті 692, 706 ЦК). Відповідно продавець має право вимагати від покупця прийняття товару і сплати певної суми (ст. 706 ЦК).

На прикладі договору роздрібної купівлі-продажу чітко простежується характерна особливість активного втручання законодавця у відносини, що складаються між виробниками, продавцями і споживачами. Їх

¹⁴² Затверджені постановою КМУ від 1 липня 1998 р. і діють з наступними змінами (Бюл. законодавства і юрид. практики України. – 2002. – № 11. – С. 115).

регулювання спрямовано на те, щоб по можливості збалансувати економічно і юридично нерівні відносини, поклавши на підприємців деякі додаткові обов'язки, а споживачеві надати відповідні права і гарантії їх захисту. Це викликано тим, що в умовах розвитку ринкових відносин, яким притаманне функціонування розвинутої мережі посередників, споживач, як вказувалося раніше, невідворотно віддаляється від виробників і йому все складніше отримати відшкодування збитків, що він поніс внаслідок отримання, зокрема, недоброякісного товару. Звідси — покупець розглядається ЦК, як і Законом «Про захист прав споживачів», суб'єктом спеціального юридичного захисту¹⁴³.

Саме тому законодавство закріплює за покупцем право на обмін товару. Відповідно до ст. 707 ЦК (ст. 20 Закону) покупець має право протягом чотирнадцяти днів з моменту передання йому непродовольчого товару *неналежної якості*¹⁴⁴, якщо триваліший строк не оголошений продавцем, обміняти його у місці купівлі або інших місцях, названих продавцем, на аналогічний товар інших розмірів, форми, габариту, фасону, комплектації тощо. У разі виявлення різниці в ціні покупець проводить необхідний перерахунок з продавцем.

Якщо у продавця немає необхідного для обміну товару, а це можуть бути будь-які інші товари з наявного асортименту з відповідним перерахуванням вартості, покупець має право повернути придбаний товар продавцеві та одержати сплачену за нього грошову суму. До речі, закон передбачає також можливість здійснити обмін товару на аналогічний при першому ж надходженні відповідного товару в продаж, про що продавець повинен повідомити покупця.

Вказана стаття захищає інтереси покупця — непрофесійного учасника товарообміну в разі, коли продавець не порушував прав споживача. Тому й не йдеться про відшкодування будь-яких збитків покупцеві або про якісь інші несприятливі наслідки для продавця. Навпаки, законодавець встановлює певні вимоги, яких повинен дотримуватися покупець, захищаючи свої інтереси.

По-перше, товар, який підлягає обміну, не повинен бути у споживанні, а тому збережено його товарний вигляд та споживні властивості.

По-друге, покупець має докази придбання товару саме у даного продавця. Це може бути товарний або касовий чек чи інший документ, що підтверджує оплату товару (розрахунковий документ)¹⁴⁵.

По-третє, нормативно-правовими актами встановлюється перелік товарів, які не підлягають обміну або поверненню на підставах, передбачених цією статтею¹⁴⁶. Зокрема, не підлягають обміну лікарські препарати та засоби предметів санітарної гігієни, світлочутливі товари, корсетні товари, парфумерно-косметичні товари, дитячі іграшки (м'які, гумові), сурда (для духових музичних інструментів), ювелірні вироби з дорогоцінних металів, вироби з бурштину, білизна натільна, панчішно-шкарпетні вироби, товари в аерозольній упаковці, пір'яно-пухові вироби, тканини, килимові вироби метражні, білизна постільна, друковані видання, трубна продукція тощо.

¹⁴³ Уперше на необхідність цього звернув увагу Ю. І. Свядосц (див.: Свядосц Ю. І. Защита потребителя в буржуазном праве [Текст] / Ю. И. Свядосц // Сов. государство и право. – 1989. – № 11. – С. 126).

¹⁴⁴ Поділяємо точку зору правників, що в даному випадку допущена технічна помилка. Законодавець мав на увазі саме товар належної якості, який тільки і можна обміняти за бажанням покупця. Відносини, що виникають при продажу покупцеві товару неналежної якості, закріплюють право останнього *вимагати* заміни товару на аналогічний товар належної якості. Терміни «обмін» і «заміна» не є тотожними.

¹⁴⁵ ЦК РФ дозволяє при відсутності у покупця відповідних документів посилатися на показання свідків (ст. 493 ЦК РФ).

¹⁴⁶ Цей перелік затверджено постановою Кабінету Міністрів України від 19 березня 1994 р. (Збір. постанов уряду. – 1994. – № 7. – Ст. 173).

Покупець має певні права у разі продажу йому товару неналежної якості (ст. 708 ЦК, ст. 14 Закону). При цьому закон враховує, по-перше, предмет договору і, по-друге, хто виступав у ролі продавця.

Якщо укладався договір купівлі-продажу непродовольчих товарів, які не були у користуванні, у разі виявлення покупцем протягом гарантійного або інших строків, встановлених обов'язковими для сторін правилами чи договором, недоліків, не застережених продавцем, чи фальсифікації товару, він має право за своїм вибором пред'явити одну з таких вимог:

вимагати від продавця або виготовлювача безоплатного усунення недоліків товару або відшкодування витрат, здійснених покупцем або третьою особою, на їх виправлення;

вимагати від продавця або виготовлювача заміни товару на аналогічний товар належної якості чи на такий самий товар іншої моделі з відповідним перерахунком у разі різниці у ціні;

вимагати від продавця або виготовлювача відповідного зменшення ціни;

відмовитися від договору, вимагати повернення сплаченої за товар грошової суми (ч. 1 ст. 708 ЦК).

Привертає увагу той факт, що покупець може пред'явити вимоги на свій розсуд або продавцю за місцем продажу товару, або виготовлювачу товару, а відповідно до ст. 14 Закону не тільки їм, а також і юридичній особі, що виконує їх функції за місцем знаходження споживача. Причому продавець і виробник під час продажу (реалізації) товару зобов'язані інформувати споживача про такі організації. У разі ненадання вказаної інформації вони несуть встановлену законом відповідальність (статті 18, 23 Закону).

Між тим слід враховувати, що вимоги можуть пред'являтися покупцем лише у випадку, коли він виявив недоліки, які не були застережені продавцем. При цьому не має значення, які ці недоліки — приховані або явні; була у покупця можливість їх виявити при покупці, мав продавець інформацію про ці недоліки чи ні. Крім цього, вимоги пред'являються лише тоді, коли недоліки або фальсифікація товару була виявлена протягом гарантійного чи інших строків, встановлених обов'язковими для сторін правилами (наприклад, Правилами продажу непродовольчих товарів) або передбачених договором.

Якщо ж укладався договір купівлі-продажу непродовольчих товарів, що вже були у користуванні і реалізовані через роздрібні комісійні торговельні організації, про що покупець поінформований продавцем, то він має право пред'явити такі ж самі вимоги, які передбачені у ч. 1 ст. 708 ЦК, але при умові, що товар, який був придбаний, містив істотні недоліки, не застережені продавцем.

Продовольчі товари неналежної якості продавець зобов'язаний замінити на якісні або повернути покупцю сплачені гроші¹⁴⁷.

ЦК регулює питання стосовно порядку і строків задоволення вимог покупця при заміні товару або усунення недоліків (ст. 709), а також відшкодування різниці в ціні у разі заміни товару, зменшення ціни і повернення товару неналежної якості (ст. 710).

Новелою у ЦК є стаття 711, яка передбачає відповідальність за шкоду, завдану товаром неналежної якості. Продавець або виготовлювач товару неналежної якості відшкодовує шкоду, заподіяну майну покупця, а також шкоду, завдану каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю покупця у зв'язку з придбанням такого товару. Між тим ця норма бланкетна і містить відсилку до положень глави 82 ЦК, §3 якої (статті 1209-1211) регулює дані питання¹⁴⁸.

¹⁴⁷ Див., наприклад: Правила роздрібної торгівлі картоплею та плодовоовочевою продукцією [Текст] : затв. наказом М-ва зовніш. екон. зв'язків і торгівлі України від 8 лип. 1997 р. № 344. П. 21 // Бюл. законодавства і юрид. практики України. – 2002. – № 11. – С. 274.

¹⁴⁸ Більш докладно про це див. § 11 глави 69 даного підручника.

§ 3. Договір купівлі-продажу підприємства¹⁴⁹

Поняття договору купівлі-продажу підприємства. Як вже зазначалося, договором купівлі-продажу регулюється передача у власність будь-якого майна, що не вилучене з обороту або не обмежене в обороті. Враховуючи, що за законом підприємство — це майно, можна припустити, що цим договором регулюється і купівля-продаж підприємства. Але навряд чи правильним буде такий підхід, оскільки на підставі виключно загальних положень договору купівлі-продажу не можна вирішити питання з цілого ряду проблем, що виникають при купівлі-продажу підприємства, зокрема, чи може покупець розпоряджатися складовими підприємства до набуття ним права власності на підприємство в цілому; чи настає відповідальність за непридатність використання підприємства для цілей, які передбачені договором; чи несе покупець відповідальність за те, що підприємство внаслідок його дій втратить своє призначення — служити здійсненню підприємницької діяльності; як визначається ціна підприємства; який порядок передачі його покупцеві, тощо.

Існує інше вирішення цієї проблеми — спеціальне врегулювання договору купівлі-продажу підприємства. Це узгоджується з тим, що серед кваліфікуючих ознак цивільно-правових договорів на першому місці стоїть специфіка предмета договору, а підприємство — це майновий комплекс, що складається з різнорідних елементів, кожен з яких може виступати як самостійний об'єкт цивільних прав: речей нерухомих (земельних ділянок, будівель, споруд) і рухомих (устаткування, інвентарю, сировини, продукції), іншого майна, включаючи і майнові права (права вимоги), і майнові обов'язки (борги), об'єкти права інтелектуальної власності (торговельну марку або інше позначення), інформацію тощо, а об'єднання їх у функціональну сукупність — об'єкт дає можливість використати підприємство за певним призначенням — для здійснення підприємницької діяльності. Тому і договір купівлі-продажу цього об'єкта потребує запровадження хоча і подібної за своєю спрямованістю з договором купівлі-продажу майна, але спеціальної договірної форми¹⁵⁰, яка б враховувала оборотоздатність підприємства.

Договір купівлі-продажу підприємства — різновид договору купівлі-продажу. Тому й застосування спеціальних норм до купівлі-продажу підприємства не позбавляє цінності ті норми, які становлять загальні положення про купівлю-продаж. Останні можуть застосовуватися в субсидіарному порядку, хоча й з урахуванням особливостей оборотоздатності підприємства.

Предметом цього договору можуть бути і майнові права, якщо інше не впливає із змісту або характеру цих прав (ч. 2 ст. 656 ЦК), і право вимоги, якщо вимога не має особистого характеру (ч. 3 ст. 656 ЦК), а тому в частині переходу прав і обов'язків продавця до відносин, що виникають при купівлі-продажу підприємства, одночасно застосовуються й положення про відступлення права вимоги (цесія) (п. 1 ч. 1 ст. 512, статті 513, 516 ЦК), і положення про переведення боргу (статті 520–523 ЦК).

Договір купівлі-продажу підприємства відрізняється від інших видів договорів купівлі-продажу таким:

- предметом;
- правовим статусом сторін;

¹⁴⁹ Ідеться про договір купівлі-продажу підприємств, що належать приватним власникам.

¹⁵⁰ Імперативно визначена, вкрай деталізована процедура продажу підприємства в процесі приватизації, яка спрацьовує при трансформації державної власності у власність приватну, не може бути застосована для купівлі-продажу підприємств, що належать приватним власникам.

— наявністю етапу по визначенню складових підприємства, який передує безпосередньому укладенню цього договору;

— у покупця право власності на підприємство виникає на підставі складного юридичного складу: укладення договору купівлі-продажу, що засвідчується нотаріально з подальшою державною реєстрацією цього договору, факт проведення якої підтверджується відповідним актом; складна процедура передачі підприємства, факт якої підтверджується передавальним актом;

— цей договір належить до договорів про *виключне особисте виконання боржником свого обов'язку*, оскільки потребує спеціальної процедури його укладення і виконання: передачі усіх видів майна, що входять до складу підприємства, включаючи і передачу виключних прав на об'єкти права інтелектуальної власності; відповідного оформлення такої передачі, тобто здійснення усіх тих дій, які може здійснювати тільки власник підприємства — боржник за договором;

— характером прав і обов'язків сторін та відповідальністю сторін за невиконання або неналежне виконання договору.

Договір купівлі-продажу підприємства можна визначити як *договір, за яким продавець зобов'язується передати покупцеві підприємство як єдиний майновий комплекс та як сферу діяльності, за винятком тих прав і обов'язків, які він не може передати іншим особам; утримуватись від конкуренції, якщо це передбачено договором, а покупець зобов'язується на підставі передавального акта прийняти підприємство, оплатити його й використовувати за призначенням.*

За правовою характеристикою договір купівлі-продажу підприємства — **двосторонньовзаємний і оплатний** договір. Що ж стосується його **реальності** або **консенсуальності**, то на сьогодні це питання все ще залишається спірним. У доктрині існує думка, що з відродженням в законодавстві категорії нерухомість, а підприємство — нерухомість за законом¹⁵¹, поділ цивільно-правових договорів на реальні і консенсуальні втратив своє всеохоплююче значення, залишившись характерним лише для відповідних правочинів з рухомими речами або майновими правами, оскільки правочини з нерухомістю, як правило, підлягають обов'язковій державній реєстрації, і саме факт такої реєстрації, а не передача речі або укладення договору породжує відповідний юридичний ефект — виникнення, зміну або припинення речових прав на нерухомість¹⁵². У зв'язку із цим навіть виділяють особливу групу договорів, які вважаються укладеними з моменту їх державної реєстрації¹⁵³. Хоча існує і точка зору, що договір купівлі-продажу підприємства — консенсуальний договір, а державна реєстрація його повинна розглядатися як кваліфікована (складна письмова) форма договору¹⁵⁴.

Погоджуючись з тим, що до правочинів з природною нерухомістю поділ цивільно-правових договорів на реальні і консенсуальні втратив своє всеохоплююче значення, слід зауважити, що договір купівлі-продажу

¹⁵¹ Проте незалежно від того, що ч. 3 ст. 191 ЦК сформульована категорично: підприємство – нерухомість, слід вважати, що на цей об'єкт поширено правовий режим нерухомості, оскільки підприємство визнається нерухомістю не через фізичні свої властивості (існування нерозривного зв'язку із землею або неможливість переміщення у просторі), а через рішення законодавця.

¹⁵² Див.: Суханов, Е. О. Видах сделок в германском и российском гражданском праве [Текст] / Е. Суханов // Вестн. гражд. права. – 2006. – № 2, т. 6. – С. 5–26.

¹⁵³ Див.: Рябоконь, Є. О. Договір купівлі-продажу об'єктів нерухомості [Текст] / Є. О. Рябоконь // Договірне право України. Особлива частина : навч. посіб. / Т. В. Боднар, О. В. Дзера, Н. С. Кузнецова та ін. ; за ред. О. В. Дзери. – К. : Юрінком Інтер, 2009. – С. 99.

¹⁵⁴ Див.: Бойко, О. О. Теоретичні проблеми класифікації договорів відчуження нерухомості [Текст] / О. О. Бойко // Бюл. М-ва юстиції України. – 2006. – № 2. – С. 82.

підприємства, як і будь-який інший цивільно-правовий договір, вважається укладеним, якщо сторони в належній формі досягли згоди з усіх істотних умов договору. Тому, якщо сторони у договорі домовляться, що зобов'язання щодо фактичної передачі підприємства та його оплати повинні бути виконані після проведення, наприклад, державної реєстрації, то кожна з них має право вимагати їх виконання. Саме у такій можливості контрагентів і полягає консенсуальність договору купівлі-продажу підприємства.

Сторонами договору є продавець і покупець. Покупцем може бути виключно суб'єкт підприємницької діяльності, оскільки призначення підприємства — здійснення підприємницької діяльності. Щодо продавця, то ним завжди виступає власник підприємства, як правило, підприємницьке товариство (господарське товариство або виробничий кооператив), фізична особа-підприємець, а якщо підприємство отримано у власність на підставі спадкового правонаступництва, то і фізична особа — непідприємець.

До істотних умов договору належать: предмет, строки, ціна, умови про введення покупця у сферу діяльності.

Предмет договору. Предметом цього договору виступає виключно підприємство як єдиний майновий комплекс, до складу якого входять усі види майна, призначені для його діяльності, включаючи земельні ділянки, будівлі, споруди, устаткування, інвентар, сировину, продукцію, права вимоги, борги, а також право на позначення, що індивідуалізує підприємство (власне найменування підприємства), продукцію, роботи, послуги, виключні права, якщо інше не встановлено договором або законом, за винятком прав і обов'язків, які продавець не вправі передавати іншим особам (наприклад, ліцензії (дозволи) на право здійснення певного виду діяльності, оскільки вони є індивідуальними).

Продаж окремих складових підприємства — будівель, устаткування тощо як окремих майнових цінностей не підпадає під спеціальне врегулювання договору купівлі-продажу підприємства.

Строк. Визначення складових підприємства, їх вартості, а також передача майнового комплексу в цілому неможливі за один день. Тому істотною умовою цього договору є певні строки, а саме строк укладення договору, строк передачі підприємства, строк виконання окремих умов договору, наприклад, по введенню покупця у сферу діяльності тощо.

Ціна. Оцінка вартості підприємства припускає визначення фактичної його собівартості і ринкової вартості. Фактична вартість визначається шляхом підсумку балансової вартості активів підприємства. Під реальною ринковою ціною розуміється найбільш вірогідна ціна, за яку підприємство може бути відчужено на відкритому ринку в умовах конкуренції. При визначенні ринкової вартості в розрахунок береться також і ціна підприємства як діяльності, тобто його «шанси» (клієнтела — *clientela*), вплив, який здійснює нематеріальний елемент як складова підприємства на ціну останнього. Вартість підприємства визначається на основі його повної інвентаризації. Акт інвентаризації обов'язково доповнюється висновком незалежного аудитора про склад і фінансовий стан підприємства.

Умова про введення покупця у сферу діяльності підприємства. На відміну від інших договорів купівлі-продажу сторони повинні узгодити процес введення покупця у ту сферу діяльності, якою він буде займатися, отримавши підприємство (ознайомлення з секретами виробництва; джерелами постачання необхідної продукції; можливостями збуту продукції (товарів, робіт, послуг) і т. ін.).

Проте вони не позбавлені можливості досягти згоди з будь-яких інших умов, укладаючи цей договір. У такому випадку й інші умови договору вважатимуться істотними (ст. 627 ЦК). До таких умов можна віднести і умови, спрямовані на усунення конкуренції. З погляду на те, що суттєвий вплив на визначення ринкової ціни підприємства чинять його «шанси», покупцю не байдуже, чи відкриє у майбутньому подібне підприємство продавець — професійний конкурент, який знає всі недоліки і переваги підприємства, зможе зберегти значну кількість контрагентів, які були пов'язані з діяльністю підприємства тощо. А це, безумовно,

знеціює на майбутнє підприємство. Одним із шляхів запобігти цьому є узгодження в договорі умов, які спрямовані на усунення конкуренції, а саме: заборона продавцеві після продажу підприємства організувати протягом певного строку і на певній території аналогічні підприємства, здійснювати той самий або схожий вид підприємницької діяльності, розголошувати відомі комерційні таємниці підприємства; випускати після виконання договору однорідну з покупцем продукцію (товар) і тощо.

Зміст договору. Права і обов'язки сторін за цим договором майже не відрізняються від прав і обов'язків сторін за договорами купівлі-продажу іншого майна, хоча і мають певні особливості.

Так, до основних обов'язків продавця слід віднести:

– повідомлення у письмовій формі кредиторів за зобов'язаннями, які включені до складу підприємства (частина 1 статей 659 та 660 ЦК), що продається, про його продаж. Враховуючи, що повідомлення фактично є запитом щодо згоди кредиторів на здійснення переведення боргу з продавця підприємства на його покупця, то й відповідь останніх відповідно до положень статей 520 і 521 ЦК повинна бути зроблена у письмовій формі (ст. 513 ЦК);

– передача покупцеві того підприємства і у тому складі, що визначено договором (статті 662 — 664 ЦК). Передача здійснюється за передавальним актом, в якому мають бути вказані дані про склад підприємства, повідомлення кредиторів про продаж підприємства, а також відомості щодо недоліків переданого майна й перелік майна, обов'язки щодо передачі якого не виконані продавцем через його втрату. Передавальний акт підтверджує виконання продавцем обов'язку по передачі підприємства покупцеві. Ухилення від підписання передавального акта на умовах, передбачених договором, прирівнюється до відмови сторони від виконання покладених на неї обов'язків.

Відстежуючи процедуру передачі підприємства за передавальним актом, слід звернути увагу на таке. Підприємство як єдиний майновий комплекс може мати своє позначення (власне найменування підприємства), яке буде відрізнятися від фірмового найменування його власника¹⁵⁵ і право на яке не може розглядатися як виключне право. Самостійна участь власного найменування підприємства в цивільному обороті не допускається і воно підлягає відчуженню разом з підприємством.

Позначення, що індивідуалізують продукцію (роботи, послуги) підприємства, а також належні продавцю на підставі ліцензії права на використання таких засобів індивідуалізації переходять до покупця, якщо інше не передбачене договором. Передача цих прав здійснюється виключно за договорами щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності.

Передача підприємства включає обов'язкове введення покупця у відповідну сферу діяльності.

Основним обов'язком покупця є прийняття підприємства і оплата його вартості (ст. 692 ЦК).

З огляду на те, що договір купівлі-продажу підприємства є двосторонньо-взаємним договором, обов'язку однієї сторони відповідає право іншої сторони.

Відповідальності сторін за цим договором. Особливість договору купівлі-продажу підприємства, як зазначалося, проявляється і при вирішенні питання відповідальності сторін. Власник підприємства в процесі здійснення тієї чи іншої діяльності отримує права та набуває певні обов'язки, які впливають з його статусу суб'єкта підприємницької діяльності. Так, він отримує ліцензії (дозволи) на право здійснення певного виду діяльності, які не може передавати покупцеві. У зв'язку із цим постає питання: як бути, якщо

¹⁵⁵ Фірмове найменування власника підприємства – це найменування, під яким, зокрема, підприємницька юридична особа виступає в цивільному обороті, тобто це елемент, який індивідуалізує юридичну особу як учасника цивільних відносин, а не підприємство як об'єкт цих відносин (ч. 2 ст. 90 ЦК). Комерційне (фірмове) найменування підприємницького товариства не може відчужуватися за договором купівлі-продажу разом із підприємством, якщо інше не зазначено в договорі, хоча це не виключає передачу його у користування, наприклад, за договором комерційної концесії.

внаслідок відсутності такої ліцензії підприємство, яке продовжує працювати, здійснювати певну діяльність, не зможе працювати і контрагентам, до яких перейдуть права вимоги, будуть спричинені збитки?

Оскільки підхід стосовно приналежності ліцензії є єдино вірним, напрошується висновок, що відповідальність за це повинен нести покупець. Але навряд чи виправданим буде таке рішення, оскільки юридично покупець не зможе оформити ліцензію на той чи інший вид діяльності, доки не стане власником підприємства. Отже, слід покласти солідарну відповідальність на продавця і покупця за невиконання переданих останньому в складі підприємства зобов'язань, що мало місце через відсутність у покупця дозволу (ліцензії) на заняття відповідною діяльністю. Запропонований механізм обґрунтовується тим, що один з головних обов'язків продавця — це введення покупця у сферу діяльності підприємства.

Якщо продавець порушує свій основний обов'язок — передачу покупцеві підприємства у тому складі, що визначено договором, або передає підприємство з недоліками, то вирішити ці проблеми можна було б шляхом поширення на вказані випадки загальних положень, що передбачені статтями 678 та 684 ЦК. Але цього замало, бо положення, що знайшли відбиття в нормах цих статей, моделювалися без урахування особливостей правового режиму підприємства. Вирішити вказану проблему можна через закріплення в ЦК спеціальних норм, положення яких передбачали б наслідки передачі та прийняття, наприклад, підприємства з недоліками.

Слід закріпити за покупцем і право вимагати зменшення покупної ціни у випадку передачі йому у складі підприємства боргів (зобов'язань) продавця, які не були вказані в договорі або передавальному акті, якщо продавець не доведе, що покупець знав про ці борги (зобов'язання) на момент укладення договору і передачі підприємства.

Складною є і проблема відповідальності за неможливість використання підприємства для здійснення тієї діяльності, для якої воно придбавалось. Так, згідно з ч.1 ст. 673 ЦК продавець повинен передати покупцеві товар, якість якого відповідає умовам договору купівлі-продажу. З огляду на те, що підприємство — це не просто єдиний майновий комплекс, а саме той комплекс, що використовується для здійснення підприємницької діяльності, він має бути придатним для мети, задля якої придбавався. Тому навряд чи інтерес покупця буде задоволено, якщо підприємство внаслідок недоліків, за які відповідає продавець, не можна буде використати в цілях, що передбачені в договорі. Проте надання покупцеві можливості одразу ж після виявлення цих недоліків вимагати в судовому порядку розірвання договору було б недоцільним, тому продавець повинен мати розумний строк на усунення цих недоліків. При умові, якщо він цього не зробить або зробити це взагалі буде неможливо і покупець позбавиться того, на що він розраховував, укладаючи договір купівлі-продажу підприємства, він вправі вимагати в судовому порядку розірвання або зміни умов цього договору, з поверненням того, що було виконано сторонами за договором.

Якщо продавцем буде порушено умови про утримання від конкуренції, покупець має право вимагати від нього відшкодування тих збитків, які він поніс внаслідок цього.

§ 4. Поставка

Одним із видів купівлі-продажу є поставка, на підставі якої здійснюється реалізація товарів (продукції), що вироблені суб'єктами підприємницької діяльності. Договір поставки є найбільш поширеною формою регулювання господарських зв'язків між суб'єктами у сфері підприємництва, що забезпечує ритмічний обіг товарів. Як правило, такі зв'язки існують протягом тривалого часу. Тому укладення договорів поставки має систематичний характер.

До прийняття ЦК в законодавстві поставка визначалася як самостійний тип договору, який поряд з купівлею-продажем та деякими іншими договорами належав до договорів, що опосередковують правовідносини з переходу права власності від однієї особи до іншої. Однак економічні відносини, що у ті

часи складалися лише між «соціалістичними організаціями», базувалися на адміністративно-плановому розподілі товарів та продукції. Відсутність свободи при укладенні договорів поставки, що ґрунтувалися на обов'язкових для виконання сторін актах планування, й зумовила деякою мірою штучне виділення його у самостійний тип цивільно-правових договорів. Хоча у науці визнавалося, що юридична сутність договору поставки має багато спільного з договором купівлі-продажу¹⁵⁶.

В умовах ринкової економіки надмірна урегульованість відносин з поставки товарів є недоцільною. У зв'язку з цим у ЦК по-новому визначається співвідношення купівлі-продажу та поставки, а саме як родове та видове поняття, тобто договір поставки визначається як різновид договору купівлі-продажу. Це означає, що, з одного боку, названий договір характеризується загальними (родовими) ознаками, притаманними договору купівлі-продажу, з другого — цей договір має специфічні характеристики, що дозволяє виділити його в окремий різновид купівлі-продажу.

За договором поставки продавець (постачальник), якій здійснює підприємницьку діяльність, зобов'язується передати у встановлений строк (строки) товар у власність покупця для використання його у підприємницькій діяльності або в інших цілях, не пов'язаних з особистим, сімейним, домашнім або іншим подібним використанням, а покупець зобов'язується прийняти товар і сплатити за нього певну грошовому суму (ч. 1 ст. 712 ЦК).

Договір поставки є двостороннім, взаємним, консенсуальним та відплатним. При цьому строк виконання поставки (передачі товарів) не повинен збігатися з моментом укладення договору. Якщо ж укладення та виконання договору збігається, то має місце купівля-продаж, а не поставка.

У зв'язку з тим, що поставка є різновидом купівлі-продажу, до договору поставки застосовуються загальні положення про купівлю-продаж, закріплені в § 1 глави 54 ЦК. Інше може бути встановлено договором, законом або впливати з характеру відносин сторін (ч. 2 ст. 712 ЦК).

До зобов'язань, що виникають з договору поставки, застосовуються нормативно-правові акти, які поки що є чинними на підставі Постанови Верховної Ради України від 12 вересня 1991 р. «Про порядок тимчасової дії на території України окремих актів законодавства Союзу РСР»¹⁵⁷. Серед таких документів, зокрема Положення про поставки продукції виробничо-технічного призначення,¹⁵⁸ затверджене Постановою Ради Міністрів СРСР від 25.07.1988 р. № 888, крім п. 69; Положення про поставки товарів народного споживання,¹⁵⁹ затверджене постановою Ради Міністрів СРСР від 25.07.88 р. № 888, крім п. 60; Інструкція про порядок приймання продукції виробничо-технічного призначення і товарів народного споживання за кількістю¹⁶⁰, затверджена постановою Держарбітражу при Раді Міністрів СРСР від 15.06.65 р. № П-6; Інструкція про порядок приймання продукції виробничо-технічного призначення і товарів народного споживання за якістю¹⁶¹, затверджена постановою Держарбітражу при Раді Міністрів СРСР від 25.04.66 р. № П-7.

¹⁵⁶ Див.: Иоффе, О. С. Избранные труды [Текст] : в 4 т. Т. III: Обязательственное право / О. С. Иоффе. – СПб. : Юрид. центр Пресс, 2004. – С. 267.

¹⁵⁷ Відом. Верхов. Ради УРСР. – 1991. – № 46. – Ст. 621.

¹⁵⁸ СП СССР. – 1988. – № 24–25. – Ст. 70.

¹⁵⁹ Там само.

¹⁶⁰ Бюл. норматив. актов министерств и ведомств СССР. – 1975. – № 12.

¹⁶¹ Там само.

Законом можуть бути передбачені особливості регулювання укладення та виконання договорів поставки. Зокрема, поставка продукції для державних потреб регулюється законами «Про державне замовлення для задоволення пріоритетних державних потреб»¹⁶² від 22.12.1995 р., «Про здійснення державних закупівель»¹⁶³ від 01.06.2010 р. Закупка товарів для потреб оборони і національної безпеки України регулюється Законом України «Про державне оборонне замовлення»¹⁶⁴ від 03.03.1999 р. в редакції Закону України від 23.09.2010 р. Відносини з поставки між резидентами та суб'єктами господарювання держав — учасниць СНД регулюються міждержавною Угодою про загальні умови поставок товарів між організаціями держав — учасниць Співдружності Незалежних Держав від 20.03.1992 р.¹⁶⁵, Положенням про порядок поставок і митного оформлення продукції за виробничою кооперацією підприємств і галузей держав-учасниць СНД, затвердженим постановою Кабінета Міністрів України № 323 від 18.05.1994 р.¹⁶⁶

Поставка врегульована також статтями 264–271 Господарського кодексу України¹⁶⁷.

Основною специфічною ознакою поставки, що робить її особливим різновидом договору купівлі-продажу, є характер використання товару покупцем. Товар купується для подальшого його використання у підприємницькій діяльності або в інших цілях, не пов'язаних з особистим, сімейним, домашнім або іншим подібним використанням.

Момент укладення договору поставки не збігається з моментом його виконання, хоча у договорі купівлі-продажу укладення та виконання також можуть не збігатися. Однак саме для договору поставки це є обов'язковою ознакою.

Сторонами договору поставки є продавець (постачальник) і покупець. Продавцем за договором поставки завжди виступає суб'єкт підприємницької діяльності (юридична особа або фізична особа-підприємець), котрий, як правило, одночасно є й виробником товарів. Однак це не є обов'язковою умовою. Покупцем здебільшого також виступає суб'єкт підприємницької діяльності, що обумовлюється характером використання придбаного ним товару. Однак покупцями за договором поставки можуть бути й непідприємницькі товариства, установи тощо (наприклад, навчальні заклади, заклади медичного обслуговування тощо), коли товар набувається ними для забезпечення своєї діяльності (меблі, комп'ютери, обладнання тощо).

Предметом договору поставки є невилучені з цивільного обороту рухомі речі, котрі, як правило, характеризуються родовими ознаками та призначені для подальшого використання у підприємницькій діяльності покупця. Зазвичай, на момент укладення договору товару, щодо якого він укладається, ще немає у наявності, оскільки його виробництво (виготовлення) обумовлюється саме цим договором. При цьому

¹⁶² Відом. Верхов. Ради України. – 1996. – № 3. – Ст. 9.

¹⁶³ Відом. Верхов. Ради України. – 2010. – № 33. – Ст. 471.

¹⁶⁴ Офіц. вісн. України. – 2010. – № 80. – Ст. 2816.

¹⁶⁵ Відом. Верхов. Ради України. – 1993. – № 9. – Ст. 66.

¹⁶⁶ Бюл. законодавства і юрид. практики України. – 1998. – № 4. – С. 297.

¹⁶⁷ Відом. Верхов. Ради України. – 2003. – № 18–22. – Ст. 144.

предмет договору визначається розширено: вказується асортимент (номенклатура), якість, кількість, комплектність товару¹⁶⁸.

Асортимент (номенклатура) — це розподіл товарів за певними групами, зокрема видами, моделями, розмірами, кольорами або іншими ознаками (ст. 671 ЦК). У самому договорі або у специфікації, що додається до нього, визначається кількість товарів кожної групи, що підлягає поставці. Правові наслідки порушення умов договору щодо асортименту товару встановлені у ст. 672 ЦК.

Якість товару, що поставляється, визначається різними способами (ст. 673 ЦК). За правилом якість товару визначається шляхом посилання на стандарти (державні стандарти України, галузеві стандарти, стандарти науково-технічних та інженерних товариств і спілок тощо) та технічні умови. У деяких випадках обов'язкова наявність сертифікатів відповідності, яку повинен забезпечити постачальник (наприклад, для імпортованих харчових продуктів, побутової електротехніки тощо). Такі сертифікати підтверджують відповідність товару вимогам, встановленим законом (ст. 674 ЦК). Сьогодні порядок визначення якості товару регулюється Декретом Кабінету Міністрів України «Про стандартизацію і сертифікацію»¹⁶⁹ від 10.05.1993 р., законами «Про стандартизацію»¹⁷⁰ від 17.05.2001 р., «Про підтвердження відповідності»¹⁷¹ від 17.05.2001 р. Якість товару може визначатися у договорі й іншими способами, зокрема за зразком, за описом тощо.

Як правило, товар має відповідати вимогам щодо якості не тільки у момент його передачі покупцеві, а й протягом певного строку (гарантійного або строку придатності товару). Загальні правила встановлення та обчислення таких строків врегульовані статтями 675–677 ЦК.

Кількість товарів, що постачаються, визначається у договорі у відповідних одиницях виміру (вага, маса, об'єм, штуки тощо) або у грошовому вираженні (ст. 669 ЦК).

У певних випадках предмет договору поставки визначається такою характеристикою, як **комплектність** (ст. 682 ЦК), тобто сукупністю складових частин виробу, які дозволяють використовувати його за призначенням. Зокрема, це передбачається договорами поставки устаткування, складної техніки. Комплектність товару визначається відповідно до стандартів, технічних умов, преїскурантів, умов договору або звичаїв ділового обороту.

Комплектність товару необхідно відрізнити від комплекту товару як певного набору товару у комплекті (ст. 683 ЦК).

Строки поставки. Розрізняють загальний строк поставки, який дорівнює строку дії самого договору, та окремі строки поставки певних партій товару, які звичайно оформлюються відповідним графіком. Окремі строки (періоди) встановлюються для забезпечення рівномірної поставки необхідної кількості товару, для запобігання додатковим витратам, пов'язаним із збереженням товарів, для можливості у разі необхідності змінити умови договору або розірвати його.

Вирішення питання щодо належного строку виконання договору поставки залежить від умов доставки або вибірки товару. Найчіткіше умови поставки товарів від продавця до покупця систематизовано в Міжнародних

¹⁶⁸ Більш детально про асортимент, якість, комплектність та кількість предмета купівлі-продажу див. § 1 цієї глави підручника.

¹⁶⁹ Відом. Верхов. Ради України. – 1993. – № 27. – Ст. 289.

¹⁷⁰ Там само. – 2001. – № 31. – Ст. 145.

¹⁷¹ Там само. – № 32. – Ст. 169.

правилах інтерпретації комерційних термінів¹⁷² (далі — Правила ІНКОТЕРМС), які є сукупністю спеціальних умов, що визначають момент переходу ризиків випадкової загибелі або пошкодження товарів від продавця до покупця, регламентують, хто (продавець чи покупець) організовує перевезення товару, його навантаження, розвантаження, оплачує витрати на страхування товару. Незважаючи на те, що Правила ІНКОТЕРМС розроблено для застосування до зовнішньоекономічних договорів, згідно з Указом Президента України від 4 жовтня 1994 р. № 567/94¹⁷³ ці Правила застосовуються також і при укладенні договорів між резидентами.

Ціна. Ціна товару, як правило, визначається за домовленістю сторін у договорі (вільні ціни). Останні встановлюються на всі види товарів, за винятком тих, за якими здійснюється державне регулювання цін. Таке регулювання здійснюється шляхом встановлення державних фіксованих цін, граничних їх рівнів або граничних відхилень від державних фіксованих цін¹⁷⁴. Зокрема, державне регулювання цін на продукцію виробничо-технічного призначення та товари народного споживання здійснюється щодо суб'єктів природних монополій.

Зміст договору поставки становлять права та обов'язки сторін. Основний обов'язок продавця — поставити товар покупцю у встановлений договором строк (строки). При цьому товар має відповідати визначеним у договорі вимогам щодо кількості, якості, асортименту та комплектності. Покупець зобов'язаний прийняти і оплатити товар. Отже, у покупця виникає грошове зобов'язання.

Майнова відповідальність сторін визначається чинним законодавством, що не перешкоджає сторонам самостійно врегулювати її у договорі.

У ЦК **форма** договору поставки не врегульована спеціальними нормами. Отже, при укладенні цього договору необхідно дотримуватися загальних вимог щодо форми правочинів (статті 205–208 ЦК).

§ 5. Договір контрактації сільськогосподарської продукції

Поняття договору контрактації. Забезпечення населення продовольством, а переробних підприємницьких товариств необхідною сировиною значною мірою залежить від чіткості налагодженої системи договірних відносин із закупівлі сільськогосподарської продукції (далі - сільгосппродукції) у її виробників, які можуть самостійно реалізовувати останню за договорами через біржі, заготівельні та посередницькі організації.

При цьому в міру налагодження діяльності спеціалізованих аграрних бірж закупівля певної частини сільгосппродукції може здійснюватись шляхом торгів ф'ючерсними та форвардними контрактами. Між тим біржова торгівля ще не досягла належного рівня і тому заготівельні та інші організації закуповують її безпосередньо у виробників за договором контрактації.

За договором контрактації сільгосппродукції виробник сільськогосподарської продукції зобов'язується виробити визначену договором сільськогосподарську продукцію і передати її у власність заготівельникові (контрактанту) або визначеному ним одержувачеві, а заготівельник зобов'язується

¹⁷² Уряд. кур'єр (Орієнтир). – 2002. – № 63–68.

¹⁷³ Уряд. кур'єр. – 1994. – № 154–155.

¹⁷⁴ Про ціни і ціноутворення [Текст] : Закон УРСР від 03.12.1990 р. // Відом. Верхов. Ради УРСР. – 1990. – № 52. – Ст. 650.

прийняти цю продукцію та оплатити її за встановленими цінами відповідно до умов договору (ч. 1 ст. 714 ЦК).

До відносин за договором контрактації застосовуються загальні положення про купівлю-продаж та положення про договір поставки, якщо інше не встановлено договором або законом (ч. 2 ст. 713 ЦК).

Договір контрактації — **двосторонній, оплатний, консенсуальний**. Сторонами у цьому договорі виступають **виробник та заготівельник** (контрактант) сільгосппродукції. У ролі виробника частіше за все виступають сільськогосподарські організації, тобто господарські товариства, виробничі кооперативи, фермерські господарства тощо, які здійснюють підприємницьку діяльність з вирощування та виробництва сільгосппродукції. При цьому для договору контрактації не має значення правовий статус особи, яка реалізує таку продукцію. Головне полягає у тому, що така особа реалізує сільськогосподарську продукцію, вирощену і вироблену у власному господарстві. Тому немає законодавчих перешкод для того, щоб відносити до договорів контрактації також договори на реалізацію громадянами сільгосппродукції, вирощеної чи виробленої ними на присадибних або дачних ділянках.

Що стосується заготівельника, то це можуть бути юридичні особи у формі підприємницьких товариств (заготівельних, переробних, торговельних тощо) або фізичні особи — підприємці, які здійснюють професійну діяльність із закупівлі сільгосппродукції для подальшого її продажу чи переробки.

Трапляються випадки, коли заготівельник видає виробнику так звану відвантажувальну рознарядку про відправку продукції не за своєю адресою, а за адресою одержувача, з яким він перебуває у договірних відносинах (поставки).

Предметом договору контрактації є сільгосппродукція, вирощена і вироблена у господарстві її виробника у сирому вигляді або така, що пройшла первинну обробку. Це стосується насамперед нестандартної плодоовочевої та іншої продукції, яка швидко втрачає свої якості. Але сторони можуть передбачати також, що в рахунок виконання зобов'язання щодо здачі виробником продукції у сирому вигляді він продає частину продукції у переробленому вигляді.

Договір контрактації на практиці спрощує механізм оформлення відносин стосовно того випадку, коли не тільки треба виростити сільгосппродукцію, а також її переробити і направити споживачеві. Так, якщо укладається договір між заготівельником і підприємницьким товариством на сільгосппродукцію у сирому вигляді, за правилом це — договір поставки. Для того щоб реалізувати вже перероблену продукцію, треба також було б укласти новий договір поставки. Щоб уникнути укладення двох договорів з одним виробником: і на реалізацію сільгосппродукції у сирому вигляді, і окремо у переробленому, — укладають договір контрактації. Але це не свідчить про неможливість для сторін самостійно обирати правову форму реалізації сільгосппродукції. Це може бути купівля-продаж, контрактація або поставка.

Умови укладення та виконання договору контрактації. Умовами договору контрактації є: кількість та асортимент сільгосппродукції, якість, ціна, строки, порядок і умови доставки, вимоги до тари й упакування, порядок розрахунків, місце здачі-прийняття сільгосппродукції, взаємна майнова відповідальність сторін за порушення договору та інші умови, які сторони мають передбачити у договорі.

Договір контрактації повинен бути укладений у письмовій формі. Виробник сільгосппродукції передає заготівельнику вироблену продукцію в кількості і асортименті, передбаченому у договорі контрактації.

Продукція, яка передається виробником, за якістю повинна відповідати стандартам, правилам ветеринарного та санітарного нагляду. Отже, заготівельник має право або відмовитися від недоброякісної продукції або прийняти за ціною її дійсної якості.

У договорі контрактації однією з важливих умов є строк здачі сільгосппродукції заготівельникові. У ряді випадків беруться до уваги особливості сільськогосподарського виробництва, кліматичні умови регіону, умови

переробки і зберігання продукції. Невід'ємною частиною договору є графіки доставки, які погоджуються між сторонами і конкретизують строки здачі продукції. Днем виконання виробником зобов'язань за договором вважається дата складення приймально-здавального документа під час здачі продукції у виробника або на приймально-здавальному пункті заготівельника, а у разі відвантаження її одержувачеві — день здачі продукції транспортній організації.

За договором контрактації сторони пов'язані взаємними правами та обов'язками. Відповідно до ст. 713 ЦК заготівельник зобов'язаний прийняти сільгосппродукцію у виробника і забезпечити її вивіз, якщо інше не передбачено договором. При прийнятті продукції, що здійснюється у місті знаходження заготівельника або в іншому зазначеному ним місці, заготівельник не має права відмовитися від прийняття продукції, якщо вона відповідає умовам договору і передана в зазначений договором строк. Вивіз, експедирування та розвантаження сільгосппродукції проводиться за рахунок заготівельника, якщо інше не передбачено домовленістю сторін.

Заготівельник повинен за одержану виробником сільгосппродукцію повністю і своєчасно розрахуватися. При укладенні договору контрактації використовуються орієнтовані стартові закупівельні ціни. Останні індексуються у зв'язку з інфляційними процесами, що обов'язково обумовлюються у договорі.

Відповідальність сторін за порушення договору контрактації. Майнова відповідальність сторін за невиконання або неналежне виконання договору контрактації передбачається у формі неустойки або відшкодування збитків.

За невиконання договору за кількістю, асортиментом і строками здачі сільгосппродукції виробники сплачують заготівельникам неустойку, розмір якої встановлюється у договорі у відсотковому відношенні до вартості недопоставленої продукції за цінами, обумовленими у договорі, з урахуванням їх індексації у зв'язку з інфляцією.

У сфері контрактації діє вимога реального виконання зобов'язань: кількість продукції, не зданої виробником у встановлений договором строк, повинна бути здана в інші строки, які погоджуються сторонами і зараховуються у період їх фактичної здачі. Винятком є такі види продукції, виробництво яких має сезонний характер і поновлення не зданої їх кількості неможливе. Штраф за нездачу виробником продукції обчислюється, виходячи лише з вартості продукції, не зданої у попередньому періоді.

З виробника не може бути стягнуто штраф за неналежну якість продукції, якщо інше не передбачено інструкціями, правилами про порядок проведення закупівель або за домовленістю сторін у договорі встановлені санкції за таке порушення. Заготівельник відповідає за неналежну якість продукції перед одержувачем (споживачем) як сторона у договорі поставки, але він може бути звільнений від відповідальності у випадку, коли виробник, не пред'явивши продукцію заготівельникові для приймання, відвантажив її одержувачеві.

Заготівельник відповідає за невиконання зобов'язання з приймання продукції. Він сплачує виробникові неустойку в такому самому розмірі, в якому виробник відповідає за несвоєчасну здачу продукції.

Майнова відповідальність сторін за порушення умов договору контрактації будується на принципі вини, яка презюмується (статті 616, 617 ЦК).

Сторона у договорі контрактації, яка порушила зобов'язання, звільняється від відповідальності, якщо доведе, що це порушення сталося внаслідок випадку або непереборної сили, до котрої відносять стихійні лиха чи інші несприятливі умови виробництва сільгосппродукції. Питання стосовно того, чи є певна обставина стихійним лихом, вирішується згідно з правилами, що застосовуються при страхуванні майна сільгоспвиробника. До інших несприятливих умов відносять природні та інші об'єктивні фактори, які свідчать про відсутність вини виробника, зокрема масове інфекційне захворювання тварин. Доказами на

підтвердження цих обставин можуть бути висновки Державної інспекції із заготівель та якості продукції, довідки ветеринарної служби, довідки метеослужби, акти страхової компанії тощо.

§ 6. Постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу

Людина з «перших днів» свого існування й формування деякої подобі суспільства мала потребу в споживанні природних ресурсів («дарунків природи») у найрізноманітніших їх формах. Потреба в теплі й світлі задовольнялася за допомогою придбання і подальшого використання різних речей, підданих горінню, — паливних матеріалів. Інтенсивний розвиток промисловості, початий в Європі в XVIII-XIX сторіччях, що одержав виразну назву «промислової революції», посилення процесу урбанізації європейських і північноамериканських держав вимагало від науки і техніки вирішення спектра проблем, пов'язаних з дефіцитом і дорожнечою традиційних у ту епоху джерел енергії, необхідністю забезпечення безперервного постачання промисловості і населення спочатку тепловою, а потім і електричною енергією, газом. Науково-технічний геній Людини блискуче впорався з поставленою задачею, у результаті чого практично неможливо уявити нормальний розвиток світової економіки, і економіки України в тому числі, без галузі, що вже стала органічною її частиною, — енергетики. Життя сучасної, «мінімально цивілізованої» людини вже немислиме без значного числа електричних і електронних предметів і пристроїв, що забезпечують комфортні умови її проживання в найрізноманітніших кліматичних зонах, задоволення побутових потреб, доступ до систем комунікації й інформації. Послідовний і ритмічний розвиток промисловості і сфери обслуговування в даний час не можна уявити без ефективного і безупинного енерго- і газопостачання, значення яких надзвичайно велике вже не тільки для нормальної життєдіяльності населення окремих держав, але і цілих регіонів та континентів.

Непрямым підтвердженням викладеної тези є укладення 17.12.1991 р. у Гаазі Європейської енергетичної хартії (далі — Хартія). Прийняття зазначеного міжнародно-правового договору обумовлено усвідомленням того, що розширення енергетичного співробітництва між країнами — учасницями Хартії (однією з яких є й Україна) є необхідною умовою економічного прогресу та — у більш широкому плані — соціального розвитку і підвищення якості життя громадян та переконанням у першорядній важливості створення ефективних енергетичних систем у галузі виробництва, перетворення, транспортування, розподілу і використання енергії в інтересах надійності енергопостачання й охорони навколишнього середовища, забезпечуючи тим самим енергетичну та екологічну безпеку держав, що приєдналися до Хартії. З метою формування відповідного правового простору і сприяння довгостроковому співробітництву у сфері енергетики на основі взаємодоповнюваності і взаємної вигоди, відповідно до цілей і принципів Хартії в Лісабоні 17.12.1994 р. був укладений Договір до Енергетичної Хартії.

Поняття та види договору постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу. Порівняння з іншими договорами. Зі створенням відповідних технічних пристроїв, що забезпечують виробництво, безупинне транспортування і споживання енергії й енергоносіїв виникла можливість залучити їх до економічного обігу у статусі товару. У свою чергу повсюдне використання електричної і теплової енергії, газу, нафти викликало до життя необхідність регламентації відносин по забезпеченню енергією та іншими ресурсами через приєднану мережу. Зазначену функцію виконує договір постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу.

Необхідно зазначити, що в Цивільному кодексі УРСР 1963 року були відсутні норми, присвячені договору постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу, а надзвичайно поширені і складні правовідносини, пов'язані з подачею і споживанням енергетичних та інших ресурсів, у яких беруть участь практично всі суб'єкти цивільного права, регулювалися підзаконними нормативно-правовими актами. У новому Цивільному кодексі України 2003 року (далі — ЦК) вищезазначена прогалина усунута. Норми, присвячені договору постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу, зосереджені в § 5 глави 54 книги 5 ЦК. У частині, що не суперечить ЦК, діють спеціальні нормативно-правові акти¹⁷⁵, а з огляду на те, що на ринку постачання деяких видів ресурсів функціонують природні монополії, то варто брати до уваги і деякі локально-правові акти, прийняті зазначеними суб'єктами цивільного права¹⁷⁶.

За договором постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу одна сторона (постачальник) зобов'язується надавати другій стороні (споживачеві, абонентові) енергетичні та інші ресурси, передбачені договором, а споживач (абонент) зобов'язується оплачувати вартість прийнятих ресурсів та дотримуватись передбаченого договором режиму її використання, а також забезпечити безпечну експлуатацію енергетичного та іншого обладнання (ч.1 ст. 714 ЦК). Даний договір є консенсуальним, двостороннім і оплатним.

У § 5 глави 54 ЦК відсутні норми, що визначають договір постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу як публічний. Проте згідно з ч. 3 ст. 714 ЦК законом можуть бути передбачені особливості укладення та виконання договору постачання енергетичними та іншими ресурсами, а відповідно до ч. 6 ст. 24 Закону України «Про електроенергетику» від 16.10.1997 р. *енергопостачальники, що здійснюють постачання електричної енергії на закріпленій території, не мають права відмовити споживачу, який розташований на такій території, в укладенні договору на постачання електричної енергії, крім випадків, якщо відсутня технічна можливість.* Таким чином, аналіз вищевказаних норм дозволяє стверджувати, що такий різновид договору постачання енергетичними та іншими ресурсами, як договір постачання електричної енергії, слід відносити до *публічних договорів*.

Договір постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу потрібно відносити до групи (типу) договорів про передачу речей у власність і розглядати як *різновид договору купівлі-продажу*. Подібний висновок можливо зробити в силу таких аргументів. *По-перше*, зобов'язання, що породжується аналізованим договором, містить всі ознаки зобов'язання про передачу речей у власність: одна сторона (постачальник) передає за плату іншій стороні (абоненту) товар (енергетичні та інші ресурси). *По-друге*, норми, присвячені досліджуваному договору, містяться у § 5 глави 54 ЦК, що називається «Купівля-продаж». *По-третє*,

¹⁷⁵ Див., наприклад: Закон України «Про електроенергетику» від 16 жовтня 1997 р. № 575/97-ВР (із змінами і доповненнями, внесеними законами України з 2000 по 2011 р.; додатково див. Рішення Конституційного Суду України від 12 лютого 2002 р. № 3-рп/2002); Закон України «Про енергозбереження» від 1 липня 1994 р. / № 74/94 ВР (із змінами і доповненнями, внесеними законами України з 1999 по 2008 р.); Правила користування електричною енергією для населення, затверджені постановою Кабінету Міністрів України від 26 липня 1999 р. № 1357 (із змінами, внесеними постановами Кабінету Міністрів України з 2000 по 2009 р.); Правила користування електричною енергією, затверджені постановою Національної комісії регулювання електроенергетики України (далі – НКРЕ) від 31.07.1996 р. № 28 (із змінами, внесеними згідно з постановами НКРЕ з 1999 по 2010 р.); Правила надання населенню послуг з газопостачання, затверджені постановою Кабінету Міністрів України від 9 грудня 1999 р. № 2246 (із змінами, внесеними згідно з постановами Кабінету Міністрів України з 2001 по 2010 р.); Правила подачі та використання природного газу в народному господарстві України, затверджені наказом Державного комітету нафтової, газової та нафтопереробної промисловості України (далі – Держкомнафтогаз України) від 1 листопада 1994 р. № 355 (із змінами, внесеними згідно з наказами Держкомнафтогаз України та Міністерства палива та енергетики з 1995 по 2006 р.); наказ Міністерства палива та енергетики України та Державного комітету України з питань житлово-комунального господарства від 21.01.2003 р. № 18/12 «Про скасування спільного наказу Міненерго та Держбуду України “Про затвердження Правил користування тепловою енергією” від 28.10.99 р. № 307/262».

¹⁷⁶ Див., наприклад: Порядок доступу до газотранспортної системи, затверджений наказом Національної акціонерної компанії (далі – НАК) «Нафтогаз України» від 26.03.2001 р. № 79; Типовий договір про надання послуг з газопостачання підприємствам комунальної теплоенергетики, затверджений наказом НАК «Нафтогаз України» № 75 від 18.03.2002 р.

відповідно до ч. 2 ст. 714 ЦК до договору постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу застосовуються загальні положення про купівлю-продаж, положення про договір постачання, якщо інше не встановлено законом або не впливає із суті відносин сторін. Отже, правило про субсидіарне застосування до відносин із постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу загальних положень про купівлю-продаж свідчить про однозначну позицію законодавця з даного питання.

Разом з тим договору постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу притаманна значна кількість специфічних рис, наявність яких довгий час була підставою для дискусії про його правову природу.

Деякі дослідники пропонували відносити договір постачання електричної енергії (як різновид договору постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу) до договорів підрядного типу, стверджуючи, що оскільки електричну енергію неможливо кваліфікувати як річ, то при її передачі споживачу постачальник (електростанція) виконує роботу¹⁷⁷. Але змісту договору підряду притаманна низка прав і обов'язків, що не властиві договору постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу, і дозволяють віднести перший до самостійного типу договорів про виконання робіт. До них належать обов'язки підрядника виконувати роботи за завданням замовника, іноді зі своїх матеріалів, у встановлений строк, яким кореспондує право замовника в будь-який час перевіряти хід, якість і строки виконання робіт, не втручаючись у діяльність підрядника. Споживач (абонент) укладає договір постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу з метою одержання від постачальника певного товару — енергетичних чи інших ресурсів. Участь постачальника в їх виробництві (створенні, видобутку) споживача не цікавить. Крім того, варто погодитися із С. М. Корнеєвим, який стверджував, що енергія як продукція відповідної галузі промисловості — енергетики має економічні ознаки товару (собівартість, ціна) і саме в цій якості може бути об'єктом цивільних правовідносин, у тому числі і права власності¹⁷⁸.

У часи, коли в науці, а слідом за нею й у законодавстві, договір постачання розглядався як самостійний, відмінний від купівлі-продажу договір, ряд авторів відносили договір постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу до різновидів договору постачання. Б. М. Сейнаровєв стверджував, що договір постачання електроенергії за характером відносин, що опосередковуються ним, за основними правами й обов'язками сторін не має принципових відмінностей від договору постачання, у зв'язку з чим договір постачання енергії варто відносити до договірних типу постачання¹⁷⁹. Однак як у той час, так і на сучасному етапі розвитку цивілістики, коли адміністративно-командна система і планова економіка поступилися місцем ринковим відносинам, «самостійність» договору постачання викликала сумнів і зазнавала критики в науковій літературі. Позиція законодавця, що розмістив норми щодо постачання у § 3 глави 54 «Купівля-продаж» ЦК, з даного питання є недвозначною. Необхідно зазначити також, що для договору постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу специфічний об'єкт відносин (енергетичні й інші ресурси) і спосіб подачі і споживання енергетичних та інших ресурсів є серед найважливіших особливостей, що впливають і на зміст договірних відносин. Подібний об'єкт і спосіб виконання договірних обов'язків невластивий зобов'язанням, що породжені договором постачання. І, нарешті, у літературі наводились істотні

¹⁷⁷ Див.: Агарков, М. М. Подряд: текст и комментарии к статьям 220–235 Гражданского кодекса [Текст] / М. М. Агарков. – М., 1924. – С. 13–14.

¹⁷⁸ Корнеев, С. Юридическая природа договора энергоснабжения [Текст] / С. Корнеев // Закон. – 1995. – № 7. – С. 118.

¹⁷⁹ Сейнаровєв, Б. М. Правовое регулирование снабжения электроэнергией социалистических предприятий и организаций [Текст] / Б. М. Сейнаровєв. – М., 1971. – С. 18–19.

і достатні доводи на користь розмежування договору постачання і договору постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу¹⁸⁰.

Варто згадати ще про одну точку зору, прихильники якої звертали увагу на особливості договору постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу, які, на їх погляд, роблять його якісно відмінним від усіх інших договорів і дозволяють визнати його самостійним, особливим видом договору в системі договорів цивільного права¹⁸¹. Але і вищевикладений погляд на правову природу договору постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу не знайшов широкої підтримки серед учених, а з урахуванням змін, що відбулися в економіці, і розвитку науки цивільного права був підданий аргументованій критиці¹⁸².

Найбільше поширення одержала позиція, відповідно до якої договір постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу, «будучи окремим видом договору купівлі-продажу, відноситься до нього як вид до роду»¹⁸³. Зазначеного погляду на аналізований договір дотримується і вітчизняний законодавець, про що вже було згадано. Подібний висновок також ґрунтується на значних **відмінностях договору постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу від інших різновидів договору купівлі-продажу**.

По-перше, для укладення договору постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу необхідна наявність в абонента відповідних технічних засобів, що являють собою *технічні передумови укладення договору*: а) власна мережа (газопроводи, нафтопроводи, теплопроводи, електропроводи та ін.), приєднана до мережі постачальника; б) прилади обліку споживаних ресурсів, регулююча апаратура, перетворюючі пристрої (трансформаторні підстанції та ін.); в) споживаючі установки й агрегати. Постачальник, крім того, вправі давати дозвіл на підключення технічних пристроїв абонента до своєї мережі і регулярно контролювати їхню роботу протягом договірних відносин. *Постачальник також зобов'язаний мати технічне устаткування і засоби (приєднану мережу), необхідні для транспортування і подачі енергетичних та інших ресурсів абоненту*.

По-друге, аналізований договір, на відміну від інших видів договору купівлі-продажу, *не породжує обов'язку абонента прийняти ресурси, тобто обумовлену кількість товару*. А постачальник, у свою чергу, зобов'язується постійно подавати товар (ресурси) у мережу таким чином, щоб в абонента була можливість одержувати їх у будь-який час.

По-третє, договір постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу породжує обов'язки абонента, що не характерні для інших видів зобов'язань купівлі-продажу, а саме: *дотримуватись*

¹⁸⁰ Див.: Корнеев, С. М. Договор о снабжении электроэнергией между социалистическими организациями [Текст] / С. М. Корнеев. – С. 96–102; Брагинский, М. И. Договорное право: Общие положения [Текст] / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. – М., 1997. – С. 142–144.

¹⁸¹ Див.: Корнеев, С. М. Договор о снабжении электроэнергией между социалистическими организациями [Текст] / С. М. Корнеев. – С. 105; Шафир, А. М. Энергоснабжение предприятий: правовые вопросы [Текст] / А. М. Шафир. – М., 1990. – С. 7.

¹⁸² Див.: Корнеев, С. Юридическая природа договора энергоснабжения [Текст] / С. Корнеев // Закон. – 1995. – № 7. – С. 119; Брагинский, М. И. Договорное право: Общие положения [Текст] / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. – М.: Статут, 2000. – С. 142–144.

¹⁸³ Брагинский, М. И. Договорное право: Общие положения [Текст] / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. – М., 1997. – С. 224; Демидова, З. Договор энергоснабжения [Текст] / З. Демидова // Закон. – 2001. – № 11. – С. 24–28; Сейнаров, Б. М. Договор энергоснабжения [Текст] / Б. М. Сейнаров // Вестн. ВАС РФ. – 2000. – № 6–7. – С. 128–141, 116–124; Корнеев, С. Юридическая природа договора энергоснабжения [Текст] / С. Корнеев // Закон. – 1995. – № 7. – С. 118–121.

передбаченого договором режиму використання ресурсів, а також забезпечити безпечну експлуатацію енергетичного та іншого обладнання.

Договір постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу за таким критерієм, як предмет договору, може бути диференційований на наступні **види**: *договір постачання електричної енергії, теплової енергії, газу, нафти, нафтопродуктів, води* та ін.

Залежно від суб'єктного складу договору може бути особливо виділений різновид *договору постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу, в якому на стороні споживача (абонента) беруть участь фізичні особи*, що уклали договір для задоволення своїх побутових потреб. Специфіка даного договору полягає в особливому характері прав і обов'язків сторін і в особливостях формування ціни договору. Слід зазначити, що остання класифікаційна ознака дозволяє виділити такі **різновиди договору постачання електричної енергії**, як:

а) *договір на перетік електроенергії*, за яким один постачальник (енергосистема) подає електроенергію не споживачу, а іншому постачальнику (енергосистемі), що зобов'язаний оплатити отримані ресурси. Особливістю даного договору є допущення реверсивної передачі електроенергії (тобто перетік електроенергії в обох напрямках): як у бік приймаючої (основний напрям), так і у бік передавальної енергосистеми (в окремі періоди, передбачені договором)¹⁸⁴.

б) *договір на живлення енергосистем від блок-станцій* (електростанцій, що належать споживачеві, працюють в об'єднаній енергетичній системі України і підпорядковуються її диспетчерському управлінню¹⁸⁵), відповідно до якого організація, що має блок-станцію, зобов'язана відпускати енергосистемі електроенергію у межах максимальної потужності й у кількостях, обумовлених договором, а енергосистема зобов'язується вибрати передбачену договором кількість енергії й оплатити її¹⁸⁶;

в) *договір про взаємне резервування електропостачання*, за яким два абоненти (промислових споживачі) зобов'язуються забезпечити безперебійне живлення один одного електроенергією у випадку, якщо хто-небудь з них не зможе одержувати її через приєднану мережу від постачальника¹⁸⁷.

Елементи договору постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу.
Сторонами договору постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу виступають *постачальник та абонент (споживач)*.

Постачальником може бути суб'єкт підприємницької діяльності (як правило — юридична особа¹⁸⁸), що здійснює постачання (продаж) енергетичних та інших ресурсів споживачам, який відповідно до п. 6 ч. 1 та пп. 14, 15, 42 ч. 3 ст. 9 Закону України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності» від 01.06.2000 р. та ст. 13 Закону України «Про електроенергетику» повинен мати ліцензію на здійснення цього виду діяльності.

¹⁸⁴ Див.: Сейнаров, Б. М. Правовые вопросы договора на снабжение электроэнергией предприятий и организаций [Текст] / Б. М. Сейнаров. – Алма-Ата, 1975. – С. 8–23.

¹⁸⁵ Див., наприклад, абз. 8 п. 1.2 Правил користування електричною енергією, затверджених постановою НКРЕ від 31.07.1996 р. № 28 (із змінами та доповненнями).

¹⁸⁶ Див.: Сейнаров, Б. М. Правовые вопросы договора на снабжение электроэнергией предприятий и организаций [Текст] / Б. М. Сейнаров. – Алма-Ата, 1975. – С. 24–25.

¹⁸⁷ Див.: Шафир, А. М. Энергоснабжение предприятий: правовые вопросы [Текст] / А. М. Шафир. – М., 1990. – С. 10.

¹⁸⁸ Слід зазначити, що в значній частині нормативно-правових актів, що регулюють відносини по постачанню енергетичних і інших ресурсів, при визначенні постачальника мова йде про організацію, тобто юридичну особу. Однак аналіз зазначених правових актів не дозволяє знайти імперативної заборони укладати досліджувані договори фізичним особам у статусі постачальника.

Абонентом (споживачем) за договором можуть бути як фізичні, так і юридичні особи, що володіють відповідними технічними засобами для одержання, споживання, обліку і (чи) передачі енергетичних та інших ресурсів¹⁸⁹.

Правилами користування електричною енергією, затвердженими постановою Національної комісії регулювання електроенергетики України (далі — НКРЕ) від 31.07.1996 р. № 28 (зі змінами та доповненнями), передбачається можливість участі у відносинах по постачанню електроенергії *субспоживачів*, до яких згідно з абз. 79 п. 1.2 вказаних правил відносять «споживачів, яким електрична енергія постачається постачальником електричної енергії через мережі електропередавальних організацій та технологічні електричні мережі основного споживача, до мереж якого приєднані електроустановки споживача (субспоживача)». При цьому відповідно до абз. 17, 18 п. 1.2 і пп. 1.5–1.8 зазначених правил *субспоживач може задовольнити свої потреби в електроенергії, лише уклавши два договори: а) договір постачання електроенергії з постачальником і б) договір про спільне використання технологічних електричних мереж основного споживача, який визначений як «домовленість двох сторін (основного споживача і субспоживача або постачальника електричної енергії), що є документом певної форми, який встановлює зміст та регулює правовідносини між сторонами під час передачі електричної енергії технологічними мережами основного споживача для потреб субспоживача, електропередавальної організації або постачальника електричної енергії». Предметом останнього договору є технологічні електромережі основного споживача, а метою договору є надання субспоживачу права користування чужими електромережами.*

Предметом договору постачання енергетичними та іншими ресурсами є а) *енергетичні ресурси (енергія)* та б) *інші ресурси*.

Цивільно-правова природа енергії, як об'єкта цивільних правовідносин викликала суперечки. Ряд дослідників стверджували, що «енергію неможливо віднести до таких об'єктів прав, як речі у значенні предметів матеріального світу»¹⁹⁰. Інші вчені безапеляційно визначали енергію як рухому, просту, ділену, споживану річ, визначену родовими ознаками¹⁹¹. Погоджуючись з останньою позицією, пропонуємо деякі аргументи на її користь. Під енергією слід розуміти загальну кількісну міру різних форм руху матерії¹⁹², певну властивість матерії, що полягає в здатності здійснювати корисну роботу¹⁹³. Якщо взяти до уваги, що у Всесвіті вся матерія перебуває в постійному русі, то можливо резюмувати, що енергія — це форма матерії. А якщо врахувати устояне в цивілістиці уявлення про річ як предмет (об'єкт) матеріального світу, що має економічну

¹⁸⁹ Більш докладно про згадані технічні засоби, що являють собою технічні передумови укладення договору постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу, див. трохи вище.

¹⁹⁰ Корнеев, С. Юридическая природа договора энергоснабжения [Текст] / С. Корнеев // Закон. — 1995. — № 7. — С. 118; Агарков, М. М. Подряд: текст и комментарии к статьям 220–235 Гражданского кодекса [Текст] / М. М. Агарков. — М., 1924. — С. 13–14.

¹⁹¹ Див.: Гражданское право [Текст] : учебник : в 3 т. — Изд. 2-е, перераб. и доп. / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. — М. : Проспект, 1999. — Т. 2. — С. 76.

¹⁹² Див.: Советский энциклопедический словарь [Текст] / науч.-ред. совет: А. М. Прохоров, М. С. Гиляров, Е. М. Жуков и др. — М. : Сов. энцикл., 1980. — С. 1564.

¹⁹³ Див.: Корнеев, С. Юридическая природа договора энергоснабжения [Текст] / С. Корнеев // Закон. — 1995. — № 7. — С. 118.

форму товару¹⁹⁴, то справедливим буде висновок про те, що *енергія являє собою специфічну споживану річ, визначену родовими ознаками*.

Разом з тим, незважаючи на вищевикладену полеміку, в юридичній літературі енергія розглядається як економічне благо, якому властива самостійна цінність і яке відповідає економічним ознакам товару, що дозволяє відносити її до об'єктів цивільних правовідносин. А відповідно до абз. 2 ст. 1 Закону України «Про електроенергетику» *енергія визначається як електрична чи теплова енергія, що виробляється на об'єктах електроенергетики і є товарною продукцією, призначеною для купівлі-продажу*. Теплова енергія поставляється як горяча вода чи пара, електроенергія — у виді як електричний струм.

Згідно з ст.714 ЦК предметом договору постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу є також *«інші ресурси»*. У законі не міститься їх вичерпний перелік, тому до зазначеного різновиду предмета аналізованого договору варто відносити *будь-які ресурси, що мають форму товару, передача і споживання яких абонентом можливі за допомогою спеціальної приєднаної мережі* (газ, нафта, вода та ін.). Обороти ресурсів можливий і без використання приєднаної мережі (наприклад, нафта поставляється в цистернах, газ — у балонах, вода — у пляшках, електроенергія — в акумуляторах), але в такому випадку він буде регламентований положеннями договорів купівлі-продажу чи постачання.

На формування *ціни договору* постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу істотно впливає той факт, що значна частина ринку постачань енергетичних та інших ресурсів перебуває в стані природної монополії. Відповідно до ч.1 ст. 5, абз. 2 ст. 8 Закону України «Про природні монополії» від 20.04.2000 р. діяльність суб'єктів природних монополій у сфері постачання електричної та теплової енергії, газу, нафти, води підлягає державному регулюванню, до предмета якого належать, зокрема, ціни (тарифи) на товари, що виробляються (реалізуються) суб'єктами природних монополій. У такий спосіб *ціна договору постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу формується з урахуванням тарифів, затверджених і регульованих уповноваженими органами державної влади чи місцевого самоврядування, розмір яких залежить від виду абонента (споживача)*.

За загальним правилом *строк договору* постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу встановлюється за згодою сторін, але для окремих видів зазначеного договору строк може бути визначений у підзаконних нормативно-правових актах. Так, наприклад, згідно з п. 28 Типового договору про користування електричною енергією, що затверджений постановою Кабінету Міністрів України «Про затвердження Правил користування електричною енергією для населення» від 26.07.1999 р. №1357 (зі змінами та доповненнями) цей договір укладається на три роки. Підзаконні і локальні правові акти, що регулюють відносини з постачання енергетичних та інших ресурсів, містять правила про строки, покликані забезпечити безперебійне живлення абонентів ресурсами, відповідно до яких договір вважається продовженим на новий строк, якщо до його закінчення жодною зі сторін не буде заявлено про припинення дії або перегляд умов договору¹⁹⁵.

¹⁹⁴ Цивільне право України [Текст] : підруч. для студ. юрид. спец. вищ. закл. освіти – Ч. 1 / Ч. Н. Азімов, М. М. Сібільов, В. І. Борисова та ін. ; за ред. Ч. Н. Азімова, С. Н. Приступи, В. М. Ігнатенка. – Х. : Право, 2000. – С. 115; Гражданское право [Текст] : учебник : в 2 т. / под ред. Е. А. Суханова. – Изд. 2-е, перераб. и доп. – М. : БЕК, 1998. – Т. 1. – С. 300; Гражданское право [Текст] : учебник : в 3 т. // под. ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. – Изд. 4-е, перераб. и доп. – М. : Проспект, 1999. – Т. 1. – С. 219.

¹⁹⁵ Див., наприклад, п. 28 Типового договору про користування електричною енергією, що затверджений постановою Кабінету Міністрів України «Про затвердження Правил користування електричною енергією для населення» від 26 липня 1999 р. № 1357; п. 10.4 Типового договору про постачання електричної енергії, що затверджений постановою НКРЕ «Про затвердження Правил користування електричною енергією» від 31.07.1996 р. № 28; п. 11 Типового договору про надання послуг з газопостачання підприємствам комунальної теплоенергетики, затвердженого наказом НАК «Нафтогаз України» № 75 від 18.03.2002 р.

Нормами, що містяться у § 5 глави 55 ЦК, не визначається *форма договору* постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу, отже, вона повинна відповідати загальним вимогам, що пред'являються до форми правочинів.

Зміст договору постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу. *Основними обов'язками постачальника є безупинне, з дотриманням погодженого режиму (графіка), надання абоненту енергетичних та інших ресурсів, передбачених договором, у визначеній кількості і встановленої якості.*

На відміну від інших різновидів договору купівлі-продажу, у яких повинно бути точно визначена кількість товару, що купується, у *договорі постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу вказується орієнтована (як правило, гранична, максимальна) кількість енергетичних та інших ресурсів, що необхідні абоненту.*

Відповідно до п. 2.1 Правил подачі та використання природного газу в народному господарстві України, затверджених наказом Держкомнафтогазу України від 01.11.1994 р. №355 (із змінами та доповненнями), кількість природного газу, передбаченого для постачання, визначається договором відповідно до затверджених для газопостачальних, газозбутових організацій і споживачів річних і квартальних лімітів. Місячні ліміти постачання природного газу споживачам встановлюються на підставі квартальних лімітів, виходячи із середньодобової норми споживання природного газу. Кількість постачання природного газу комунально-побутовим споживачам, у тому числі для населення в I, II і IV кварталах року, встановлюються Кабінетом Міністрів України нерівномірно по місяцях з урахуванням ресурсів, кліматичних умов і пропускнуої спроможності газопроводів.

Згідно з п.4.2 Правил користування електричною енергією, затверджених постановою НКРЕ від 31.07.1996 р. № 28 (зі змінами та доповненнями), відомості про обсяги очікуваного споживання електричної енергії в наступному році з помісячним або поквартальним розподілом подаються споживачами постачальнику електричної енергії за регульованим тарифом у термін, обумовлений договором. Пропозиції споживача щодо необхідного йому обсягу електричної енергії та строків постачання є пріоритетними для оформлення договірних величин споживання електричної енергії за наявності виробничих можливостей у постачальника електричної енергії. У разі потреби постачальник електричної енергії може вимагати від споживача надання обґрунтування очікуваних обсягів споживання. Розмір очікуваного споживання електричної енергії визначається та вказується для кожної площадки вимірювання.

Характерний для всіх інших різновидів договору купівлі-продажу обов'язок покупця прийняти товар не властивий для договору постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу. *Абонент, за загальним правилом, не зобов'язаний, а має право одержати визначену договором кількість ресурсів.* Отже, зменшення обсягів споживання ним ресурсів не є порушенням договірних обов'язків та не дає постачальнику права стягнення з абонента плати за їх недобір¹⁹⁶. У свою чергу, *постачальник зобов'язаний надати можливість абоненту одержувати ресурси з приєднаної мережі постачальника.* Енергетичні й інші ресурси вважаються переданими абоненту з моменту їхнього переходу з приєднаної мережі постачальника в мережу абонента, на межі яких повинні бути встановлені засоби контролю й обліку.

Постачальник зобов'язаний поставляти абонентам енергетичні та інші ресурси визначеної якості¹⁹⁷. Якість енергетичних та інших ресурсів повинна відповідати державним стандартам та іншим нормативним

¹⁹⁶ Див., наприклад, під п. 8. 3 Правил подачі та використання природного газу в народному господарстві України, затверджених наказом Держкомнафтогазу України від 01.11.1994 р. № 355.

¹⁹⁷ Якість теплової енергії визначається температурою і тиском подаваної води чи пари, якість електроенергії – напругою і частотою електричного струму, якість газу, нафти – їхнім хімічним складом і тиском.

документам. Державний нагляд за дотриманням вимог державних стандартів, інших нормативних актів щодо якості поданих ресурсів здійснюють органи Держстандарту України. Порядок визначення показників якості ресурсів обумовлюється сторонами в договорі. Якість енергетичних та інших ресурсів визначається методами, що передбачені державними стандартами та іншими нормативними актами, залежно від призначення їх використання. Засоби вимірювань, необхідні для визначення якісних характеристик ресурсів, повинні бути повірені в органах Держстандарту України.

Якість і кількість енергетичних та інших ресурсів, що поставляються в окремі проміжки часу (чи, інакше, — графік (режим) подачі ресурсів) визначаються за згодою сторін. При цьому подача постачальником ресурсів споживачам проводиться в безперервному режимі, якщо договором постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу не передбачено такої перерви. Відповідно до п.8.2 Правил подачі та використання природного газу в народному господарстві України, затверджених наказом Держкомнафтогазу України від 01.11.1994 р. №355 (із змінами та доповненнями), газопостачальні і газозбутові організації повинні подавати споживачам природний газ рівномірно протягом місяця в межах середньодобової норми споживання згідно з договором та узгодженими між сторонами диспетчерськими графіками. Проте договором постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу може бути передбачена можливість тимчасового припинення постачання ресурсів, наприклад, у разі проведення планових ремонтів технічних установок і мереж; ліквідації аварій; виникнення режимів, безпосередньо не пов'язаних з аварією, за яких провадиться обмеження відпуску енергетичних та інших ресурсів¹⁹⁸.

Підзаконними нормативно-правовими актами передбачені й інші *додаткові обов'язки постачальника*, наприклад: надавати інформацію про послуги, пов'язані з постачанням ресурсів, та про терміни обмежень і відключень; гарантувати безпечне користування послугами, пов'язаними з постачанням ресурсів; повідомляти споживача про зміни тарифів (цін); проводити планову перевірку, ремонт і заміну приладів обліку та ін.¹⁹⁹

Згідно з ч. 1 ст. 714 ЦК *споживач (абонент) зобов'язаний оплачувати вартість прийнятих ресурсів та дотримуватись передбаченого договором режиму їх використання, а також забезпечити безпечну експлуатацію енергетичного та іншого обладнання.*

Договором постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу не передбачається обов'язок абонента прийняти ресурси, тому на останнього покладається *обов'язок оплатити лише фактично прийнятий товар*. Кількість спожитих ресурсів, за загальним правилом, визначається на підставі показань приладів обліку і контролю. Актами цивільного законодавства як виняток передбачається можливість одержання споживачем (в основному абонентом — фізичною особою, що використовує ресурси для задоволення своїх побутових потреб) енергетичних та інших ресурсів без приладів обліку. У зазначеному випадку розмір плати за прийняті ресурси обчислюється відповідно до середньомісячної норми споживання

¹⁹⁸ Див. пп. 34, 35, абз. 6 п. 37 Правил користування електричною енергією для населення, затверджених постановою Кабінету Міністрів України від 26.07.1999 р. № 1357; п. 7 Правил користування електричною енергією, затверджених постановою НКРЕ від 31.07.1996 р. № 28; пп. 6, 7 Правил надання населенню послуг з газопостачання, затверджених постановою Кабінету Міністрів України від 9 грудня 1999 р. № 2246; п. 9 Правил подачі та використання природного газу в народному господарстві України, затверджених наказом Держкомнафтогазу України від 01.11.1994 р. № 355.

¹⁹⁹ Див. п. 32 Правил надання населенню послуг з газопостачання: затверджених постановою Кабінету Міністрів України від 9 грудня 1999 р. № 2246; п. 38 Правил користування електричною енергією для населення, затверджених постановою Кабінету Міністрів України від 26.07.1999 р. № 1357.

абонентом ресурсів за попередній період (якщо раніше в нього були прилади обліку) чи на підставі встановлених для всіх абонентів норм споживання ресурсів²⁰⁰.

Порядок і строки оплати отриманих енергетичних та інших ресурсів визначаються законодавством і угодою сторін і залежать від виду абонента (споживача). Фізичні особи, що використовують ресурси для задоволення власних побутових потреб, зобов'язані їх оплачувати щомісяця не пізніше 10 числа наступного місяця, якщо договором не встановлено іншого терміну²⁰¹. При виконанні абонентом аналізованого обов'язку беруться до уваги надані йому законодавством пільги по оплаті ресурсів і одержувані субсидії²⁰².

Споживач зобов'язаний дотримуватись передбаченого договором режиму використання енергетичних та інших ресурсів. Подібний обов'язок не характерний для інших видів договору купівлі-продажу. Його нормативне закріплення пояснюється специфікою суб'єктного складу і предмета аналізованого договору. Природа товару, яким є ресурси, така, що його належна якість залежить не тільки від постачальника, але і від дотримання абонентом режиму їхнього використання²⁰³. У свою чергу, ресурси поставляються споживачу через приєднану мережу, до якої можуть бути приєднані й інші абоненти. Таким чином, порушення споживачем режиму використання ресурсів може стати причиною невиконання постачальником свого обов'язку надати товар (ресурси) установленної якості й у визначеній кількості іншим абонентам.

Споживач зобов'язаний забезпечити безпечну експлуатацію енергетичного та іншого обладнання, для чого необхідно: підтримувати їх у належному технічному стані; вживати протиаварійних, протипожежних заходів та заходів щодо безпечної експлуатації власної мережі; узгоджувати з постачальником нові підключення до мережі з метою збільшення споживання енергетичних та інших ресурсів; дотримуватись правил техніки безпеки при користуванні енергетичним та іншим обладнанням.

Актами цивільного законодавства та договором можуть бути передбачені і *додаткові обов'язки абонента,* наприклад: забезпечувати збереження приладів обліку та повідомляти постачальника про недоліки в їх роботі; раціонально використовувати енергетичні та інші ресурси, не допускати неефективного їх використання та ін.²⁰⁴

Відповідальність за порушення умов договору постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу. У § 5 глави 54 ЦК відсутні правила, що визначають відповідальність сторін за порушення зобов'язання, породженого договором постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу. Згідно з ч. 2 ст. 714 ЦК до договору постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу

²⁰⁰ Див. пп.32, 33 Правил користування електричною енергією для населення, затверджених постановою Кабінету Міністрів України від 26.07.1999 р. № 1357; пп.10, 11, 16-1 Правил надання населенню послуг з газопостачання, затверджених постановою Кабінету Міністрів України від 09.12.1999 р. № 2246.

²⁰¹ Див. п. 20 Правил користування електричною енергією для населення, затверджених постановою Кабінету Міністрів України від 26.07.1999 р. № 1357; п. 17 Правил надання населенню послуг з газопостачання, затверджених постановою Кабінету Міністрів України від 09.12.1999 р. № 2246.

²⁰² Указані публічно-правові елементи притаманні договорам постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу, що укладаються з фізичною особою, яка бажає використовувати ресурси для задоволення побутових потреб.

²⁰³ Наприклад, при споживанні абонентом газу понад установлені норми в газопроводі може знизитися тиск; при підключенні до електромережі потужних установок, що споживають електричну енергію, остання може бути ушкоджена (а при масових подібних порушеннях – можливе зниження частоти електроструму в мережі).

²⁰⁴ Див. п. 29 Правил надання населенню послуг з газопостачання, затверджених постановою Кабінету Міністрів України від 09.12.1999 р. № 2246; п.42 Правил користування електричною енергією для населення, затверджених постановою Кабінету Міністрів України від 26.07.1999 р. № 1357; п. 6 Правил подачі та використання природного газу в народному господарстві України, затверджених наказом Держкомнафтогазу України від 01.11.1994 р. № 355; п. 10 Правил користування електричною енергією, затверджених постановою НКРЕ від 31.07.1996 р. № 28.

застосовуються загальні положення про купівлю-продаж, положення про договір постачання, якщо інше не встановлено законом або не впливає із суті відносин сторін. Спеціальним законом (Законом України «Про електроенергетику») регулюються відносини з постачання лише електроенергії. В інших випадках при порушенні зобов'язань з постачання інших видів ресурсів (крім електроенергії) підлягають застосуванню загальні положення про підстави й умови відповідальності за порушення цивільно-правового зобов'язання²⁰⁵.

Постачальник електроенергії відповідає насамперед за перерви в її подачі, за її невідпуск і за зниження якості ресурсу. Відповідно до частин 10, 11 ст. 24 Закону України «Про електроенергетику»: а) енергопостачальники несуть відповідальність перед споживачами електричної енергії в розмірі двократної вартості недовідпущеної електричної енергії в разі переривання електропостачання з вини енергопостачальника (згідно з умовами договору на користування електричною енергією²⁰⁶); б) у разі відпуску електричної енергії, параметри якості якої перебувають поза межами показників, зазначених у договорі на користування електричною енергією, енергопостачальник несе відповідальність у розмірі 25 % вартості такої електроенергії.

Таким чином, стягненням вказаних штрафів, що являють собою виключну неустойку, відповідальність постачальника електроенергії обмежується, а збитки, що виникають в абонентів у зв'язку з порушенням постачальником своїх основних договірних зобов'язань, не відшкодовуються. Аналогічні правила про *виключну неустойку* закріплені й у підзаконних нормативно-правових актах²⁰⁷.

Згідно з частинами 5, 6 ст. 26 Закону України «Про електроенергетику» від 16.10.1997 р. (із змінами і доповненнями): а) *споживачі (крім населення, професійно-технічних навчальних закладів та вищих навчальних закладів I-IV рівнів акредитації державної і комунальної форм власності) у випадку споживання електричної енергії понад договірну величину за розрахунковий період сплачують енергопостачальникам двократну вартість різниці фактично спожитої і договірної величини; б) у випадку перевищення договірної величини потужності споживачі (крім населення, професійно-технічних навчальних закладів та вищих навчальних закладів I-IV рівнів акредитації державної і комунальної форм власності) сплачують енергопостачальникам двократну вартість різниці між найбільшою величиною потужності, що зафіксована протягом розрахункового періоду, та договірною величиною потужності.*

*Споживачі будь-яких видів ресурсів відповідають за несвоєчасну оплату поставленого товару у формі пені, розмір якої визначається за згодою сторін*²⁰⁸ чи встановлюється в підзаконних нормативно-правових

²⁰⁵ Більш докладно про загальні положення, присвячені підставам і умовам відповідальності за порушення цивільно-правового зобов'язання, див. у главі 34 цього підручника.

²⁰⁶ Згадування в Законі України «Про електроенергетику» про *договір користування електроенергією* є результатом прикрого непорозуміння. Замість зазначеного договору мова повинна йти про договір постачання електроенергії. По-перше, як уже зазначалося, договір постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу є різновидом договору купівлі-продажу і являє собою підставу виникнення права власності на ресурси (і зокрема, на електроенергію). По-друге, електроенергія належить до споживаних речей, визначених родовими ознаками, тому вона не може бути предметом зобов'язань про передачу майна в користування. По-третє, у самому Законі України «Про електроенергетику» енергопостачальники визначаються як «учасники оптового ринку електричної енергії України, які купують електричну енергію на цьому ринку з метою продажу її споживачам або з метою її експорту» (ст. 1).

²⁰⁷ Див. пп. 43–47 Правил користування електричною енергією для населення, затверджених постановою Кабінету Міністрів України від 26.07.1999 р. № 1357; пп.9.3–9.5 Правил користування електричною енергією, затверджених постановою НКРЕ від 31.07.1996 р. № 28.

²⁰⁸ Див. п. 16 Типового договору про користування електричною енергією, що затверджений постановою Кабінету Міністрів України «Про затвердження Правил користування електричною енергією для населення» від 26.07.1999 р. № 1357; п. 4.2.1 Типового договору про постачання електричної енергії, що затверджений постановою НКРЕ «Про затвердження Правил користування електричною енергією» від 31.07.1996 р. № 28.

актах²⁰⁹. Поряд зі стягненням пені постачальник вправі в односторонньому порядку припинити живлення споживача ресурсами до погашення заборгованості. Крім зазначеної підстави, припинення подачі енергетичних чи інших ресурсів абоненту, винятково після попереднього його повідомлення постачальником, допускається в таких випадках: а) відсутності персоналу для обслуговування енергоустановок споживача; б) зниження показників якості енергетичних та інших ресурсів з вини споживача до величин, які порушують нормальне функціонування енергоустановок постачальника та інших споживачів; в) недопущення до засобів обліку та енергоустановок споживача уповноважених посадових осіб державних органів та (або) постачальника; г) у разі незадовільного стану енергоустановок споживача та в інших випадках, передбачених підзаконними нормативно-правовими актами²¹⁰.

§ 7. Договір міни

Відповідно до ч. 1 ст. 715 ЦК **договір міни (бартеру) — це договір, за яким кожна із сторін зобов'язується передати другій стороні у власність один товар в обмін на інший товар**. Частина 5 ст. 715 ЦК передбачає, що договором може бути встановлений обмін майна на роботи (послуги).

До договору міни застосовуються загальні положення про купівлю-продаж, поставку, контрактацію або інших договорів, елементи яких містяться у договорі міни (ст. 716 ЦК). Наприклад, ними можуть бути положення про якість товару (статті 673, 678 ЦК), норми гл. 51 ЦК тощо.

Уклавши договір, кожна сторона втрачає право власності на товар, який передає в обмін і надає право власності на товар, який вимінює. Отже, договір міни, як і договір купівлі-продажу, належить до договорів, що опосередковують перехід права власності. Однак, сфера застосування договору міни є значно вужчою, ніж договору купівлі-продажу, тому що еквівалентом у товарних відносинах є в основному гроші. На відміну від купівлі-продажу за договором міни як еквівалент зазвичай виступають не гроші, інше рівноцінне майно. На практиці, дуже поширеним є договори міни квартирами, будинками, іншим житлом. В силу різних факторів обмін нерухомістю не може вважатися повністю рівноцінним, тому допускається укладення договорів міни з доплатою однією стороною певної грошової суми. Такі правочини поєднують елементи договорів купівлі-продажу та міни і мають змішаний характер.

У законодавстві про підприємництво використовується термін «бартерні угоди». Поняття «бартер» за своїм змістом об'ємніше, ніж поняття «міна». Згідно із Законом України «Про регулювання товарообмінних (бартерних) операцій в галузі зовнішньоекономічної діяльності» від 23 грудня 1998 р.²¹¹ бартерна операція у галузі зовнішньоекономічної діяльності — це один з видів експортно-імпортних операцій, оформлених бартерним договором або договором зі змішаною формою оплати, яким часткова оплата експортних

²⁰⁹ Наприклад, відповідно до п. 11.3 Правил подачі та використання природного газу в народному господарстві України, затверджених наказом Держкомнафтогазу України від 01.11.1994 р. № 355, у випадку заборгованості за використаний природний газ споживачі сплачують газопостачальній організації 0,5 відсотка вартості використаного газу за кожну добу простроченого платежу. Згідно з п. 7.2 Типового договору про надання послуг з газопостачання підприємствам комунальної теплоенергетики, затвердженого наказом НАК «Нафтогаз України» № 75 від 18.03.2002 р., за несвоєчасну оплату спожитого газу споживач сплачує на користь постачальника, крім суми заборгованості, пеню в розмірі 0,2 відсотка від суми простроченого платежу за кожний день прострочення платежу, але не більше подвійної облікової ставки Національного банку України, що діяла в період, за який сплачується пеня.

²¹⁰ Див. пп.6–7 Правил надання населенню послуг з газопостачання, затверджених постановою Кабінету Міністрів України від 09.12.1999 р. № 2246; пп.35–36 Правил користування електричною енергією для населення, затверджених постановою Кабінету Міністрів України від 26.07.1999 р. № 1357; п. 9 Правил подачі та використання природного газу в народному господарстві України, затверджених наказом Держкомнафтогазу України від 01.11.1994 р. № 355; п. 7 Правил користування електричною енергією, затверджених постановою НКРЕ від 31.07.1996 р. № 28.

²¹¹ Відом. Верхов. Ради України. – 1999. – № 5–6. – Ст. 44.

(імпортних) поставок передбачена в натуральній формі між суб'єктом зовнішньоекономічної діяльності України та іноземним суб'єктом господарської діяльності. Такий договір передбачає збалансований за вартістю обмін товарами, роботами, послугами у будь-якому поєднанні, неопосередкований рухом коштів у готівковій або безготівковій формі. Відповідно «міна» означає обмін товару в натурі на інший товар, а бартер, крім речового обміну, містить ще й обмін на безгрошовій основі результатами виконаних робіт, послуг тощо.

Не є договором міни обмін: речами з передачею їх тільки у володіння; речами з передачею їх лише у користування; товару на послуги про його переробку; товару на відступлення майнового права; векселями при різній вексельній сумі; житлових приміщень, які особи займають як наймачі; договір, при якому здійснюється обмін неякісного товару, придбаного фізичними особами у роздрібній торговельній мережі.

Правова характеристика договору — двосторонній, консенсуальний, оплатний. Договір міни є двостороннім, оскільки кожна із сторін міни має певні зобов'язання на користь іншої і вважається боржником та кредитором одночасно. Цей договір консенсуальний, оскільки вважається укладеним з моменту досягнення згоди за всіма істотними умовами, та оплатним, бо при передачі товару кожна із сторін має отримати від другої зустрічне надання у вигляді товару. Сторони зобов'язуються передати одна одній відповідний товар, у принципі економічно еквівалентний. Цей договір можна вважати каузальним, тому що мета укладення договору міни чітко визначена — набуття права власності на річ.

Якщо згідно з договором міни обмінювані товари визнаються такими, що мають нерівноцінну вартість, то згідно з ч. 3 ст. 715 ЦК договором може встановлюватися доплата за товар більшої вартості, що обмінюється, на товар меншої вартості. Вартість різниці також може бути компенсована виконанням певних робіт, наданням за товар меншої вартості відповідних послуг (за згодою сторін).

Предметом договору міни може бути товар, який є у власності сторони на момент укладання договору. Товаром можуть бути різні рухомі та нерухомі речі, допущені до товарообігу, тобто об'єкти, не вилучені з цивільного обороту, а також інше майно з урахуванням його особливостей, встановлених законодавством. Такі особливості, передбачені ч. 2 ст. 192, ст. 193, ч. 2 ст. 194 ЦК для купівлі-продажу валютних цінностей, цінних паперів тощо, поширюються й на міну. Умова договору щодо предмета повинна містити найменування та кількість товару.

Предметом договору можуть бути роботи (діяльність, результати якої мають матеріальний вираз і можуть бути реалізовані для задоволення потреб фізичних чи юридичних осіб) та послуги (діяльність, результати якої не мають, як правило, матеріального виразу, а реалізуються і споживаються в процесі здійснення самої діяльності), передані в обмін на майно, якщо це не суперечить суті зобов'язання.

Відповідно до Закону України «Про регулювання товарообмінних (бартерних) операцій в галузі зовнішньоекономічної діяльності» від 23 грудня 1998 р. у бартерному договорі зазначається загальна вартість товарів, що імпортуються, та загальна вартість товарів (робіт, послуг), які експортуються за цим договором, з обов'язковим вираженням в іноземній валюті. При укладенні бартерних зовнішньоекономічних договорів не допускається доплата грошовими коштами.

Сторонами договору міни можуть бути фізичні та юридичні особи. Ці сторони не поймаються, як, наприклад, продавець і покупець у договорі купівлі-продажу, але кожна з них є продавцем того товару, який вона передає в обмін, і покупцем товару, котрий вона одержує взамін. Кожна з сторін повинна мати право власності або інше речове право на майно з правомочністю щодо розпорядження цим майном. Еквівалентом за передане майно є не грошова сума, а інше майно.

Момент переходу прав власності на товари, що обмінюються, має специфіку. Частиною 4 ст. 715 ЦК визначається, що за договором міни право власності на обмінювані товари переходить до сторін одночасно після виконання зобов'язань щодо передання майна обома сторонами, якщо інше не встановлене договором

або законом. Це правило відрізняється від загального правила ст. 334 ЦК щодо моменту набуття права власності за договором, коли право власності виникає з моменту передачі речі.

Строки у договорі міни. Одномоментності виконання зобов'язань з обміну товарами закон не вимагає — строки їх передачі можуть не збігатися. У такому випадку повинні бути особливо забезпечені інтереси сторони, яка в силу договору зобов'язана передати товар перша, до того, як отримає товар від другої сторони. Коли строки передачі обмінюваних товарів не збігаються, до сторони, яка повинна передати товар після передачі товару другою стороною, застосовуються загальні правила про зустрічне виконання зобов'язань згідно зі ст. 538 ЦК.

У разі ненадання зобов'язаною стороною обумовленого договором виконання зобов'язання або наявності обставин, які з очевидністю свідчать про те, що таке виконання не буде здійснене в установлений термін, сторона, на котрій лежить зустрічне виконання, має право призупинити виконання свого зобов'язання або відмовитись від виконання його і вимагати відшкодування збитків. Якщо обумовлене договором зобов'язання виконано не у повному обсязі, сторона, на якій лежить зустрічне виконання, має право призупинити виконання свого зобов'язання або відмовитися від виконання у частині, що відповідає ненаданому виконанню. Якщо зустрічне зобов'язання виконано, незважаючи на ненадання другою стороною обумовленого договором виконання свого зобов'язання, ця сторона зобов'язана надати таке виконання.

У зовнішньоекономічних відносинах строки проведення бартерних операцій відіграють значну роль, внаслідок чого вони більш детально регулюються відповідним законодавством. Так, товари, що імпортуються за бартерним договором, підлягають ввезенню на митну територію України у строки, зазначені у договорі, але не пізніше 90 календарних днів з дати митного оформлення товарів, які фактично експортовані за бартерним договором. Суб'єкти зовнішньоекономічної діяльності України, які здійснили експорт або імпорт робіт, послуг за бартерним договором, зобов'язані протягом п'яти робочих днів з дня підписання акта або іншого документа, що засвідчує виконання робіт чи надання послуг, повідомити органи державної митної служби України (якщо імпортуються або експортуються за даним договором товари) або органи державної податкової служби України (якщо імпортуються чи експортуються за даним договором роботи або послуги) про факт здійснення експорту товарів (робіт, послуг). У разі перевищення встановлених ст. 2 Закону України «Про регулювання товарообмінних (бартерних) операцій в галузі зовнішньоекономічної діяльності» строків ввезення на митну територію України товарів (виконання робіт, надання послуг), що імпортуються за бартерними договорами суб'єктам зовнішньоекономічної діяльності, які є стороною відповідного бартерного договору, Міністерством економіки та з питань європейської інтеграції видається разовий індивідуальний дозвіл²¹². У разі порушення строків проведення товарообмінних (бартерних) операцій ст. 4 зазначеного Закону передбачена відповідальність.

Форма договору. У § 6 глави 54 ЦК не міститься вимог до форми договору міни. Згідно зі статтями 716 та 657 ЦК при міні речами, хоча б одна з яких є нерухомістю, договір укладається у письмовій формі і повинен бути нотаріально посвідчений та підлягає державній реєстрації. Інші договори мають укладатись у простій письмовій формі. В усній формі можуть бути укладені договори відповідно до частин 1, 2 ст. 206 ЦК.

Змістом договору міни, як й інших зобов'язань, є права та обов'язки його учасників. Обов'язкам однієї сторони договору міни відповідають права другої сторони. Частіше за все вони тотожні. Якщо з договору не випливає інше, то товари, які належать обміну, вважаються рівноцінними.

²¹² Постанова Кабінету Міністрів України від 13 серпня 1999 р. № 1489 «Про Порядок видачі разового індивідуального дозволу на перевищення встановлених строків ввезення товарів (виконання робіт, надання послуг), які імпортуються за бартерними договорами» (із змінами, внесеними згідно з постановою Кабінету Міністрів України від 16 листопада 2001 р. № 1493).

До основних прав та обов'язків сторін належить обов'язок щодо передачі товару, котра, як вже вказувалося, відбувається одночасно, якщо інше не передбачено домовленістю сторін. При передачі товару лише однією стороною або якщо право власності переходить до покупця раніше від передання товару, та сторона, яка отримала товар, повинна його зберігати. Правові наслідки невиконання обов'язку передати товар та інші документи, що належать до нього, передбачаються статтями 666, 620 ЦК, а передання товару належної якості — ст. 678 ЦК. Разом із цим спірним є питання щодо сумірності зменшення ціни на товар неналежної якості та передачі додаткового товару в обсязі, відповідному сумі, на яку зменшена його вартість. Можна вважати, що це суперечить суті договору міни. У такій ситуації сторони договору міни вправі на свій розсуд вимагати від контрагента безоплатного усунення недоліків або заміни товару за наявності суттєвих порушень якості чи перерахування збитків при відмові контрагента від виконання договору міни та передачі товару.

Якщо обмінювані товари визнані нерівноцінними, виникає необхідність оплати різниці у вартості. Цей обов'язок лежить на стороні, яка отримує товар меншої вартості. Однак і у цьому випадку контрагенти вправі домовитись про інший порядок, ніж встановлений законом.

Обов'язками контрагентів за договором міни є передача товарів, не обтяжених правами третіх осіб на них. При вилученні за рішенням суду товару у сторони, яка отримала його за договором міни, на користь третьої особи на підставах, що виникли до укладення договору, друга сторона має відшкодувати заподіяні цим збитки попередній стороні (ст. 661 ЦК), яка також має право повернення свого майна, отриманого контрагентом за договором міни.

Розірвання, зміна договору міни, визнання його недійсним. *Зміна або розірвання* договору міни допускається лише за згодою сторін, якщо інше не встановлено договором або законом. На вимогу однієї зі сторін договір міни може бути змінено або розірвано за рішенням суду у разі істотного порушення договору другою стороною (частини 1, 2 ст. 651 ЦК України).

Зміна договору міни є зміна зобов'язань сторін відповідно до змінених умов щодо предмета, місця, строків виконання тощо. *Розірвання* договору міни тягне за собою припинення зобов'язання його сторін. При цьому сторони не мають права вимагати повернення того, що було виконане ними за договором до моменту його зміни чи розірвання, якщо інше не встановлено договором або законом (частини 1, 2, 4 ст. 653 ЦК України).

Договір міни *визнається недійсним*, якщо він порушує загальні вимоги ст. 203 ЦК України, додержання яких є необхідним для чинності правочину. У такому випадку відповідно до ч. 1 ст. 216 ЦК України кожна зі сторін зобов'язана повернути другій стороні у натурі все, що вона одержала на виконання договору міни, а в разі неможливості такого повернення — відшкодувати вартість того, що одержано, за цінами, які існують на момент відшкодування.

Питання для самоконтролю

1. Яким договором охоплюються всі види зобов'язань щодо відчуження майна у власність на визначено-еквівалентній основі?
2. Як здійснюється правове регулювання договору купівлі-продажу?
3. Дайте визначення договору купівлі-продажу і назвіть його характерні риси.
4. Чим відрізняється договір купівлі-продажу від інших договорів, які також опосередковують перехід права власності на майно від однієї особи до іншої (від договору дарування, позики, довічного утримання (догляду), ренти)?
5. Що може бути предметом договору купівлі-продажу?
6. Які істотні умови договору купівлі-продажу?
7. Охарактеризуйте зміст договору купівлі-продажу.
8. Які види договору купівлі-продажу врегульовані на рівні ЦК? Чи вважається цей перелік вичерпним?

9. Дайте визначення роздрібної купівлі-продажу і охарактеризуйте сутність цього договору.
10. Дайте визначення договору купівлі-продажу підприємства і охарактеризуйте його сутність.
11. Дайте визначення поняття та юридичну характеристику договору поставки.
12. Які специфічні ознаки вирізняють договір поставки в самостійний різновид купівлі-продажу?
13. Які специфічні ознаки вирізняють договір контрактації сільськогосподарської продукції в самостійний різновид купівлі - продажу?
14. Які специфічні ознаки вирізняють договір постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу в самостійний різновид купівлі-продажу?
15. Які специфічні ознаки вирізняють договір міни в самостійний різновид купівлі-продажу?
16. Дайте визначення договору міни та визначте предмет цього договору.

ГЛАВА 37

ДОГОВІР ДАРУВАННЯ

Загальні положення

За договором дарування одна сторона (дарувальник) передає або зобов'язується передати в майбутньому другій стороні (обдаровуваному) безоплатно майно (дарунок) у власність (ч. 1 ст. 717 ЦК).

Договір дарування поряд із договорами купівлі-продажу, міни, довічного утримання опосередковує перехід майна (речей та майнових прав) від однієї особи до іншої. Даному договору властиві деякі характерні ознаки, що дозволяють виділити його в окремий вид договорів, тому законодавець не випадково виділяє у Цивільному кодексі норми, що регулюють відносини з дарування, в окрему главу.

Договір дарування є завжди безоплатним. Це означає, що дарувальник не отримує ніякого зустрічного надання з боку обдаровуваного. Договір, що встановлює обов'язок обдаровуваного вчинити на користь дарувальника будь-яку дію майнового або немайнового характеру, не є договором дарування (ч. 2 ст. 717 ЦК). У деяких випадках обдаровуваний при отриманні дарунку традиційно передає дарувальнику річ або невеличку грошову суму. Наприклад, за народним звичаєм, при отриманні у дарунок годинника або домашньої тварини обдаровуваний має надати дарувальнику дрібну монету. Слід зауважити, що у цьому випадку мова не йде про зустрічне надання в юридичному розумінні. Надання монети сприймається сторонами як символічний акт та не має метою компенсацію за отриманий дарунок.

Не буде також зустрічним наданням встановлене за договором дарування право користування дарувальником річчю — предметом дарування. Цю ситуацію можна розглядати двояко: дарувальник зберігає за собою певні права (право користування), які й не входили до складу дарунка, або як обтяження предмета дарування правами дарувальника. Важливим для констатації безоплатності є те, що дарувальник не отримує від обдаровуваного нічого нового, що було в нього відсутнє до укладення договору, а обдаровуваний не надає дарувальникові нічого, що не було б пов'язане із дарунком.

Із зазначеного випливає така кваліфікуюча ознака договору дарування: наслідками дарування є збільшення майна обдаровуваного за рахунок зменшення майна дарувальника.

Ознакою договору дарування є також наявність згоди обдаровуваного на прийняття дарунку. Слід, безумовно, погодитися з думкою О. С. Иоффе, який вказував, що в обдаровуваного часто не просять згоди на прийняття дарунка тільки тому, що така згода припускається, але якщо таке припущення буде спростоване, дарування не може вважатися здійсненим²¹³. Саме необхідність такої згоди дозволяє кваліфікувати дарування

²¹³ Иоффе, О. С. Обязательственное право [Текст] / О. С. Иоффе. – М. : Юрид. лит., 1975. – С. 394.

як договір та відокремити його від односторонніх правочинів, на підставі яких виникає право власності в іншої особи²¹⁴.

Нарешті, договір дарування передбачає безстроковий перехід дарунка (речі або права) до обдаровуваного.

Легальне визначення договору дарування вказує на те, що він може конструюватись як **реальний** або **консенсуальний** договір. Нагадаємо, що консенсуальний договір є укладеним з моменту одержання особою, яка направила пропозицію укласти договір, відповіді про прийняття цієї пропозиції, в той час як для укладення реального договору потрібно ще передання відповідного майна або вчинення певної дії (ст. 640 ЦК).

За частиною 1 ст. 723 ЦК договором дарування може бути встановлений обов'язок дарувальника передати дарунок обдаровуваному в майбутньому через певний строк (у певний термін) або у разі настання відкладальної обставини. Таким чином, консенсуальний договір дарування породжує зобов'язання, за яким дарувальник (боржник) має вчинити певну дію (передати майно), а обдаровуваний (кредитор) має право вимагати виконання цього обов'язку.

Договір дарування є, як правило, **одностороннім** договором: обдаровуваний стає власником речі (або має права вимагати передання йому дарунка), тобто не приймає на себе ніяких обов'язків, а дарувальник передає (або зобов'язується передати) майно, не отримуючи при цьому ніяких прав вимоги щодо обдаровуваного.

Але із цього правила є винятки. Так, за статтею 725 ЦК договором дарування може бути встановлений обов'язок обдаровуваного вчинити певну дію майнового характеру на користь третьої особи або утриматися від її вчинення (передати грошову суму чи інше майно у власність, виплачувати грошову ренту, надати право довічного користування дарунком чи його частиною, не пред'являти вимог до третьої особи про виселення тощо). Дарувальник має право вимагати від обдаровуваного виконання покладеного на нього обов'язку на користь третьої особи, що робить такий договір дарування **двостороннім** (ч. 3 ст. 626 ЦК). У разі смерті дарувальника, оголошення його померлим, визнання безвісно відсутнім чи недієздатним виконання обов'язку на користь третьої особи має право вимагати від обдаровуваного особа, на користь якої встановлений цей обов'язок.

Але важливо зазначити, що трансформація договору дарування в двосторонній договір не позбавляє його ознак безоплатності²¹⁵. Так, майнове надання обдаровуваного спрямоване на користь третьої особи, а не дарувальника і не є, таким чином, зустрічним, що є необхідним для кваліфікації договору як оплатного. Не порушується у зазначеній конструкції й друга ознака дарування — збільшення майна обдаровуваного за рахунок зменшення майна дарувальника.

Характерною ознакою договору дарування є **особистий характер** зобов'язання, яке він породжує. Так, за частиною 3 ст. 723 якщо до настання строку (терміну) або відкладальної обставини, встановленої договором дарування з обов'язком передати дарунок у майбутньому, дарувальник або обдаровуваний помре, договір дарування припиняється.

Найбільш цікавим з точки зору юридичного аналізу є **реальний** договір дарування. Такий договір, як було зазначено, є укладеним з моменту передання майна. Звичайна конструкція реального договору у випадку дарування приводить до виключного наслідку — за таким договором, на відміну від інших, не виникає

²¹⁴ В юридичній літературі кінця XIX – початку XX ст. був поширений погляд на дарування як на підставу виникнення права власності, але не як на договір (див., наприклад: Мейер, Д. И. Русское гражданское право [Текст] : в 2 ч. Ч. 1 / Д. И. Мейер. – М., 1997. – С. 3. – (Сер. «Классика российской цивилистики»).

²¹⁵ Один із небагатьох, поряд, наприклад, із договором доручення, за яким повірений не отримує плати, прикладів безоплатності двостороннього договору.

зобов'язання²¹⁶. Так, не важко помітити, що передання майна обдаровуваному має наслідками виникнення в нього права власності на дарунок (ч. 1 ст. 334 ЦК). Тобто у той час як інші реальні договори породжують зобов'язання сторін, реальний договір дарування породжує не зобов'язальні правовідносини, а призводить безпосередньо до виникнення права власності на дарунок в обдаровуваного. Класики відчизняної цивілістики зазначали, що такий договір покладений в основу передання речі та є речовим договором²¹⁷.

Предмет договору дарування. Чинний ЦК встановлює, що дарунком можуть бути рухомі речі, у тому числі гроші та цінні папери, а також нерухомі речі. Дарунком можуть бути також майнові права, якими дарувальник володіє або які можуть виникнути у нього в майбутньому. Отже, йдеться про будь-які неспоживні та споживні речі, рухомі й нерухомі, зокрема, споруди, будівлі, транспортні засоби, земельні ділянки, підприємства та ін., за винятком майна, яке вилучене з цивільного обороту.

Майнові права, що є дарунком, можуть бути як зобов'язальними, так і речовими²¹⁸.

Дарування зобов'язальних прав, які дарувальник, як кредитор має до третьої особи, здійснюється у вигляді безоплатної цесії (п. 1 ч. 1 ст. 512 ЦК), в якій має бути ясно висловлений намір цедента (дарувальника) здієснити безоплатне передання права вимоги цесіонарію (обдаровуваному). В іншому випадку за правилами ч. 4 ст. 632 ЦК ціна в договорі, якщо вона не зазначена, визначається виходячи із звичайних цін та такий договір не може вважатися даруванням. Передання дарувальником обдаровуваному майнового права до самого себе не передбачає використання якоїсь певної договірної конструкції ЦК (ч. 1 ст. 6 ЦК)²¹⁹ та здійснюється за договором, за яким встановлюється зазначене право щодо обдаровуваного.

Сторонами у договорі дарування можуть бути фізичні особи, юридичні особи, держава Україна, Автономна Республіка Крим, територіальна громада (ст. 720 ЦК).

Закон встановлює певні обмеження щодо укладення договору дарування (на стороні дарувальника) деякими особами. Так, за ч. 2 ст. 720 ЦК батьки (усиновлювачі), представники малолітніх та громадян, що визнані судом недієздатними (опікуни), не мають права дарувати майно дітей, підопічних. Закон не передбачає заборони укладання договору дарування щодо малолітніх та недієздатних, де останні виступають обдаровуваними.

Підприємницькі товариства можуть укладати договір дарування між собою, якщо право здійснювати дарування прямо встановлено установчим документом дарувальника. Це положення не поширюється на право юридичної особи укладати договір пожертви.

Цивільний кодекс визначає специфічні правила щодо змісту доручення на укладення договору дарування²²⁰ представником дарувальника. Так, доручення на укладення договору дарування, в якому не встановлено імені обдаровуваного, є нікчемним (ч. 4 ст. 720 ЦК).

²¹⁶ Окрім зазначеного договору дарування з обов'язком обдарованого на користь третьої особи.

²¹⁷ Див.: Шершеневич, Г. Ф. Курс гражданского права [Текст]. – Т. 2 / Г. Ф. Шершеневич. – М., 1907. – С. 72.

²¹⁸ Наприклад, право користування чужою земельною ділянкою для забудови може виникати на підставі договору (у тому числі і безоплатного) з власником та бути встановлене на невизначений строк. Крім того, таке речове право може відчужуватися самим землекористувачем (ст. 413 ЦК).

²¹⁹ Конструкція цесії у цьому випадку не може бути застосована, оскільки передбачає передання третій особі прав кредитора за вже існуючим зобов'язанням, якого, очевидно, у випадку дарування права щодо себе нема.

²²⁰ Очевидно, законодавець має на увазі доручення як складовий елемент змісту договору доручення (ст. 1003 ЦК) та довіреність.

Форма договору дарування. Вимоги закону щодо форми договору дарування залежать від матеріального предмета договору. За загальним правилом в усній формі можуть бути укладені договори, які повністю виконуються сторонами в момент вчинення, за винятком тих, що підлягають нотаріальному посвідченню, державній реєстрації, або коли недодержання письмової форми має наслідком нікчемність договору (ст. 206 ЦК).

Так, частина 1 ст. 719 ЦК прямо вказує, що договір дарування предметів особистого користування та побутового призначення може бути укладений усно. Наступні частини ст. 719 ЦК встановлюють спеціальні правила щодо форми договору дарування.

Договір дарування нерухомої речі укладається в письмовій формі і підлягає нотаріальному посвідченню. Тут важливо зазначити, що на відміну від інших договорів, за якими передається право власності на нерухоме майно (купівля-продаж (ст. 657 ЦК), рента (ч. 2 ст. 732 ЦК), довічне утримання ч. 2 ст. 745 ЦК) договір дарування нерухомої речі не підлягає державній реєстрації, оскільки за ч. 1 ст. 210 ЦК правочин підлягає державній реєстрації лише у випадках, встановлених законом. Щодо договору дарування закон такого правила не передбачає.

Договір дарування майнового права та договір дарування з обов'язком передати дарунок у майбутньому укладається у письмовій формі. У разі недодержання письмової форми цей договір є нікчемним.

Договір дарування рухомих речей, які мають особливу цінність, укладається в письмовій формі. Передання такої речі за усним договором є правомірним, якщо суд не встановить, що обдарований заволодів нею незаконно.

Договір дарування валютних цінностей на суму, яка перевищує п'ятдесятикратний розмір неоподаткованого мінімуму доходів громадян, укладається у письмовій формі і підлягає нотаріальному посвідченню.

Момент виникнення права власності обдаровуваного на дарунок. За загальним правилом ч. 1 ст. 722 ЦК право власності обдаровуваного на дарунок виникає з моменту його прийняття. При цьому ч. 4 ст. 722 ЦК встановлюється правило, що прийняття обдаровуваним документів, які посвідчують право власності на річ, інших документів, які посвідчують належність дарувальникові предмета договору, або символів речі (ключів, макетів тощо) є прийняттям дарунка²²¹. Таким способом можна прийняти у власність транспортні засоби, інші речі, фізичне прийняття яких є ускладненим.

При даруванні рухомих речей право власності на них виникає в обдаровуваного на підставі імперативного правила ч. 3 ст. 334 ЦК з моменту нотаріального посвідчення договору дарування або з моменту набрання законної сили рішенням суду про визнання договору, не посвідченого нотаріально, дійсним.

Дарувальник, який передав річ підприємству, організації транспорту, зв'язку або іншій особі для вручення її обдаровуваному, має право відмовитися від договору дарування до вручення речі обдаровуваному.

Якщо дарунок направлено обдаровуваному без його попередньої згоди, дарунок є прийнятим, якщо обдарований негайно не заявить про відмову від його прийняття.

Зміст договору дарування. За консенсуальним договором дарування дарувальник зобов'язаний у визначений договором строк (термін) передати дарунок (відступити майнове право) обдаровуваному.

Якщо дарувальникові відомо про недоліки речі, що є дарунком, або її особливі властивості, які можуть бути небезпечними для життя, здоров'я, майна обдаровуваного або інших осіб, він зобов'язаний повідомити про них обдаровуваного. Дарувальник, якому було відомо про недоліки або особливі властивості

²²¹ Указане правило ч. 4 ст. 722 є прикладом юридичної фікції – юридико-технічним прийомом, що полягає у визнанні неіснуючого факту таким, що юридично існує, або, навпаки, фактично існуючої обставини юридично неіснуючою.

подарованої речі і який не повідомив про них обдаровуваного, зобов'язаний відшкодувати шкоду, завдану майну, та шкоду, завдану каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю в результаті володіння чи користування дарунком.

Дарувальник має такі права:

– відмовитися від передання дарунка у майбутньому, якщо після укладення договору його майновий стан істотно погіршився;

– вимагати від обдаровуваного виконання покладеного на нього обов'язку на користь третьої особи. У разі порушення обдаровуваним обов'язку на користь третьої особи дарувальник має право вимагати розірвання договору і повернення дарунка, а якщо таке повернення неможливе, — відшкодування його вартості;

– вимагати розірвання договору дарування нерухомих речей чи іншого особливо цінного майна, якщо обдаровуваний умисно вчинив злочин проти життя, здоров'я, власності дарувальника, його батьків, дружини (чоловіка) або дітей. Якщо обдаровуваний вчинив умисне вбивство дарувальника, спадкоємці дарувальника мають право вимагати розірвання договору дарування;

– вимагати розірвання договору дарування, якщо обдаровуваний створює загрозу безповоротної втрати дарунка, що має для дарувальника велику немайнову цінність;

– вимагати розірвання договору дарування, якщо внаслідок недбалого ставлення обдаровуваного до речі, що становить історичну, наукову, культурну цінність, ця річ може бути знищена або істотно пошкоджена.

Вимоги щодо розірвання договору дарування можуть бути пред'явлені, дарувальником, якщо на момент вимоги дарунок є збереженим. Наслідком розірвання договору дарування є обов'язок обдаровуваного повернути дарунок у натурі.

До вимог про розірвання договору дарування застосовується позовна давність в один рік.

Обов'язки обдаровуваного. Як зазначалося, договір дарування є безоплатним та у більшості випадків одностороннім договором. Але ст. 725 ЦК дозволяє встановлення в договорі дарування обов'язок у обдаровуваного вчинити певну дію майнового характеру на користь третьої особи або утриматися від її вчинення (передати грошову суму чи інше майно у власність, виплачувати грошову ренту, надати право довічного користування дарунком чи його частиною, не пред'являти вимог до третьої особи про виселення тощо).

Обдаровуваний має право:

– у разі настання строку (терміну) або відкладальної обставини, встановлених договором дарування з обов'язком передати дарунок у майбутньому, обдаровуваний має право вимагати від дарувальника передання дарунка або відшкодування його вартості;

– обдаровуваний має право у будь-який час до прийняття дарунка на підставі договору дарування з обов'язком передати дарунок у майбутньому відмовитися від нього.

Види договору дарування. Окремим видом договору дарування є пожертва. За частиною 1 ст. 729 ЦК *пожертвою є дарування нерухомих та рухомих речей, зокрема грошей та цінних паперів, для досягнення обдаровуваними певної, наперед обумовленої мети.*

Сторонами договору пожертви є жертвувач та обдаровуваний.

Договір про пожертву є завжди реальним договором та вважається укладеним з моменту прийняття пожертви.

До договору про пожертву застосовуються положення про договір дарування, якщо інше не встановлено законом.

Пожертвувач (або його правонаступники) має такі права:

– здійснювати контроль за використанням пожертви відповідно до мети, встановленої договором про пожертву;

– вимагати розірвання договору про пожертву, якщо пожертва використовується не за призначенням. Якщо використання пожертви за призначенням виявилось неможливим, використання її за іншим призначенням можливе лише за згодою жертвувача, а в разі його смерті чи ліквідації юридичної особи — за рішенням суду.

Питання для самоконтролю

Що є предметом договору дарування?

В якій формі укладається договір дарування нерухомих речей?

Чи підлягає договір дарування нерухомих речей державній реєстрації?

В який момент договір дарування вважається укладеним?

В який момент у обдаровуваного виникає право власності на дарунок?

Який може бути встановлений обов'язок обдаровуваного на користь третьої особи? Якими є наслідки порушення такого обов'язку?

В яких випадках дарувальник має право відмовитися від договору дарування, а в яких має право вимагати його розірвання?

Які ознаки дозволяють виділити договір пожертви в окремий вид договору дарування?

Які спеціальні підстави розірвання договору пожертви?

ГЛАВА 38

ДОГОВІР РЕНТИ

§ 1. Поняття та умови договору ренти

Рентні відносини набули поширення ще у середні віки. Слово «рента» означало повернення частинами того, що було передано раніше, а її встановленню завжди передувала передача майна платникові ренти — спочатку землі та інших об'єктів нерухомості, пізніше — рухомого майна, у тому числі грошей. Рентні відносини мали довгостроковий, часто безстроковий характер, і ні за яких обставин рентою не вважалася сплата разової суми.

Радянське цивільне законодавство не передбачало регулювання рентних відносин. Договір ренти не був відомий ні ЦК УРСР 1922 р., ні ЦК 1963 р. Чинне цивільне законодавство присвячує цьому договору главу 56 ЦК України, в якій врегульовано порядок відчуження майна під виплату колишньому власнику грошового або іншого утримання — ренти.

Відповідно до ст. 731 ЦК під *договором ренти* розуміється такий договір, за яким *одна сторона (одержувач ренти) передає другій стороні (платникові ренти) у власність майно, а платник ренти взамін цього зобов'язується періодично виплачувати одержувачеві ренту у формі певної грошової суми або в іншій формі.*

Договір ренти належить до договорів, за якими переходить право власності на передане майно на оплатній основі. Схожість ренти з купівлею-продажем та іншими договорами з оплатного передання майна у власність не перетворює рентний договір на їх різновид. Ренті притаманні такі специфічні ознаки, які свідчать про

самостійність рентного договору серед інших цивільно-правових договорів, спрямованих на відчуження майна. Основною ознакою договору ренти виступає обов'язок однієї особи виплачувати ренту іншій особі взамін переданого у власність майна. Рентні платежі мають довгостроковий, стабільний характер і часто виступають основним джерелом засобів існування одержувача ренти.

Якщо передача права власності є кінцевою метою договорів купівлі-продажу, то за договором ренти — це лише умова виникнення рентних відносин. Договори купівлі-продажу завершуються переходом права власності, а договір ренти тільки починається з передачею майна у власність платникові ренти.

Договір ренти є **реальним**. У статті 731 ЦК чітко визначено, що одержувач ренти передає майно платникові ренти, а не зобов'язується його передати. Тому для укладення договору ренти недостатньо взаємної згоди сторін з усіх істотних умов договору, а необхідне ще й передання майна платникові ренти. Оскільки після передання майна одержувач ренти не несе за договором ніяких обов'язків, а має лише право вимагати від платника ренти її сплати, то даний договір є **одностороннім**. **Відплатність** цього договору обумовлена тим, що платник ренти, отримавши майно, зобов'язаний сплачувати одержувачеві ренту в грошовій або іншій формі.

Сторонами в даному договорі виступають **одержувач** та **платник** ренти. Учасниками договору як на одній, так і на другій стороні можуть бути фізичні та юридичні особи (ст. 733 ЦК).

Форма договору. Договір ренти підлягає нотаріальному посвідченню, а якщо під виплату ренти передається нерухоме майно, також і державній реєстрації (ст. 732 ЦК).

Істотною умовою договору ренти є умова про **предмет**. Договір ренти має складний предмет: **по-перше**, це **майно**, яке відчужується одержувачем під виплату ренти; **по-друге**, предметом є сама **рента**, що виплачується платником її одержувачу. Умови договору ренти щодо переданого майна, форми та розміру виплачуваної ренти є істотними для даного договору, без досягнення згоди за якими договір ренти не може вважатися укладеним.

Стосовно **майна** закон не встановлює ніяких обмежень, хоча на практиці найчастіше таким майном виступають житлові будинки, квартири, підприємства, тобто нерухомі речі.

Рента може виплачуватися у грошовій формі, що зустрічається у більшості випадків, або шляхом передання речей, виконання робіт чи надання послуг. Може бути встановлена і змішана форма ренти, яка виплачується частково грошима, а частково шляхом передання речей, виконання робіт або надання послуг. Форма і розмір ренти встановлюється за згодою сторін у договорі (ст. 737 ЦК). Закон визначає розмір ренти, якщо сторони не передбачать його у договорі, тільки у разі передачі під виплату ренти грошової суми. Так, відповідно до ч. 2 ст. 737 ЦК розмір ренти у такому випадку встановлено у розмірі облікової ставки Національного банку України і відповідно змінюється разом зі зміною облікової ставки, якщо інше не встановлено договором.

Сторони у договорі узгоджують періодичність виплати ренти. За відсутності домовленості з цього питання рента виплачується після закінчення кожного календарного кварталу (ст. 738 ЦК).

Ціною договору є загальна сума виплачуваної ренти. За договором ренти, укладеним на певний строк, сторони можуть співвіднести вартість переданого під виплату ренти майна з ціною договору ренти, яку отримає одержувач ренти протягом строку дії договору. Наприклад, якщо сторони передбачили ренту у розмірі 200 гривень з виплатою кожного місяця за договором, укладеним на 10 років, то ціна договору становитиме 24 000 гривень. Стосовно ж договору безстрокової ренти вести мову про ціну договору можна лише умовно. Найбільш близьким елементом з'ясування ціни договору безстрокової ренти виступає порядок розрахунків між сторонами у разі розірвання цього договору (ст. 741 ЦК).

Строк. Договір ренти може укладатися *на певний строк*, тривалість якого встановлюється за домовленістю сторін, але це не може бути, наприклад, одноразова виплата ренти. Рентні відносини зазвичай мають довгостроковий характер, що й впливає на встановлення сторонами строку дії договору ренти.

Договір ренти, укладений на невизначений строк або без визначення строку, є договором *безстрокової ренти*.

Саме залежно від строку дії договору законодавець визначає *вид договору ренти*²²² — *безстрокова* чи *строкова* рента (ч. 2 ст. 731 ЦК), що має принципове значення для регулювання рентних відносин. Так, закон передбачає можливість припинення зобов'язання щодо виплати ренти або зміни її умов у разі випадкового знищення або випадкового пошкодження майна, переданого під виплату безстрокової ренти; розірвання договору безстрокової ренти в зв'язку з відмовою платника або на вимогу одержувача і порядок розрахунків на такий випадок.

Сутність безстрокової ренти полягає у необмеженості зобов'язань з її виплати будь-яким строком. Такі відносини можуть тривати довго. Майно, яке було передане під виплату безстрокової ренти, може бути давно знищене (спожите), можуть бути забуті особи, між якими первинно виникло дане зобов'язання, але саме зобов'язання буде зберігатися. Право на отримання, як і обов'язок зі сплати безстрокової ренти переходять до спадкоємців, а якщо одержувачем (платником) ренти виступає юридична особа — до правонаступників.

З огляду на можливість відмови платника безстрокової ренти від договору та його розірвання на вимогу одержувача і враховуючи, що передача майна платнику може здійснюватися як за плату, так і безоплатно, даний договір належить до *алеаторних* (ризикових) договорів. Внаслідок укладення цього договору виникає ризик для кожної зі сторін, що розмір рентних платежів може виявитися більшим (значно більшим) або, навпаки, меншим (значно меншим) за вартість відчуженого під виплату ренти майна. Вважається, що сторони усвідомлюють такі обставини і з ними погоджуються. Тому, як зазначається в юридичній літературі, самій суті договору безстрокової ренти протирічить внесення до нього умови про те, що загальний розмір рентних платежів, які підлягають виплаті одержувачу, обмежується вартістю переданого майна²²³.

Договір ренти, укладений *на певний строк*, діє протягом цього строку. У разі випадкового знищення або випадкового пошкодження майна, переданого під виплату ренти, платник безстрокової ренти не звільняється від свого обов'язку до закінчення строку договору, як і не може вимагати зміни його умов. Зміна або розірвання договору ренти, укладеного на певний строк, здійснюється на загальних підставах відповідно до ст. 651 ЦК.

Крім виду договору ренти (безстрокова чи строкова) регулювання рентних відносин поставлено законодавцем у залежність від того, на яких засадах — *за плату чи безоплатно* — здійснюється передання майна у власність платникові ренти. Як зазначає М. І. Брагинський, у першому випадку передане майно виступає повним, а у другому — відповідно частковим еквівалентом виплачуваної ренти²²⁴. Від передання під виплату ренти майна за плату чи безоплатно залежить можливість застосування щодо передання майна правил про купівлю-продаж чи дарування. Відповідно до ч. 2 ст. 734 ЦК якщо договором ренти встановлено, що одержувач ренти передає майно у власність платника ренти за плату, до відносин сторін щодо передання

²²² Видом рентного договору, безумовно, є договір довічного утримання (догляду), урегульований у главі 57 ЦК. Він діє протягом життя одержувача ренти, тобто є договором довічної ренти.

²²³ Див.: Гражданское право [Текст] : учебник. Ч. II / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. - М. : Проспект, 1997. - С. 136.

²²⁴ Брагинский, М. И. Договорное право [Текст]. Кн. 2: Договоры о передаче имущества / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. - Изд. 2-е, стер. - М. : Статут, 2000. - С. 636.

майна застосовуються загальні положення про купівлю-продаж, а якщо майно передається безоплатно, — положення про договір дарування. Дані положення застосовуються у разі, якщо це не суперечить суті договору ренти. Наприклад, до договору ренти з оплатної передачі майна з числа норм про купівлю-продаж можуть застосовуватися ті, у яких передбачено момент переходу ризику випадкового знищення або випадкового пошкодження майна, що передається (ст. 668 ЦК); обов'язок продавця попередити покупця про права третіх осіб на майно (ст. 659 ЦК) та обов'язки сторін у разі пред'явлення третьою особою позову про витребування у покупця переданої йому речі (ст. 660 ЦК). Серед положень про договір дарування до рентних відносин можуть бути застосовані, зокрема, ст. 721 ЦК щодо обов'язків дарувальника у зв'язку з недоліками подарованої речі та ст. 722 ЦК щодо виникнення права власності обдаровуваного з моменту прийняття дарунка та стосовно його прийняття як прийняття документів, що посвідчують належність дарувальникові предмета договору або символів речі (ключів, макетів тощо). При цьому виключається можливість використання будь-яких положень, присвячених регулюванню консенсуального договору дарування (договору із встановленням обов'язку дарувальника передати дарунок у майбутньому), оскільки договір ренти може мати лише реальний характер.

З огляду на безоплатну чи оплатну передачу майна за договором ренти по-різному вирішується питання щодо ризику випадкового знищення або випадкового пошкодження майна, переданого під виплату безстрокової ренти. Так, відповідно до ч. 2 ст. 742 ЦК у разі випадкового знищення або випадкового пошкодження майна, переданого за плату під виплату безстрокової ренти, платник має право вимагати відповідно припинення зобов'язання щодо виплати ренти або зміни умов її виплати. Від передання майна за плату чи безоплатно залежить і порядок розрахунків між сторонами у разі розірвання договору безстрокової ренти (ст. 741 ЦК).

Як вже зазначалося, за договором ренти переходить право власності на майно від одержувача до платника ренти, сама ж рента може бути встановлена як на користь одержувача, так і на користь третьої особи — вигодонабувача. В останньому випадку після вираження наміру третьої особи скористатися своїми правами за договором він не може бути розірваний або змінений без згоди третьої особи (ч. 3 ст. 636 ЦК).

Рентне зобов'язання не належить до зобов'язань, нерозривно пов'язаних з особою кредитора чи боржника і відповідно може переходити до інших осіб у випадках, передбачених законом або договором.

Закон не обмежує передачу права на отримання ренти іншій особі шляхом уступки права вимоги. Однак одержувач ренти не має права передачі своїх прав за договором ренти, якщо ренту було встановлено на його користь іншою особою без згоди останньої.

Платник ренти має право відчужувати майно, передане йому під виплату ренти, лише за згодою одержувача ренти (ч. 2 ст. 735 ЦК). Порушення даної заборони означає порушення загальних вимог, додержання яких є необхідним для чинності правочину (ст. 203 ЦК) з наслідками, встановленими ст. 216 ЦК.

Згідно з ч. 2 ст. 735 ЦК відчуження платником ренти нерухомого майна, переданого йому під виплату ренти, тягне за собою перехід обов'язків платника ренти до іншої особи. Це означає, що для прав одержувача ренти притаманна ознака слідування їх за тим нерухомим майном, яке вони обтяжують. Тому у разі відчуження нерухомого майна платником ренти його обов'язки за договором ренти переходять до набувача майна, хоча б останній і не знав про це. У разі набуття такого майна покупець, якщо його не сповістив продавець про обтяження майна рентою, може скористатися правами, передбаченими ст. 659 ЦК, вимагати зниження ціни або розірвання договору, але не може відмовитися від виплати ренти, посилаючись на те, що він не знав про таке обтяження. Саме для того, щоб попередити набувача, закон вимагає державної реєстрації договору про передачу нерухомого майна під виплату ренти, яке найчастіше і є предметом цього договору.

Обтяження рентою рухомого майна законом не передбачено. У випадку відчуження такого майна, переданого платникові під виплату ренти, одержувач не має права вимагати її виплати від нового власника і перед ним, як і раніше, несе обов'язки платник ренти. Наприклад, якщо переданий під виплату ренти автомобіль платник ренти подарує синові, то обов'язки по виплаті рентних платежів перед її одержувачем, як і раніше, нестиме платник за договором ренти, а не його син як новий власник автомашини.

Закон передбачає забезпечення виконання обов'язку з виплати ренти у тих випадках, коли під виплату ренти передається земельна ділянка або інше нерухоме майно. Згідно з ч. 1 ст. 735 ЦК таке майно стає предметом застави в силу закону. Останнє означає, що у разі порушення платником ренти свого обов'язку з виплати ренти одержувач ренти, як іпотекодержатель, має право задовольнити свої вимоги за рахунок цього майна переважно перед іншими кредиторами платника ренти. Що ж стосується використання сторонами інших видів забезпечення виконання зобов'язань, то будь-який з них або декілька одночасно можуть бути встановлені сторонами при передачі під виплату ренти рухомого майна або застосовуватися поряд з іпотекою при переданні за договором ренти нерухомого майна. Крім того, виплата ренти може забезпечуватися шляхом встановлення обов'язку платника ренти застрахувати ризик невиконання своїх обов'язків за договором ренти (ч. 3 ст. 735 ЦК). Порушення платником безстрокової ренти своїх обов'язків щодо забезпечення виплати ренти надає право одержувачу вимагати розірвання договору безстрокової ренти (ч. 1 ст. 740 ЦК).

Статтею 625 ЦК за прострочення сплати ренти, встановленої у грошовій формі, передбачена відповідальність платника ренти у розмірі 3 процентів річних, якщо інший розмір процентів не встановлений договором ренти.

§ 2. Припинення договору ренти і розрахунки між сторонами

Договір ренти може припинятися як на загальних підставах припинення зобов'язань (глава 50 ЦК), так і на підставах, спеціально передбачених главою 56 ЦК. Якщо договір ренти припиняється за *домовленістю сторін* (ст. 604 ЦК), то сторони мають визначити, на яких засадах буде його припинено, й вирішити питання про можливість повернення переданого під виплату ренти майна й повернення (повне або часткове) сплаченої ренти, виплати її одержувачеві компенсації тощо.

Одержувач ренти може у будь-який час відмовитися від подальшого отримання ренти, припинивши тим самим зобов'язання з її сплати *прощенням боргу* (ст. 605 ЦК). Однак якщо рента була встановлена на його користь іншою особою, то у разі відмови одержувача ренти від своїх прав ними може скористатися особа, яка встановила ренту.

Рентне зобов'язання може бути припинене у зв'язку з *переданням відступного* одержувачу ренти (ст. 600 ЦК). Така підстава є найбільш характерною для припинення договору, за яким рента встановлена у формі передання речей, виконання робіт або надання послуг, хоча ніщо не перешкоджає припиненню договору за цією підставою і у разі, якщо рента встановлена у грошовій формі.

Договір ренти може бути припинено також на інших підставах, передбачених для припинення зобов'язань, наприклад, у зв'язку з *неможливістю його виконання* або *поєднанням боржника і кредитора в одній особі* (статті 607, 606 ЦК).

Зобов'язання за договором ренти, укладеним на певний строк, може припинятися його *виконанням* (ст. 599 ЦК). Така підстава щодо припинення договору безстрокової ренти не може застосовуватися в силу його, так би мовити, постійного характеру.

Рентне зобов'язання може бути припинене *і за особливих підстав*, зокрема, якщо право на одержання ренти перейде до таких спадкоємців за заповітом, як держава Україна, Автономна Республіка Крим, територіальна громада, іноземна держава та інших суб'єктів публічного права (ст. 2 ЦК). Оскільки закон не встановлює правові наслідки на такий випадок, вважаємо, що відповідний обов'язок з платника ренти має зніматися і він залишається власником майна, переданого під виплату ренти.

Зобов'язання з виплати безстрокової ренти може припинитися також у зв'язку з *випадковим знищенням* або випадковим пошкодженням *майна*, переданого під виплату ренти. Однак для цього необхідна наявність певних умов, а саме, щоб майно було передано під виплату ренти за плату та щоб платник вимагав припинення зобов'язання з виплати ренти або зміни умов її виплати (ст. 742 ЦК). Випадкове знищення або випадкове пошкодження майна, безоплатно переданого під виплату безстрокової ренти, не тягне за собою можливості припинення договору, і відповідно платник повинен і далі виконувати свої обов'язки за договором ренти.

Розірвання договору ренти, укладеного на певний строк, здійснюється на загальних підставах, передбачених ст. 651 ЦК. Так, він може бути розірваний за згодою сторін, якщо інше не встановлено договором або законом. На вимогу однієї зі сторін строковий договір ренти може бути розірваний за рішенням суду при істотному його порушенні другою стороною або в інших випадках, передбачених договором або законом (ч. 2 ст. 651 ЦК). Наприклад, платник може вимагати розірвання договору ренти, за яким майно передано за плату, у разі виявлення істотних недоліків, не застережених одержувачем ренти. А останній матиме право на розірвання договору ренти, за яким майно було передано безоплатно, при порушенні платником обов'язку щодо розміру, строків сплати ренти.

Особливий порядок припинення рентних відносин пов'язаний законом із *розірванням договору безстрокової ренти на вимогу платника або одержувача*. Статтями 739–741 ЦК встановлені спеціальні умови розірвання договору безстрокової ренти та порядок розрахунків на такий випадок. При цьому право платника на розірвання договору безстрокової ренти має безумовний характер. Так, згідно зі ст. 739 ЦК платник безстрокової ренти має право відмовитися від договору ренти, а умова договору, відповідно до якої платник безстрокової ренти не може відмовитися від договору ренти, є нікчемною. Припиняється договір ренти після спливу трьох місяців від дня одержання одержувачем ренти письмової відмови платника безстрокової ренти від договору за умови повного розрахунку між ними (ч. 3 ст. 739 ЦК).

На відміну від платника ренти, її одержувач має право вимагати розірвання договору безстрокової ренти лише у випадках, передбачених сторонами у договорі (приміром, при відчуженні майна, переданого під виплату ренти платником іншій особі) або у випадках, установлених законом. Так, згідно з ч. 1 ст. 740 ЦК одержувач безстрокової ренти вправі вимагати розірвання договору, якщо платник: а) прострочив її виплату понад один рік; б) порушив свої зобов'язання щодо забезпечення виплати ренти; в) визнаний неплатоспроможним або г) виникли інші обставини, які явно свідчать про неможливість виплати ним ренти у розмірі й у строки, встановлені договором. Договір безстрокової ренти також може бути розірвано на вимогу її одержувача за рішенням суду на загальних підставах, передбачених ст. 651 ЦК (наприклад, у зв'язку з таким істотним порушенням договору, як виплатою ренти у значно меншому розмірі, хоча й регулярно).

Розрахунки між сторонами в разі розірвання договору безстрокової ренти здійснюються на умовах, передбачених останнім. При вирішенні цього питання беруться до уваги вартість переданого під виплату ренти майна та його оплатна чи безоплатна передача, строк можливого використання майна за призначенням, розмір рентних платежів тощо. Якщо ж сторони, незважаючи на важливість цього питання, не визначили в договорі безстрокової ренти порядок розрахунків на такий випадок, застосовуються правила ст. 741 ЦК. Так,

якщо *майно* було *передано* у власність платника ренти *безоплатно*, у разі розірвання договору ренти одержувач ренти має право вимагати від платника ренти виплати *річної суми ренти*. Якщо ж *майно* було *передано* у власність платника ренти *за плату*, одержувач ренти має право вимагати від платника ренти виплати *річної суми ренти та вартості переданого майна*. При цьому вартість переданого майна визначається на момент укладення договору безстрокової ренти.

Питання для самоконтролю

Поняття та мета договору ренти. Вид договору ренти.

Розмір, форма, строк виплати ренти.

Форма договору ренти і забезпечення його виконання.

Особливості договору безстрокової ренти.

Розрахунки між сторонами у разі розірвання договору безстрокової ренти.

§ 1. Поняття та умови договору довічного утримання (догляду)

Договору довічного утримання (догляду) присвячено главу 57 ЦК України, хоча дані відносини настільки близькі за своїм характером до рентних відносин, що можуть вважатися різновидом останніх.

За договором довічного утримання (догляду) одна сторона (відчужувач) передає другій стороні (набувачеві) у власність житловий будинок, квартиру або їх частину, інше нерухоме майно або рухоме майно, яке має значну цінність, взамін чого набувач зобов'язується забезпечувати відчужувача утриманням та (або) доглядом довічно (ст. 744 ЦК).

Відчужувач, передаючи у власність житловий будинок, квартиру або інше майно, насамперед має на меті отримання матеріального забезпечення, догляду, послуг, яких він потребує. Набувач же завдяки даному договору набуває право власності на майно. ЦК цей договір віднесено до договорів, за якими переходить право власності на майно.

Договір довічного утримання (догляду) має *реальний характер*. За цим договором відчужувач передає (а не зобов'язується передати) майно набувачеві, хоча в юридичній літературі щодо цього висловлене й інше бачення²²⁵. Консенсуальність договору надавала б можливість набувачеві вимагати від відчужувача — сторони слабшої і тому потребуючої особливого захисту, передання майна взамін на довічне утримання (догляд). Реальна модель договору захищає відчужувача від такої вимоги. За договором довічного утримання майно передається набувачеві «сьогодні», а його еквівалент буде надано відчужувачу у майбутньому, а саме впродовж його життя. Таким чином, для укладення договору довічного утримання (догляду) недостатньо зустрічної згоди сторін, необхідне ще й передання майна набувачеві. Оскільки після передання майна відчужувач не несе за договором ніяких обов'язків, а має лише право вимагати від набувача надання йому утримання (догляду) довічно, то даний договір є *одностороннім*. *Відплатність* цього договору обумовлена тим, що набувач, отримавши майно відчужувача, зобов'язаний надавати останньому утримання (догляд) у вигляді грошових сум, житла та інших матеріальних благ, послуг. При цьому не можна вести мову про еквівалентність переданого відчужувачем майна наданому набувачем утриманню. Договір довічного утримання (догляду) не має визначеного строку дії, оскільки триває протягом життя відчужувача, що і обумовлює розмір наданого набувачем утримання (догляду).

Договір довічного утримання (догляду) має складний *предмет*: по-перше, це майно, яке відчужувач передає набувачеві; по-друге, предметом є саме утримання та (або) догляд, яким набувач повинен забезпечити відчужувача.

Відповідно до ст. 744 ЦК за договором довічного утримання (догляду) відчужувач має право передати у власність набувачеві житловий будинок, квартиру, їх частину, інше нерухоме майно або рухоме майно, яке має значну цінність. Житлові будинки та квартири законодавець виділяє серед іншого нерухомого майна, оскільки саме це нерухоме майно найчастіше перебуває у власності фізичних осіб. Рухоме майно як предмет договору довічного утримання (догляду) в законі не конкретизується, підкреслюється лише його значна цінність. Таким рухомим майном можуть бути транспортні засоби, антикварні речі, твори мистецтва, ювелірні прикраси, побутова техніка, предмети домашнього вжитку тощо, за умови що вони мають значну цінність. Поняття «значна цінність» є оціночним і, на нашу думку, порівнювати вартість такого майна необхідно

²²⁵ Див.: Цивільне право України [Текст] : підручник : у 2 кн. / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. – К. : Юрінком Інтер, 2002. – Кн. 2. – С. 114; Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар [Текст] / за ред. розробників проекту ЦК України. – К. : Істина, – С. 499.

з вартістю майна нерухомого, оскільки саме воно насамперед віднесено законом до предмета договору довічного утримання (догляду).

Майно, яке передається набувачеві за договором довічного утримання (догляду), має належати відчужувачу на праві власності, що підтверджується відповідними правостановлюючими документами, зокрема, щодо майна нерухомого.

Якщо відчужувачем є один із співвласників майна, що належить їм на праві спільної сумісної власності, то договір довічного утримання (догляду) може бути укладений після визначення частки цього співвласника у спільному майні або визначення між співвласниками порядку користування цим майном.

Цивільне законодавство встановлює особливі вимоги щодо **форми** договору довічного утримання (догляду). Згідно зі ст. 745 ЦК він має бути нотаріально посвідчений, а договір, за яким передається нерухоме майно, підлягає також державній реєстрації.

З формою договору довічного утримання (догляду) ЦК пов'язує момент виникнення права власності на майно у набувача. Так, стаття 748 ЦК встановлює, що набувач стає власником майна, переданого йому за договором довічного утримання, відповідно до ст. 334 ЦК. Отже, право власності у набувача за договором, який потребує нотаріального посвідчення, виникає з моменту такого посвідчення, а за договором, який підлягає державній реєстрації, — з моменту такої реєстрації. Разом з правом власності до набувача переходить і ризик випадкової загибелі або випадкового пошкодження майна. Згідно із ч. 3 ст. 754 ЦК втрата (знищення), пошкодження майна, яке було передане набувачеві, не є підставою для припинення чи зменшення обсягу його обов'язків перед відчужувачем, що підкреслює мету договору довічного утримання (догляду) як надання довічного матеріального забезпечення відчужувачу.

Оскільки набувач зобов'язаний утримувати відчужувача довічно, тобто до його смерті, то **строк договору** є невизначеним. Зазвичай відносини за договором довічного утримання (догляду) є тривалими, але відомі випадки, коли зобов'язання припинялося і незабаром після укладення договору. Даний договір не належить до правочинів із скасувальною обставиною, передбачених ч. 2 ст. 212 ЦК, оскільки стосовно обставини невідомо, настане вона чи ні, а смерть відчужувача обов'язково настане, сторони не можуть лише знати час її настання.

Сторонами договору довічного утримання (догляду) є відчужувач та набувач.

Відчужувачем відповідно до ч.1 ст. 746 ЦК може бути фізична особа незалежно від віку та стану здоров'я. **Набувачем** за договором довічного утримання (догляду) може бути повнолітня дієздатна фізична особа або юридична особа. Законодавець підкреслює повну дієздатність фізичної особи-набувача, оскільки останній має самостійно виконувати обов'язки за договором довічного утримання (догляду), зокрема, надавати матеріальне забезпечення, здійснювати догляд, надавати допомогу, забезпечувати відчужувача харчуванням і т. ін. Новелою ЦК є визнання як набувачів за договором довічного утримання (догляду) юридичних осіб, і оскільки законом не встановлено інше, це можуть бути і юридичні особи, які займаються підприємницькою діяльністю.

Згідно із ч. 3 ст. 746 ЦК, якщо набувачами є кілька фізичних осіб, вони стають співвласниками майна, переданого їм за договором довічного утримання (догляду), на праві спільної сумісної власності. Обов'язок таких набувачів перед відчужувачем є солідарним.

Договір довічного утримання (догляду) може укладатися на користь третьої особи (ч. 4 ст. 746 ЦК). Наприклад, договір укладає один із подружжя як власник майна (автомобіля, що належить йому на праві приватної власності), на користь іншого із подружжя (ст. 636 ЦК). Може укладатися договір довічного утримання (догляду) відчужувачем на свою користь і на користь третьої особи, наприклад, на користь одного із подружжя як відчужувача і того з подружжя, хто не є власником переданого майна. У цьому випадку

останній буде отримувати матеріальне забезпечення за договором довічного утримання (догляду) поряд з відчужувачем та мати право відповідно вимагати надання догляду та утримання, як і сам відчужувач. Припиняється такий договір смертю останнього із подружжя.

Стаття 747 ЦК регулює особливості укладення договору довічного утримання (догляду) майна, що належить співвласникам на праві спільної сумісної власності, зокрема, подружжю. За таким договором кожен із подружжя має право на утримання (догляд) як співвласник майна, переданого набувачеві (ч. 1 ст. 747 ЦК). У разі смерті одного із відчужувачів обсяг зобов'язань набувача з надання утримання (догляду) відповідно зменшується, а саме — зменшується вдвічі, якщо неоднаковий розмір надання утримання (догляду) кожному із подружжя не встановлений у договорі.

§ 2. Зміст договору довічного утримання (догляду) та умови його виконання

Зміст договору довічного утримання (догляду) становлять права та обов'язки сторін. Відповідно до статей 744, 749 ЦК набувач зобов'язується систематично забезпечувати відчужувача утриманням та (або) доглядом. Утримання полягає у матеріальному забезпеченні, яке може мати натуральну (харчування) чи грошову (грошові суми) форму. Види забезпечення та догляду відчужувача сторони вказують у договорі. Це може бути надання житла, організація щоденного харчування, зокрема, власного приготування, придбання продуктів харчування, предметів гігієни, побутової хімії, забезпечення необхідним одягом (купити, замовити, пошити), виплата грошових сум, організація медичного бслуговування, санаторно-курортного лікування, виклик і оплата послуг перукаря, водія та ін., прибирання квартири (будинку) тощо. Види догляду та утримання мають бути конкретно названі в договорі, наприклад, виклик перукаря щомісячно, надання харчування власного приготування три рази на день з переліком страв. Відсутність у договорі чітко визначених видів матеріального забезпечення та догляду впливає на можливість відчужувача розірвати договір в зв'язку з порушенням набувачем своїх обов'язків щодо надання такого утримання (догляду). Закон особливо виділяє обов'язок набувача по забезпеченню відчужувача житлом у будинку (квартирі), переданому йому за договором довічного утримання (догляду). Так, якщо сторони передбачають даний вид утримання, то ст. 750 ЦК вимагає, щоб у договорі була конкретно визначена та частина помешкання, в якій відчужувач має право проживати. Стосовно інших видів забезпечення існує загальне правило, що останні з урахуванням їх характеру та особливостей повинні надаватися відчужувачу за договором довічного утримання (догляду) систематично. Згідно зі ст. 751 ЦК матеріальне забезпечення, яке щомісячно має надаватися відчужувачу, підлягає грошовій оцінці. Така оцінка підлягає індексації у порядку, встановленому законом.

Незважаючи на безспірну важливість визначення сторонами в договорі видів утримання (догляду) відчужувача ч. 1 ст. 749 ЦК встановлює, що у договорі не повинні, а лише можуть бути визначені всі види матеріального забезпечення та догляду (опікування), якими набувач має забезпечити відчужувача. У разі якщо обов'язки набувача не були конкретно визначені в договорі або у разі виникнення потреби забезпечити відчужувача іншими видами матеріального забезпечення та догляду, спір щодо цього має вирішуватися відповідно до засад справедливості та розумності. В зв'язку з останнім постає питання — для чого укладається договір довічного утримання (догляду), якщо обов'язки набувача перед відчужувачем щодо видів матеріального забезпечення та видів догляду (опікування) можуть конкретно не визначатися у договорі? Очевидно, ст. 749 ЦК має застосовуватися лише у разі виникнення потреби забезпечити відчужувача іншими видами матеріального забезпечення та догляду, які не були передбачені сторонами на момент укладення

договору і необхідність у яких виникла у відчужувача пізніше. Оскільки договір довічного утримання (догляду) укладається з метою надання матеріального забезпечення та догляду (опікування) відчужувачу, види, розмір, порядок, строки надання утримання (догляду) повинні бути названі у договорі якомога детальніше, а не визначатися судом відповідно до засад справедливості та розумності у разі виникнення спору щодо цього²²⁶.

Отже, набувач за договором довічного утримання наділений такими обов'язками: надавати відчужувачу довічно конкретні види матеріального забезпечення (у натуральній та/або грошовій формі) та/або догляду (опікування) у строки, передбачені договором; забезпечити відчужувача житлом у випадку, якщо такий обов'язок передбачений договором; поховати відчужувача, навіть якщо такий обов'язок не був передбачений договором (ч. 3 ст. 749 ЦК). При цьому, якщо частина майна відчужувача перейшла до його спадкоємців, то витрати на поховання мають бути справедливо розподілені між ними та набувачем.

Закон, забезпечуючи виконання договору довічного утримання (догляду), у ст. 754 ЦК встановлює, що :

– набувач не може до смерті відчужувача передане йому за договором довічного утримання майно продати, обміняти, подарувати, укласти щодо нього договір застави чи передати у власність іншій особі на підставі іншого правочину;

– протягом життя відчужувача на майно, передане набувачеві за договором довічного утримання, не може бути звернене стягнення за зобов'язаннями набувача;

— втрата, знищення, пошкодження переданого майна не припиняє дію договору довічного утримання (догляду) і не є підставою для припинення чи зменшення обсягу обов'язків набувача перед відчужувачем.

Договір довічного утримання (догляду), укладений з набувачем — фізичною особою, передбачає особисте виконання обов'язків набувачем. Лише у разі неможливості подальшого виконання останнім своїх обов'язків з підстав, що мають істотне значення, обов'язки набувача за договором можуть бути передані за згодою відчужувача члену сім'ї набувача (тобто особі, яка є відомою відчужувачу) або іншій особі за згодою сторін (ч. 1 ст. 752 ЦК).

До прав набувача належить право вимагати розірвання договору довічного утримання (догляду). Слід наголосити, що набувач при реалізації цього права не обмежений ніякими умовами та поважними причинами (п. 2 ч. 1 ст. 755 ЦК).

Відчужувач має право: вимагати від набувача належного виконання передбачених договором обов'язків (статті 749, 750 ЦК); заміни майна, що було передане за договором довічного утримання набувачеві, за згодою останнього (ст. 753 ЦК); вимагати в судовому порядку розірвання договору у разі невиконання чи неналежного виконання набувачем своїх обов'язків, незалежно від його вини (ст. 755 ЦК).

Припинення договору довічного утримання (догляду).

Згідно з ч. 2 ст. 755 ЦК договір довічного утримання (догляду) припиняється зі смертю відчужувача. Оскільки набувач зобов'язаний забезпечувати відчужувача утриманням та (або) доглядом протягом життя, то відповідно смерть відчужувача припиняє зобов'язання його виконанням (ст. 599 ЦК).

Договір також може бути припинений за домовленістю набувача та відчужувача (ст. 604 ЦК); поєднанням набувача та відчужувача в одній особі, наприклад у разі спадкування (ст. 606 ЦК); звільненням відчужувачем одержувача від його обов'язків за договором, тобто прощенням боргу (ст. 605 ЦК).

На вимогу однієї зі сторін договір довічного утримання може бути розірваний за рішенням суду відповідно до ст. 755 ЦК. Так, **на вимогу відчужувача** майна за рішенням суду договір може бути розірваний у разі невиконання чи неналежного виконання набувачем своїх обов'язків, незалежно від його вини (ч. 1 ст. 755 ЦК).

²²⁶ Види матеріального забезпечення та види догляду (опікування) складають предмет договору довічного утримання (догляду) і відповідно мають бути визначені в договорі.

У такому випадку відчужувач набуває право власності на майно, яке він передав за договором, і відповідно має право вимагати від набувача його повернення (ч. 1 ст. 756 ЦК). При цьому витрати, які поніс набувач у зв'язку з утримання та/або доглядом відчужувача, відповідно до умов договору довічного утримання (догляду) поверненню не підлягають.

За рішенням суду договір довічного утримання (догляду) може бути розірваний також і **на вимогу набувача** (ч. 1 ст. 755 ЦК). Як вже зазначалося закон не встановлює ніяких умов, причин або випадків для такого розірвання. Воно може бути викликане, наприклад, заміною набувача в зв'язку з неможливістю останнього виконувати обов'язки за договором. Саме у такому випадку, у разі задоволення вимог набувача, суд може залишити за ним право власності на частину майна з урахуванням часу, протягом якого він належно виконував обов'язки за договором довічного утримання (догляду) відповідно до ч. 2 ст. 756 ЦК.

Під час строку дії договору довічного утримання (догляду) можливе настання таких обставин, як смерть набувача (фізичної особи) або припинення юридичної особи-набувача, що істотно впливають на дію договору.

Так, у разі смерті фізичної особи-набувача його права та обов'язки переходять до спадкоємців, до яких перейшло право власності на майно, передане відчужувачем (ч. 1 ст. 757 ЦК). При цьому якщо спадкоємець за заповітом відмовився від прийняття майна, переданого відчужувачем, то право власності на це майно може перейти до спадкоємця за законом. Якщо ж у набувача немає спадкоємців або вони відмовилися від прийняття майна, переданого відчужувачем, то право власності на це майно набуває відчужувач. За таких обставин договір довічного утримання припиняє свою дію.

У разі припинення юридичної особи-набувача за договором довічного утримання (догляду) настають правові наслідки, передбачені

ст. 758 ЦК:

- якщо у юридичної особи є правонаступник, то права та обов'язки за договором переходять до нього;
- якщо юридична особа ліквідується, то договір припиняє свою дію і майно повертається відчужувачу;
- якщо в результаті ліквідації юридичної особи-набувача майно перейшло до її засновника (учасника), то відповідно до нього переходять і права та обов'язки за договором довічного утримання (догляду).

Питання для самоконтролю

Поняття та юридична характеристика договору довічного утримання (догляду).

Предмет договору довічного утримання (догляду).

Форма договору довічного утримання (догляду).

Сторони, їх права та обов'язки за договором довічного утримання (догляду).

Забезпечення виконання договору.

Розірвання договору довічного утримання (догляду) та його правові наслідки.

Правові наслідки смерті набувача та припинення юридичної особи набувача за договором довічного утримання (догляду).

РОЗДІЛ X

ЗОБОВ'ЯЗАННЯ, ЩО ВИНΙΚАЮТЬ У ЗВ'ЯЗКУ З ПЕРЕДАЧЕЮ МАЙНА У КОРИСТУВАННЯ

ДОГОВІР НАЙМУ (ОРЕНДИ)

§ 1. Загальні положення про договір найму (оренди)

За договором найму (оренди) одна сторона (наймодавець) передає або зобов'язується передати другій стороні (наймачеві) майно у користування за плату на певний строк (ст. 759 ЦК).

Виходячи з такого визначення, основними ознаками договору найму слід вважати: надання наймодавцем наймачеві майна: 1) у користування; 2) на певний строк; 3) за плату.

Саме ці ознаки й дають підстави для виділу найму (оренди) в окремий тип договірних зобов'язань.

Договір найму (оренди) є *двостороннім*, оскільки права однієї сторони договору кореспондують обов'язкам іншої. Він може бути як *консенсуальним*, так і *реальним*, тобто права та обов'язки сторін за договором можуть виникати як з моменту досягнення сторонами згоди за всіма істотними умовами, так і з моменту передання наймодавцем майна наймачеві. За критерієм наявності зустрічного надання він є *оплатним*. До того ж договір найму є строковим, оскільки майно передається наймодавцем наймачеві у користування на певний строк, після перебігу якого воно підлягає поверненню.

Сторонами договору найму (оренди) є наймодавець (орендодавець) та наймач (орендар). Наймодавцем є особа, яка передає або зобов'язується передати майно у користування другій стороні. Наймачем є особа, котра приймає це майно від наймодавця для користування на певний строк та сплачує плату за користування.

Наймодавцем може виступати будь-яка фізична чи юридична особа як приватного, так і публічного права. У той же час законом можуть бути передбачені певні обмеження щодо суб'єктного складу осіб, які можуть бути наймодавцем (наприклад, у разі оренди державного або комунального майна, прокату). Відповідно до ст. 761 ЦК наймодавцем може бути власник речі або особа, якій належать інші речові права на цю річ, а також особа, уповноважена на укладення договору найму (наприклад, управитель майна).

Обмеження щодо суб'єктного складу учасників правовідносин з найму майна закон може встановлювати й на стороні наймача. Зокрема, ст. 6 Закону України «Про оренду державного та комунального майна» визначає, що фізична особа, яка бажає укласти договір оренди державного майна з метою використання його для підприємницької діяльності, до укладення договору зобов'язана зареєструватись як суб'єкт підприємницької діяльності.

Предметом договору найму може бути річ, яка визначена індивідуальними ознаками і зберігає свій первісний вигляд при неодноразовому використанні (не споживана річ), а також майнові права (ст. 760 ЦК України).

Крім предмета, у договорі найму (оренди) зазвичай міститься умова про плату за користування майном та визначається строк договору найму (оренди).

Той факт, що відповідними нормами ЦК існування договірних відносин з найму не ставиться в залежність від наявності у договорі умов, які встановлюють плату за користування майном та строк найму, не дає підстави вважати, що зазначені умови не є істотними. Положення ЦК містять норми диспозитивного характеру, згідно з якими визначають умови про строк та плату за найм у тому випадку, якщо вони не врегульовані безпосередньо у договорі.

Так, зокрема, ч. 1 ст. 762 ЦК визначено, що розмір плати за користування майном встановлюється у договорі найму. Якщо сторонами розмір плати за користування майном у ньому не визначено, відповідно до ч. 2 ст. 762 ЦК він

визначається з урахуванням певних об'єктивних критеріїв (споживчих якостей речі та інших обставин, які мають істотне значення).

Відповідно до ч. 1 ст. 763 ЦК договір найму укладається на строк, встановлений сторонами у договорі. Якщо ж ними строк найму не встановлено, то договір вважається укладеним на невизначений строк, і кожна із сторін має право відмовитися від нього у будь-який час, письмово попередивши другу сторону за один місяць, а у разі найму нерухомого майна — за три місяці. Дане положення є диспозитивним, оскільки договором або законом може бути встановлений інший строк для попередження про відмову від договору найму, укладеного на невизначений строк.

Права та обов'язки сторін. Основним обов'язком наймодавця є обов'язок передати наймачеві майно належної якості та у належний строк (статті 765, 767 ЦК). Під передачею майна слід розуміти дії наймодавця, спрямовані на переміщення цього майна з його майнової сфери у майнову сферу наймача.

Якщо наймодавець не передає наймачеві майно, останній має право за своїм вибором: вимагати від наймодавця передання майна і відшкодування збитків, завданих затримкою, або ж відмовитися від договору найму і вимагати відшкодування завданих йому збитків (ст. 766 ЦК).

Передання речі у найм не припиняє та не змінює прав на неї третіх осіб, зокрема права застави (ч. 1 ст. 769 ЦК). У той же час на наймодавця при укладенні договору найму покладається обов'язок повідомити наймача про всі права третіх осіб на річ, що передається у найм (ч. 2 ст. 769 ЦК).

Якість майна, яке передається, є належною, якщо його комплект та стан відповідає умовам укладеного договору і воно є придатним для використання за цільовим призначенням, тобто стан його повинен бути таким, який забезпечить можливість його нормального господарського використання (ст. 767 ЦК).

Якщо наймодавцеві відомі особливі властивості або недоліки речі, які можуть бути небезпечними для життя, здоров'я, майна наймача чи інших осіб або призвести до пошкодження самої речі під час користування нею, він зобов'язаний попередити про них наймача. При невиконанні наймодавцем зазначеного обов'язку наймач звільняється від відповідальності за шкоду, завдану третім особам у зв'язку з користуванням річчю, і вправі вимагати від наймодавця відшкодування збитків, якщо шкода була заподіяна йому. Відповідно до ч. 2 ст. 780 ЦК шкода, завдана у зв'язку з користуванням річчю, відшкодовується наймодавцем, якщо буде встановлено, що це сталося внаслідок особливих властивостей або недоліків речі, про наявність яких наймач не був попереджений наймодавцем і про які він не знав і не міг знати. Умова договору найму про звільнення наймодавця від відповідальності за шкоду, завдану внаслідок особливих властивостей чи недоліків речі, про наявність яких наймач не був попереджений наймодавцем і про які він не знав і не міг знати, є нікчемною.

Передача наймодавцем наймачеві майна у користування відбувається негайно після укладення договору або у передбачений у цьому договорі строк. Відповідно на наймачеві лежить обов'язок прийняти дане майно. Цей обов'язок є кредиторським, оскільки він є умовою виконання обов'язку боржника (наймодавця) з передачі майна. При прийнятті майна наймач зобов'язаний у присутності наймодавця перевірити справність речі. Якщо наймач у момент передання речі не переконається в її справності, річ вважається такою, що передана йому в належному стані (ч. 3 ст. 767 ЦК). Якщо наймач при цьому виявив недоліки речі, але не пред'явив вимогу наймодавцеві про їх усунення, він втрачає право на стягнення спричинених передачею речі неналежної якості збитків, оскільки, приймаючи майно за таких обставин, він фактично погоджується з його якістю.

Безперечно, у тому випадку, якщо наймодавець гарантує якість речі протягом усього строку найму або його частини, правове становище наймача є набагато кращим. Якщо у речі, переданої наймачеві з гарантією якості, виявляться недоліки, що перешкоджають її використанню відповідно до договору в період строку дії такої гарантії, наймач має право за своїм вибором вимагати: заміни речі, якщо це можливо; відповідного зменшення розміру

плати за користування річчю; безоплатного усунення недоліків речі або відшкодування витрат на їх усунення; розірвання договору і відшкодування завданих йому збитків (ч. 2 ст. 768 ЦК).

Наймач зобов'язаний користуватися річчю відповідно до її призначення та умов договору (ч. 1 ст. 773 ЦК). Цей обов'язок визначений тимчасовим характером права користування і наступним обов'язком наймача повернути майно наймодавцю у справному стані з нормальним ступенем зносу. Використання ж його не за цільовим призначенням може негативно позначитися на його стані як у частині справності, так і у частині зносу²²⁷.

Якщо наймач користується річчю, переданою йому в найм, не за її призначенням або з порушенням умов договору найму, наймодавець має право вимагати розірвання договору та відшкодування збитків.

Одним з основних обов'язків наймача є внесення плати за користування майном, яка може вноситися у грошовій або у натуральній формі. Форма плати за користування майном встановлюється договором найму (ч. 2 ст. 762 ЦК). Законом не передбачено будь-яких обмежень щодо форми плати за договором найму.

Сторони можуть змінювати розмір та форми плати за користування майном шляхом внесення відповідних змін до договору. Підставою для перегляду, зміни (індексації) розміру можуть бути інфляційні процеси тощо. Частиною 4 ст. 762 ЦК встановлено право наймача вимагати зменшення плати, якщо через обставини, за які він не відповідає, можливість користування майном істотно зменшилася. За цих же обставин наймач звільняється від плати за весь час, протягом якого майно не могло бути ним використане (ч. 6 ст. 762 ЦК). Умовами застосування зазначених положень ЦК є те, що обставини, з якими пов'язується істотне зменшення можливості користування майном або неможливість його використання протягом певного часу, повинні бути об'єктивними, а не наслідком винної поведінки наймача. Не враховуються також суб'єктивні причини (наприклад, хвороба наймача, виїзд у відрядження тощо). Тобто наймач звільняється від внесення плати за певний період часу, якщо протягом нього існували обставини непереборної сили, які унеможливили використання майна.

Розмір плати за користування може бути зменшеним на вимогу наймача, якщо наймодавець не повідомив його про всі права третіх осіб на річ, що передається у найм (ч. 2 ст. 769 ЦК).

Наймач зобов'язаний вносити плату за користування майном своєчасно. Строки внесення плати встановлюються у договорі. Якщо сторони не встановили ці строки у договорі, плата за користування майном вноситься щомісячно (ч. 5 ст. 762 ЦК).

Наймач зобов'язаний зберігати майно, передане йому в найм, не допускати його пошкодження та псування. Отже, у наймі наявні деякі елементи зберігання. Наймач повинен ставитися до найнятого майна з бережливістю власника, не припускати його погіршення, здійснювати відповідний догляд та обслуговування цього майна.

Відповідно до ст. 779 ЦК наймач зобов'язаний усунути погіршення речі, які сталися з його вини. У разі неможливості відновлення речі наймодавець має право вимагати відшкодування завданих йому збитків. Наймач не відповідає за погіршення речі, якщо це сталося внаслідок нормального її зношення або упущень наймодавця.

Способом підтримання майна у належному стані, придатному для його використання за цільовим призначенням, є ремонт. Відповідно до ст. 776 ЦК поточний ремонт речі, переданої у найм, провадиться наймачем за його рахунок, якщо інше не встановлено договором або законом. Поточним ремонтом слід вважати такий ремонт, необхідність проведення якого виникає зі звичайного користування майном і не пов'язана з істотним псуванням або зношенням основних складових майна.

²²⁷ Див.: Мороз, М. В. Правові питання оренди майна державних підприємств [Текст] : дис. ... канд. юрид. наук / М. В. Мороз. – Х., 2000. - С. 108.

Капітальний ремонт речі, переданої у найм, провадиться наймодавцем за його рахунок, якщо інше не встановлено договором або законом. Капітальним є ремонт, який викликаний істотним псуванням або зношенням майна чи його основних складових, тривалий у часі і потребує значних коштів на його проведення.

Капітальний ремонт провадиться у строк, встановлений договором. Якщо останній договором не встановлений або ремонт викликаний невідкладною потребою, капітальний ремонт має бути проведений у розумний строк.

Якщо наймодавець не провів капітального ремонту речі, що перешкоджає її використанню відповідно до призначення та умов договору, наймач має право: 1) відремонтувати річ, зарахувавши вартість ремонту в рахунок плати за користування нею, або вимагати відшкодування вартості ремонту; 2) вимагати розірвання договору та відшкодування збитків.

При ремонті відновлюються втрачені якості майна. Проведення ремонту не пов'язано з конструктивними змінами у майні, які мають місце при здійсненні поліпшень, хоча й змінює його певною мірою (наприклад, покращується стан майна і його зовнішній вигляд). У випадку якщо при проведенні ремонту мають місце конструктивні зміни у майні, які підвищують ефективність його використання, йдеться про те, що поряд з ремонтом поліпшується майно.

Під час ремонту і при здійсненні поліпшень наймач несе певні витрати. Проте у першому разі вони спрямовані на підтримання майна у такому стані, який забезпечує його нормальне використання. Внаслідок ремонту відновлюються його попередні якості, втрачені у процесі зношення. При поліпшенні майна воно набуває нових додаткових якостей, які не змінюють його призначення, але підвищують цінність та ефективність використання.

Відповідно до ст. 778 ЦК наймач може поліпшити річ, яка є предметом договору найму, лише за згодою наймодавця. Якщо поліпшення можуть бути відокремлені від речі без її пошкодження, наймач має право на їх вилучення після припинення договору.

Якщо поліпшення речі зроблено за згодою наймодавця, наймач має право на відшкодування вартості необхідних витрат або на зарахування їх вартості в рахунок плати за користування нею. Якщо в результаті поліпшення, зробленого за згодою наймодавця, створена нова річ, наймач стає її співвласником. Частка наймача у праві власності відповідає вартості його витрат на поліпшення речі, якщо інше не встановлено договором або законом.

При здійсненні наймачем без згоди наймодавця поліпшень, які не можна відокремити без шкоди для речі, він не має права на відшкодування їх вартості. Зазначене є свого роду санкцією і кореспондується із загальним правилом, встановленим ч. 3 ст. 773 ЦК, відповідно до якого наймач має право змінювати стан речі, переданої йому в найм, лише за згодою наймодавця.

На наймача відповідно до умов договору або закону може бути покладений обов'язок застрахувати річ, яку він отримує за договором найму (ч. 2 ст. 771 ЦК). Зокрема, згідно зі ст.10 Закону України «Про оренду державного та комунального майна» на орендаря покладається обов'язок застрахувати орендоване майно.

Статтею 774 ЦК встановлюється право наймача на передання речей у піднайм. Піднаймом є передання наймачем речей, отриманих від наймодавця, у користування третій особі. У той же час існування даного права ставиться у повну залежність від наявності згоди наймодавця на передання майна у піднайм, якщо інше не встановлено договором або законом. За договором піднайму правовідносини з найму майна виникають між наймачем та третьою особою; при цьому перший у даному випадку набуває статусу наймодавця, а остання відповідно наймача. Відносини між сторонами договору піднайму регулюються, окрім договору, укладеного між ними, ще й відповідними положеннями законодавства про договір найму. Зміст договору піднайму не

може виходити за межі договору найму, зокрема, це стосується строку договору піднайму, який не може перевищувати строку договору найму, умов використання майна тощо.

Повернення речі після припинення договору найму є одним з основних обов'язків наймача, який обумовлено самою суттю зобов'язань з найму майна і тимчасовим характером користування найнятим майном. Відповідно до ст. 785 ЦК у разі припинення договору найму наймач зобов'язаний негайно повернути наймодавцеві річ у стані, у якому вона була одержана, з урахуванням нормального зносу, або у стані, котрий було обумовлено у договорі.

У тому разі якщо внаслідок винної поведінки наймача стан речі погіршився, наймодавець вправі вимагати її відновлення, а у разі неможливості цього — відшкодування завданих йому збитків. У той же час наймач не буде нести відповідальність за погіршення речі, якщо це сталося внаслідок нормального її зношення або упущень наймодавця (ст. 779 ЦК).

ЦК також встановлює відповідальність наймача за прострочення повернення речі наймодавцеві. У цьому випадку наймодавець має право вимагати від наймача сплати неустойки у розмірі подвійної плати за користування річчю за час прострочення (ч. 2 ст. 785 ЦК). Встановлюються й інші негативні наслідки для наймача за прострочення повернення речі наймодавцеві, зокрема у ст. 772 ЦК визначено, що наймач, який затримав повернення речі наймодавцеві, несе ризик її випадкового знищення або випадкового пошкодження.

ЦК стимулює належне виконання наймачем своїх обов'язків. Наймач, який належно виконує обов'язки за договором найму, після спливу строку договору має переважне право перед іншими особами на укладення договору найму на новий строк (ч. 1 ст. 777 ЦК). Переважне право на укладення договору найму має на умовах, рівних з особами, які також бажають укласти договір найму. Умови договору найму на новий строк встановлюються за домовленістю сторін. У разі недосягнення домовленості щодо плати та інших умов договору переважне право наймача на укладення договору припиняється. У тому ж випадку, якщо наймодавець укладе з третьою особою договір найму на тих умовах, на яких він не погодився укласти договір з наймачем, останній може вимагати переведення прав та обов'язків наймача за укладеним договором на нього.

Існування переважного права орендаря на укладання договору найму на новий строк дещо обмежено у часі. Наймач, який має намір скористатися переважним правом на укладення договору найму на новий строк, зобов'язаний повідомити про це наймодавця до спливу строку договору найму в строк, встановлений договором, а якщо він не передбачений договором, — у розумний строк.

Наймач, який належно виконує свої обов'язки за договором найму, у разі продажу власником речі, переданої у найм, має переважне право перед іншими особами на її придбання (ч. 2 ст. 777 ЦК). Зазначене право наймач має протягом строку дії договору найму; у разі припинення договору воно припиняє своє існування. У випадку продажу речі третім особам на умовах, рівних із запропонованими наймачем, останній має право вимагати переведення на нього прав та обов'язків покупця.

Підстави припинення договору та розірвання договору. Договір найму припиняється за спеціальними підставами, визначеними ЦК. Частиною 1 ст. 781 ЦК передбачено, що договір найму припиняється у разі смерті фізичної особи наймача, якщо інше не встановлено договором або законом. Смерть фізичної особи наймодавця не є підставою припинення договору найму, оскільки права та обов'язки у цьому разі переходять до його спадкоємців (ч. 1 ст. 770 ЦК).

Підставою для припинення договору найму є також ліквідація юридичної особи, котра була наймачем або наймодавцем, оскільки у такому випадку відсутні правонаступники, а, отже, немає суб'єкта, до якого переходять у цьому разі права та обов'язки. Підставою для припинення договору найму може бути

і відчуження наймодавцем речі, але лише у тому разі, якщо сторони обумовили це у договорі (ч. 2 ст. 770 ЦК).

Окрім зазначених спеціальних підстав припинення договору найму, його припинення може відбуватись і на загальних підставах, але тільки у тому разі, якщо вони не протирічать сутності найму. Зокрема, договір найму припиняється за домовленістю сторін новацією тощо.

Закон пов'язує розірвання договору найму з винною поведінкою його сторін. Наймач має право вимагати розірвання договору найму, якщо наймодавець: передав у користування річ, якість якої не відповідає умовам договору та призначенню речі; не виконує свого обов'язку щодо проведення капітального ремонту речі (ст. 784 ЦК).

Підставою для розірвання договору на вимогу наймача є порушення наймодавцем обов'язку про повідомлення наймача про всі права третіх осіб на річ, що передається у найм (ч. 2 ст. 769 ЦК). У цьому разі наймач може вимагати не лише розірвання договору, а й відшкодування збитків.

Наймодавцеві закон надає право вимагати розірвання договору в тих випадках, якщо наймач: користується річчю всупереч договору або призначенню речі; без дозволу наймодавця передав річ у користування іншій особі; своєю недбалою поведінкою створює загрозу пошкодження речі; не приступив до проведення капітального ремонту речі у разі, коли обов'язок проведення капітального ремонту був покладений на наймача (ст. 783 ЦК).

Як і будь-який договір, договір найму не може бути розірваний в односторонньому порядку. Виняток становить ст. 782 ЦК, якою передбачено право наймодавця відмовитися від договору найму і вимагати повернення речі, якщо наймач не вносить плату за користування нею протягом трьох місяців підряд. Договір вважається розірваним з моменту одержання наймачем повідомлення наймодавця про відмову від договору.

§ 2. Договір прокату²²⁸

За договором прокату наймодавець, який здійснює підприємницьку діяльність з передання речей у найм, передає або зобов'язується передати рухому річ наймачеві у користування за плату на певний строк (ч. 1 ст. 787 ЦК).

Підхід законодавця до назви цього договору в ринкових умовах свідчить про те, що мова вже йде не про договір побутового прокату, як це зазначалося у статтях 273–276 ЦК УРСР і котрий слугував одним з правових засобів задоволення побутових потреб лише фізичних осіб, а про договір прокату, предмет якого може використовуватися і для виробничих потреб, якщо це було обумовлено у договорі. А звідси наймачами можуть бути і юридичні особи, що займаються господарською діяльністю. До речі, хоча це і є новелою ЦК, у раніше чинному законодавстві на рівні підзаконних нормативно-правових актів визнавався такий різновид договору майнового найму, як прокат технічних засобів. Зокрема, діяли Типові правила прокату приладів, устаткування та інших технічних засобів, затверджені постановою Держзбуту СРСР і Держарбітражу СРСР від 28 червня 1978 р.²²⁹

Проте в сучасних умовах наймачі — юридичні особи або фізичні особи — підприємці не можуть використовувати предмет прокату для отримання прибутку.

²²⁸ Термін «прокат» має давню історію, бо ним ще в дореволюційному російському законодавстві визначався один із договорів майнового найму, а саме договір найму меблів, одягу, тобто рухомого майна.

²²⁹ Бюл. нормат. актів м-в и ведомств СССР. – 1979. – № 1. – С. 41.

Договір прокату традиційно сконструйований як самостійний вид договору найму (оренди), який містить такі відмінності від останнього, що це потребує спеціального регулювання. Це і пояснює появу § 2 глави 58 ЦК (статті 787 — 791). Отже, якщо інше не встановлено спеціальним законом, до відносин, що виникають на підставі цього договору, субсидіарно застосовуються загальні положення про найм (оренду).

До особливостей договору прокату слід віднести те, що, на відміну від договору найму (оренди), він є **договором приєднання** (ч. 2 ст. 787 ЦК). Це означає: якщо особливості укладення та виконання договору найму (оренди) окремих видів майна можуть встановлюватися тільки ЦК та іншим законом (статті 759, 787 ЦК), то наймодавець може передбачити типові умови договору прокату, а наймач для укладення цього договору лише приєднується до запропонованих пропозицій у цілому і не може висувати свої вимоги до умов договору (ч. 1 ст. 634 ЦК). Типові умови договору не можуть порушувати прав наймачів, встановлених законом. Зокрема, типові умови не можуть містити заборони для наймача відмовитися від договору в будь-який час або, навпаки, надати йому право на укладення договору піднайму тощо. Якщо ж наймач позбавляється прав, яких йому надано законом, або договір містить інші умови, явно обтяжливі для нього, договір на вимогу наймача може бути змінений або розірваний. При цьому наймач має довести, що він, виходячи зі своїх інтересів, не прийняв би цих умов за наявності у нього можливості брати участь в їх визначенні у договорі.

До введення в дію нового ЦК договори побутового прокату уклалися на підставі затверджених Кабінетом Міністрів України, міністерствами або відомствами типових договорів або інших правил (наприклад, на підставі Порядку надання у тимчасове користування громадянам предметів культурно-побутового призначення та господарського вжитку, затвердженого наказом Укрсоюзсервісу від 16 грудня 1999 р.²³⁰ На сьогодні вони повинні бути приведені у відповідність з новим ЦК.

Договір прокату також визначається як **публічний договір** (ч. 3 ст. 787 ЦК), що створює наймачам додаткові гарантії захисту їх інтересів²³¹. Це означає, що наймодавець взяв на себе обов'язок здійснювати підприємницьку діяльність з передання речей у найм кожному, хто до нього звертається. Тобто відповідно до закону (ст. 633 ЦК) він не має права надавати переваги одному наймачеві перед іншим щодо укладення цього договору, не має права відмовитися від укладення договору прокату за наявності у нього можливостей надання наймачеві відповідних речей у найм. У разі необгрунтованої відмови наймодавець має відшкодувати збитки, завдані наймачу такою відмовою. Умови договору прокату як публічного договору встановлюються однаковими для всіх наймачів, крім тих, кому за законом надані відповідні пільги. Якщо актами цивільного законодавства встановлені певні правила, то вони обов'язкові для сторін при укладенні і виконанні договору прокату. Якщо договір міститиме умови, які ущемляють права наймача, вони є нікчемними.

Договір прокату є **двостороннім**, оскільки кожна із його сторін має права і несе обов'язки щодо одна однієї. Цей договір є **оплатним**, бо наймач користується переданою у найм річчю за плату, яка встановлюється за тарифами наймодавця. Договір прокату може бути як **реальним**, так і **консенсуальним**. Якщо наймодавець передає наймачеві річ у момент укладення договору — це реальний договір. Якщо ж сторони досягли узгодження за всіма істотними умовами договору, передбачивши передачу речі у майбутньому, то це — консенсуальний договір, у якому момент вступу договору в силу не пов'язується

²³⁰ Типові договори визнавалися нормативними актами і підлягали застосуванню в обов'язковому порядку.

²³¹ Див.: Гражданское право России. Обязательственное право [Текст] : курс лекций / отв. ред. О. Н. Садилов. – М. : Юристь. – С. 285.

з переданням речі наймачу. Ця передача повинна розглядатися як виконання укладеного договору прокату з боку наймодавця²³².

ЦК не висуває окремих вимог до форми договору прокату. Тому, виходячи із загальних правил, що містяться у ст. 636 ЦК, слід дійти висновку, що він може бути укладений у будь-якій формі, якщо інше не буде передбачено у типових умовах договору прокату.

Характеризуючи договір прокату, слід зазначити, що для нього недостатньо однієї передачі речі у найм, тобто у користування за плату на певний строк. Особливість цього договору полягає у тому, що річ передається за правилом для використання з метою задоволення побутових потреб, хоча, як вже вказувалося, сторони можуть обумовити у договорі її використання для виробничих потреб.

Характерною ознакою договору прокату є його предмет, яким може бути лише рухома річ²³³, тобто неспоживна, індивідуально визначена, яка використовується для задоволення побутових невикробничих потреб (ч.1 ст. 788 ЦК). Виходячи саме з цього, як наймачі частіше за все виступають фізичні особи, які, укладаючи договір, задовольняють свої потреби у культурно-побутових предметах та предметах домашнього вжитку. Це може бути побутова техніка, радіо- і телевізійна апаратура, обладнання, прилади тощо.

Наймодавцем за цим договором може виступати тільки суб'єкт підприємницької діяльності²³⁴, найчастіше — спеціальні юридичні особи, хоча не виключено, що ними можуть бути і фізичні особи-підприємці. Саме це робить необхідним ввести додаткові гарантії для наймачів, що досягається шляхом визнання даного договору публічним, через можливість захисту прав наймачів на підставі норм Закону України «Про захист прав споживачів», а також конструювання цього договору як договору приєднання.

Договір прокату може укладатися тільки на визначений строк (ч. 1 ст. 787 ЦК).

Права та обов'язки сторін. ЦК дуже стисло зазначив ті особливі права та обов'язки, які мають сторони договору прокату. Їх, безумовно, більше, що може знайти свій відбиток у типових умовах договору.

Наймодавець у договорі прокату несе обов'язки і має права такі, як і наймодавець у договорі найму (оренди)²³⁵, але, що стосується капітального і поточного ремонту речі, то він їх здійснює за свій рахунок, якщо не доведе, що пошкодження речі сталося з вини наймача (ч. 3 ст. 791 ЦК). Наймодавець встановлює тарифи на оплату за прокат речі (ст. 789 ЦК).

Що стосується прав та обов'язків наймача, то вони в цілому тотожні правам та обов'язкам наймача у договорі найму (оренди). Але, виходячи з того, що за загальним правилом предмет прокату може використовуватися для задоволення побутових потреб, наймач не має права на укладення договору піднайму (ч.1 ст. 791 ЦК), не має переважного права на купівлю речі у разі її продажу наймодавцем (ч. 2 ст. 791 ЦК). Між тим наймач має право відмовитися від договору прокату і повернути річ наймодавцеві у будь-який час. При цьому плата за прокат речі, що сплачена наймачем за весь строк договору, зменшується до тривалості фактичного користування нею (ст. 790 ЦК).

²³² Див.: Витрянский, В. В. Договорное право [Текст]. Кн. 2: Договоры о передаче имущества / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. – М. : Статут, 2000. – С. 441–442.

²³³ Викликає подив, що, коментуючи ст. 788 ЦК, А. І. Дрішлюк як предмет договору прокату розглядає нежиле приміщення (див.: Цивільний кодекс України [Текст] : коментар. – Х. : Одіссей, 2003. – С. 542). Це суперечить ст. 788 ЦК, бо відповідно до закону нежиле приміщення – об'єкт нерухомості.

²³⁴ Існує точка зору, що саме виступ на стороні наймодавця-професіонала, незалежно від того, хто виступатиме на боці наймача, є необхідною і достатньою ознакою договору прокату (див.: Романец, Ю. С. Система договорів в гражданском праве России [Текст] / Ю. С. Романец. – М. : Юристъ, 2001. – С. 333).

²³⁵ Див. § 1 цієї глави.

§ 3. Найм (оренда) земельної ділянки

Суб'єктами права власності на землю (земельну ділянку) є фізичні особи, юридичні особи, держава, територіальні громади (ч. 1 ст. 374 ЦК). Власник земельної ділянки може передати своє право володіння та користування нею іншій особі. Як правило, така передача права здійснюється шляхом укладення договору найму (оренди) земельної ділянки. Цей договір є одним із видів договору найму (оренди). Отже, на нього поширюються загальні положення про найм (оренду), закріплені в § 1 глави 58 ЦК. Особливість об'єкта договору найму (оренди) земельної ділянки обумовлює його специфіку та особливості правового регулювання договірних відносин у цій сфері²³⁶. Відносини, пов'язані з наймом (орендою) землі, регулюються, окрім ЦК, ЗК України, Законом України «Про оренду землі»²³⁷, іншими законами України та нормативно-правовими актами, прийнятими відповідно до них.

За договором найму (оренди) земельної ділянки наймодавець зобов'язується передати наймачеві земельну ділянку на встановлений договором строк у володіння та користування за плату (ст. 792 ЦК).

Цей договір є двостороннім, взаємним, відплатним і консенсуальним.

Сторонами договору є **наймодавець (орендодавець)** і **наймач (орендар)**. Законодавець не встановлює обмежень щодо суб'єктного складу сторін договору найму (оренди) земельної ділянки.

Наймодавцем (орендодавцем) може бути будь-який учасник цивільних правовідносин, який є власником земельної ділянки, або уповноважена ним особа. Отже, особи, яким земельні ділянки передано в користування, не можуть бути орендодавцями землі. Суб'єктами права власності на землю відповідно до ст. 80 ЗК є: фізичні та юридичні особи (на землі приватної власності); територіальні громади, які реалізують своє право безпосередньо або через органи місцевого самоврядування (на землі комунальної власності); держава, котра реалізує це право через відповідні органи державної влади (на землі державної власності). Право власності на земельну ділянку посвідчується державним актом або іншими документами, зазначеними в ст. 126 ЗК.

Орендодавцями земельних ділянок, що перебувають у комунальній власності, є сільські, селищні, міські ради в межах повноважень, визначених законом. Орендодавцями земельних ділянок, що перебувають у спільній власності територіальних громад, є районні, обласні ради та Верховна Рада Автономної Республіки Крим у межах повноважень, визначених законом. Орендодавцями земельних ділянок, що перебувають у державній власності, є районні, обласні, Київська і Севастопольська міські державні адміністрації, Рада міністрів Автономної Республіки Крим та Кабінет Міністрів України в межах повноважень, визначених законом²³⁸.

²³⁶ У цьому параграфі йдеться про найм (оренду) земельної ділянки після виділення її в натурі (на місцевості) й отримання державного акта на право власності на неї й не розглядаються питання найму (оренди) земельної частки (паю). Оформлення державних актів на право власності на землю потребує переукладення договорів оренди земельної частки (паю) на договори найму (оренди) земельної ділянки.

²³⁷ Відом. Верхов. Ради України. – 2004. – № 10. – Ст. 102.

²³⁸ Правові засади розмежування земель державної та комунальної власності, що впливає на здатність органів державної влади та органів місцевого самоврядування виступати наймодавцем (орендодавцем) земельної ділянки, визначаються Законом «Про розмежування земель державної та комунальної власності» від 5 лютого 2004 р.

Наймачем (орендарем) може виступати фізична або юридична особа. Орендарями земельних ділянок також можуть бути районні, обласні, Київська і Севастопольська міські державні адміністрації, Рада міністрів Автономної Республіки Крим та Кабінет Міністрів України у межах повноважень, визначених законом; сільські, селищні, міські, районні та обласні ради, Верховна Рада Автономної Республіки Крим у межах повноважень, визначених законом. Земельні ділянки можуть передаватися в оренду громадянам і юридичним особам України, іноземцям та особам без громадянства, іноземним юридичним особам, міжнародним об'єднанням та організаціям, а також іноземним державам.

Об'єктами оренди є земельні ділянки, що перебувають у власності фізичних та юридичних осіб, комунальній або державній власності. Земельна ділянка — це частина земної поверхні з установленими межами, певним місцем розташування, з визначеними щодо неї правами (ст. 79 ЗК). Право власності на земельну ділянку поширюється в її межах на поверхневий (грунтовий) шар, на водні об'єкти, ліси і багаторічні насадження, які на ній розташовані, а також поширюється на простір над та під поверхнею ділянки на висоту і на глибину, необхідні для зведення житлових, виробничих та інших будівель і споруд. Земельна ділянка може передаватися у найм (оренду) разом з насадженнями, будівлями, спорудами, водоймами, які розташовані на ній, або без них (ч. 2 ст. 792 ЦК).

Договір найму (оренди) земельної ділянки укладається у письмовій **формі**. Нотаріальне посвідчення такого договору не є обов'язковим, а здійснюється лише за бажанням сторін або на вимогу однієї із них.

Цей договір підлягає державній реєстрації (ст. 18 Закону України «Про оренду землі»), що є офіційним визнанням і підтвердженням державою факту виникнення або припинення права оренди земельних ділянок. Отже, відповідно до ч. 3 ст. 640 ЦК договір найму (оренди) земельної ділянки вважається укладеним з моменту його державної реєстрації. Порядок та органи, що здійснюють державну реєстрацію, визначені постановою Кабінету Міністрів України від 25 грудня 1998 р. № 2073 «Про затвердження Порядку державної реєстрації договорів оренди землі»²³⁹. Згідно з цією постановою державна реєстрація зазначених договорів провадиться виконавчими комітетами сільських, селищних, міських рад, Київською та Севастопольською міськими державними адміністраціями за місцем розташування земельної ділянки.

Невід'ємною частиною договору оренди є план або схема земельної ділянки, яка передається у найм (оренду); кадастровий план земельної ділянки з відображенням обмежень (обтяжень) у її використанні та встановлених земельних сервітутів; акт визначення меж земельної ділянки в натурі (на місцевості); акт приймання-передачі об'єкта оренди; проект відведення земельної ділянки у разі його розроблення згідно із законом, зокрема, якщо земельна ділянка передається в оренду зі зміною її цільового призначення. Якщо договором оренди землі передбачається здійснити заходи, спрямовані на охорону та поліпшення об'єкта оренди, до договору додається угода щодо відшкодування орендарю витрат на такі заходи. Відсутність вказаних документів може бути підставою для визнання договору недійсним.

У статті 15 Закону України «Про оренду землі» закріплений перелік **істотних умов** договору найму (оренди) земельної ділянки. До них належать: об'єкт оренди (місце розташування та розмір земельної ділянки); строк дії договору оренди; орендна плата із зазначенням її розміру, індексації, форм платежу, строків, порядку її внесення і перегляду та відповідальності за її несплату; умови використання та цільове призначення земельної ділянки, яка передається в оренду; умови збереження стану об'єкта оренди; умови і строки передачі земельної ділянки орендарю; умови повернення земельної ділянки орендодавцеві; існуючі обмеження (обтяження) щодо використання земельної ділянки; визначення сторони, яка несе ризик випадкового пошкодження або знищення об'єкта оренди або його частини; відповідальність сторін; умови передачі

²³⁹ Офіц. вісн. України. – 1998. – № 52. – Ст. 1943.

у заставу та внесення до статутного фонду права оренди земельної ділянки. Відсутність у договорі оренди земельної ділянки хоча б однієї із зазначених істотних умов, є підставою не тільки для визнання його недійсним, а й для відмови у державній реєстрації договору.

За згодою сторін у договорі можуть бути зазначені й інші умови щодо використання земельної ділянки. При цьому, якщо за заявою однієї зі сторін щодо таких умов не досягнуто згоди, договір оренди згідно зі ст. 638 ЦК вважатиметься неукладеним.

Строк дії договору оренди землі визначається за взаємною згодою сторін. Законодавець встановлює максимальний строк дії договору оренди у 50 років. Короткостроковою є оренда земельної ділянки не більше п'яти років, а довгостроковою — від 5 до 50 років.

Відповідно до ст. 33 Закону України «Про оренду землі» орендар, який належно виконував обов'язки відповідно до умов договору, після закінчення строку його дії має за інших рівних умов переважне право на поновлення договору. У разі якщо орендар продовжує користуватися земельною ділянкою після закінчення строку договору оренди, то за відсутності письмових заперечень (лист-повідомлення) орендодавця протягом одного місяця після закінчення строку договору він підлягає поновленню на той самий строк і на тих самих умовах, які були передбачені договором.

Використання землі в Україні є платним. За користування земельною ділянкою наймач (орендар) зобов'язаний сплачувати наймодавцю (орендодавцю) **орендну плату**²⁴⁰, розмір, форма та строки внесення якої узгоджуються сторонами у договорі. Строки внесення орендної плати за земельні ділянки державної та комунальної власності встановлюються законом. Розмір орендної плати не залежить від наслідків господарської діяльності орендаря. Обчислення розміру орендної плати за землю здійснюється з урахуванням індексів інфляції, якщо інше не передбачено договором оренди. Зміна орендної плати за землю може здійснюватися за згодою сторін. У разі недосягнення такої згоди встановлений договором розмір цієї плати вважається не зміненим. Орендна плата за земельні ділянки державної і комунальної власності, які передані в оренду для сільськогосподарського використання, переглядається один раз на три роки в порядку, встановленому законом або договором оренди.

Орендодавець як платник земельного податку в разі збільшення його розміру має право вимагати збільшення орендної плати, якщо інше не передбачено договором. Орендар же має право вимагати зменшення орендної плати у разі погіршення стану земельної ділянки не з його вини. Орендна плата може бути визначена у різних формах, а саме у грошовій, натуральній (зерном, цукром тощо) та відробітковій (надання послуг орендодавцю з ремонту техніки, забезпечення транспортом тощо). Сторони у договорі можуть визначити орендну плату шляхом поєднання різних її форм. Внесення орендної плати оформлюється письмово, за винятком перерахування коштів через фінансові установи.

У договорі оренди повинні бути зазначені як приналежність земельної ділянки до земель конкретної категорії, так і ціль її використання — будівництво, обслуговування будинків і споруд за їх фактичним знаходженням, ведення сільськогосподарського виробництва тощо.

У договорі оренди земельної ділянки обов'язково вказуються права третіх осіб на конкретну площу (при наявності таких), а також обмеження в її використанні. Дана вимога продиктована положеннями розділу 16 ЗК «Право земельного сервітуту» та розділу 18 ЗК «Обмеження прав на землю». Згідно зі ст. 98 ЗК право земельного сервітуту — це право власника або землекористувача на обмежене платне або безкоштовне користування чужою земельною ділянкою (ділянками). Земельний кодекс не передбачає обов'язкового укладення договору земельного сервітуту під час укладення договору оренди землі, проте якщо у договорі

²⁴⁰ Орендна плата за земельну ділянку є однією з форм плати за землю в Україні, яка справляється у двох формах: земельного податку та орендної плати.

оренди земельної ділянки не передбачено умови (один із видів права земельного сервітуту), то одна зі сторін може вимагати укладення договору сервітуту або внесення відповідних змін до договору оренди.

Основні права та обов'язки сторін договору найму (оренди) земельної ділянки закріплені у статтях 24, 25 Закону України «Про оренду землі». Права та обов'язки сторін мають взаємний характер, тобто обов'язку однієї сторони кореспондує право другої. Чинне законодавство надає орендареві широку економічну самостійність, однак орендодавець наділений правами, що дають йому можливість контролювати процес використання орендарем земельної ділянки і своєчасність внесення орендної плати.

Орендодавець зобов'язаний передати орендарю в користування земельну ділянку в стані, який відповідає умовам договору оренди, забезпечивши при цьому реалізацію прав третіх осіб щодо цієї ділянки; не перешкоджати орендареві користуватися орендованою земельною ділянкою; відшкодувати орендарю капітальні витрати, пов'язані з поліпшенням стану об'єкта оренди, яке проводилося орендарем за згодою орендодавця; попередити орендаря про особливі властивості та недоліки земельної ділянки, які в процесі її використання можуть спричинити екологічно небезпечні наслідки для довкілля або призвести до погіршення стану самого об'єкта оренди.

Орендар зобов'язаний приступати до використання земельної ділянки в строки, встановлені договором оренди землі; використовувати земельну ділянку за цільовим призначенням згідно з договором оренди; своєчасно вносити орендну плату за користування земельною ділянкою; виконувати встановлені щодо об'єкта оренди обмеження (обтяження) в обсязі, передбаченому законом або договором оренди землі; дотримуватися режиму використання земель природно-заповідного та іншого природоохоронного призначення, оздоровчого, рекреаційного та історико-культурного призначення.

Орендар має право самостійно господарювати на землі з дотриманням умов договору її оренди; за письмовою згодою орендодавця зводити в установленому законодавством порядку житлові, виробничі, культурно-побутові та інші будівлі і споруди та закладати багаторічні насадження; отримувати продукцію і доходи; здійснювати в установленому законодавством порядку за письмовою згодою орендодавця будівництво водогосподарських споруд та меліоративних систем.

Орендар має право передати орендовану земельну ділянку або її частину у суборенду, якщо таке право передбачено договором оренди. У випадку якщо у договорі оренди суборенда земельної ділянки не встановлена, орендар повинен отримати письмову згоду на це орендодавця. При цьому мовчання орендодавця (відсутність письмового повідомлення щодо своєї згоди чи заперечення) протягом одного місяця надає право орендарю укласти договір суборенди земельної ділянки або її частини. Враховуючи, що договір суборенди є похідним від основного договору оренди земельної ділянки, його умови не повинні суперечити умовам основного договору. Крім того, умови договору суборенди земельної ділянки (її частини) мають визначатися у межах договору оренди земельної ділянки, зокрема, строк суборенди не може перевищувати строку дії договору оренди земельної ділянки; у разі припинення або розірвання договору оренди чинність договору суборенди земельної ділянки припиняється.

Договір суборенди укладається у письмовій формі та за згодою сторін може посвідчуватися нотаріально. Обов'язковою є державна реєстрація договору суборенди земельної ділянки²⁴¹.

Основними засадами укладення договору найму (оренди) земельної ділянки, сторонами якого виступають фізичні або юридичні особи приватного права, є свобода договору та справедливість, добросовісність і розумність.

§ 4. Договір найму будівлі або іншої капітальної споруди

²⁴¹ Постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження Порядку державної реєстрації договорів оренди землі» встановлює єдині умови реєстрації договорів оренди та суборенди земельних ділянок.

Окремим різновидом договору найму (оренди) є найм будівлі або іншої капітальної споруди, що обумовлено специфікою його предмета.

За договором найму будівлі або іншої капітальної споруди (їх окремої частини) одна сторона (наймодавець) передає або зобов'язується передати іншій стороні (наймачеві) будівлю, іншу капітальну споруду або їх окрему частину в користування за плату на певний строк.

У разі неврегулювання певних відносин, що випливають з договору найму будівлі або іншої капітальної споруди (далі — будівлі), у договорі або спеціальними нормами ЦК та іншими актами цивільного законодавства до них застосовуються загальні положення про найм (глава 58 ЦК).

Договір найму будівлі є *відплатним* та *двостороннім*. Він може бути *консенсуальним* або *реальним*.

Сторонами договору найму будівлі є наймодавець та наймач. Наймодавцем може бути власник будівлі або особа, якій належать майнові права на неї. Наймачем виступає будь-який учасник цивільних відносин, а також особа, уповноважена на укладення договору найму будівлі. Виходячи з функціонального призначення предмета цього договору, наймачем, як правило, є суб'єкт підприємницької діяльності.

Договір найму будівлі вважається укладеним з моменту, коли сторони у належній формі досягли згоди з усіх істотних умов договору, якщо момент укладення договору не пов'язаний з передачею будівлі наймачу. У зв'язку з тим, що законом не встановлено спеціальних істотних умов договору найму будівлі, єдиною загальною істотною умовою останнього (крім ініціативних) є предмет договору.

Предметом договору є будівля, інша капітальна споруда або їх окремі частини. У ЦК та інших актах цивільного законодавства відсутнє визначення понять «будівля» та «капітальна споруда». У Державному класифікаторі будівель подається таке їх визначення: **споруди** — це будівельні системи, пов'язані із землею, які створені з будівельних матеріалів, напівфабрикатів, устаткування та обладнання в результаті виконання різних будівельно-монтажних робіт²⁴²; **будівлі** — це споруди, що складаються з несучих та огорожувальних або сполучених (несуче-огорожувальних) конструкцій, які утворюють наземні або підземні приміщення, призначенні для проживання або перебування людей, розміщення устаткування, тварин, рослин, а також предметів²⁴³.

Отже, за змістом предмет договору найму будівлі є вужчим, ніж такий об'єкт цивільних прав, як нерухоме майно (нерухомість). По-перше, самостійним предметом цього договору не є така складова нерухомості, як земельна ділянка. Остання у розмірі, необхідному для досягнення мети найму, розглядається як приналежність будівлі або іншої капітальної споруди, що виступає предметом договору найму. По-друге, не будь-яка так звана рукотворна нерухомість, а тільки такий її різновид, як будівля або інша капітальна споруда (їх окремі частини), можуть бути предметом договору найму, який регулюється § 4 глави 58 ЦК. По-третє, не є предметом цього договору будівлі або інші капітальні споруди житлового призначення (житлові будинки). Хоча житловий будинок й є будівлею капітального типу (ст. 380 ЦК), але користування ним здійснюється на підставі договору найму (оренди) житла (глава 59 ЦК). Вилучення будівель житлового призначення з переліку об'єктів, які можуть бути предметом договору найму будівлі, має важливе юридичне значення. Зокрема, у ЦК закріплені різні правила щодо оформлення та державної реєстрації договорів найму будівлі та найму (оренди) житла (статті 793, 794 та 811).

²⁴² Державний класифікатор будівель та споруд ДК 018-2000 [Електронний ресурс] : затв. наказом Держстандарту України від 17 серп. 2000 р. № 507 // Програмний продукт «Нормативні акти України». – Версії 8.4.0.0. Режим доступу: www.nau.kiev.ua.

²⁴³ Державний класифікатор будівель та споруд ДК 018-2000 [Електронний ресурс] : затв. наказом Держстандарту України від 17 серп. 2000 р. № 507 // Програмний продукт «Нормативні акти України». – Версії 8.4.0.0. Режим доступу: www.nau.kiev.ua.

Виходячи зі змісту ст. 376 ЦК, самочинне будівництво не може бути предметом договору найму будівлі, тому що на цей об'єкт не набувається право власності. Не включаються у поняття «будівля» тимчасові споруди, які підлягають знесенню після виконання свого функціонального призначення. Це обумовлено, по-перше, тим, що тимчасові будови призначені для задоволення певних потреб (проживання робітників, розміщення матеріалів, устаткування тощо) протягом обмеженого періоду часу. По-друге, такі споруди, як правило, не мають ознак капітального будівництва, зокрема, у них відсутній фундамент, укріплений у землю.

До завершення будівництва (створення майна) особа вважається власником матеріалів, обладнання тощо, які були використані в процесі цього будівництва (створення майна). Отже, зазвичай незавершене будівництво не вважається самостійним об'єктом, щодо якого можуть укладатися цивільно-правові договори. Однак 15 грудня 2005 р. було внесено зміни до ст. 331 ЦК, відповідно до яких у разі необхідності особа може укласти договір щодо об'єкта незавершеного будівництва, право власності на який реєструється органом, що здійснює державну реєстрацію прав на нерухоме майно на підставі документів, що підтверджують право власності або користування земельною ділянкою для створення об'єкта нерухомого майна, проектно-кошторисної документації, а також документів, що містять опис об'єкта незавершеного будівництва.

Будівля або інша капітальна споруда, що є предметом договору найму, може бути визначена через такі ознаки. **Будівля (капітальна споруда)** — це нерухоме майно капітального типу, прийняте до експлуатації (у певних випадках незавершене будівництво) та призначене для нежилых цілей.

Будівлі та споруди, будучи єдиним об'єктом права, мають складну внутрішню структуру, частини, що їх становлять. Внутрішньою частиною будівлі є приміщення. Приміщення як окрема частина будівлі може бути також предметом договору найму будівлі.

Будівля як нерухомість має певну супроводжувальну документацію, у якій визначається її функціональне призначення, план, розташування на земельній ділянці тощо. Супроводжувальні документи передаються наймачу разом з будівлею для ефективного використання об'єкта за призначенням.

Обчислення **строку** договору найму, як правило, починається з моменту передання наймачеві предмета договору. За домовленістю сторін у договорі може бути визначений інший момент, з якого починає обчислюватися строк його дії.

Передання наймачеві предмета договору оформлюється відповідним документом, яким, як правило, є акт приймання-передачі. Цей акт підписується наймодавцем та наймачем. Таким же чином оформлюється й припинення договору найму будівлі, а саме — сторони складають та підписують акт про повернення наймодавцю предмета договору найму. В акті засвідчується стан, у якому будівля передавалася однією стороною іншій. У зв'язку з неможливістю встановлення факту передачі нерухомого майна (воно фізично не може бути переміщене) саме дата підписання акта приймання-передачі вважається моментом передання цього об'єкта. Момент же передання будівлі за договором найму має важливе правове значення, тому що саме з ним пов'язуються такі наслідки, як початок та закінчення строку договору найму.

Переданню будівлі може передувати певна процедура: її огляд, перевірка тощо. Перевірка стану будівлі та відповідності її умовам договору найму і призначенню будівлі є обов'язком наймача (ч. 3 ст. 767 ЦК). У разі невиконання цього обов'язку наймачем вважається, що будівля передана йому в належному стані.

Акт не тільки визначає момент (дату) передачі об'єкта найму, а й містить певні характеристики останнього, зокрема технічний та санітарний стан будівлі. Ці характеристики мають істотне значення при вирішенні питання про належний стан будівлі при її поверненні наймодавцеві по закінченні строку договору.

Плата за користування будівлею не є істотною умовою договору найму будівлі. Розмір плати за користування будівлею визначається на підставі амортизаційних відрахувань за основними фондами. При цьому враховуються також такі чинники, як територія розташування об'єкта, призначення його для певних

видів діяльності, технічні характеристики тощо. Якщо плата за користування будівлею не визначена сторонами у договорі, він не вважається неукладеним. При цьому розмір плати за користування визначається відповідно до загальних правил, закріплених у ст. 632 ЦК. Зокрема, при визначенні розміру плати за користування можуть застосовуватися ціни (тарифи, ставки тощо), встановлені уповноваженими органами влади або органами місцевого самоврядування. Наприклад, згідно з постановою Кабінету Міністрів України від 20 листопада 2003 р. № 1787²⁴⁴ органи місцевого самоврядування можуть визначати мінімальну вартість місячної оренди за

1 кв. м. нерухомого майна фізичних осіб. Якщо ж розмір плати за користування будівлею не встановлений ні законом, ні договором і не може бути визначений, виходячи з умов договору, то він визначається виходячи із звичайної плати за користування будівлями, що склалася на момент укладення договору (статті 632, 762 ЦК).

Плата за користування будівлею складається з двох частин. По-перше, це плата за користування власне будівлею. По-друге, плата за користування земельною ділянкою, на якій розташована будівля.

Договір найму будівлі або іншої капітальної споруди (їх окремої частини) укладається у письмовій **формі**. Недодержання вимоги закону щодо оформлення договору в письмовій формі тягне за собою правові наслідки, передбачені ст. 218 ЦК. У разі укладення договору найму будівлі, іншої капітальної споруди або їх окремої частини строком на три роки і більше він підлягає нотаріальному посвідченню та державній реєстрації. Отже, відповідно до загальних вимог ч. 3 ст. 640 ЦК договір найму даних об'єктів є вчиненим з моменту його державної реєстрації. Така реєстрація здійснюється нотаріусами шляхом внесення запису в Державний реєстр договорів одночасно з нотаріальним посвідченням договорів. Державна реєстрація договору найму будівлі може здійснюватися лише при наявності попередньої державної реєстрації прав на цей об'єкт.

Зміст договору найму будівлі становлять умови про права та обов'язки сторін. У ЦК відсутні спеціальні норми, що регулюють права та обов'язки наймодавця і наймача за договором найму будівлі. Отже, зміст цього договору становлять загальні права та обов'язки сторін за договором найму (оренди).

До основних обов'язків наймодавця належить обов'язок виконання договору найму, що полягає у наданні наймачеві будівлі у тимчасове користування у стані, який відповідає умовам договору найму та призначенню будівлі. ЦК передбачає особливий порядок передання будівлі наймачеві. Акт передачі включає підписання відповідного документа (акта) та надання супроводжувальних об'єкт документів. У разі припинення договору найму наймодавець зобов'язаний прийняти будівлю від наймача, підписавши відповідний документ (акт) про повернення йому предмета договору.

Виходячи з господарсько-експлуатаційних характеристик, будівля та земельна ділянка, на якій вона розташована, розглядаються як єдиний об'єкт. Отже, обов'язком наймодавця є також передача наймачу права користування земельною ділянкою у розмірі, необхідному для досягнення мети найму будівлі. При цьому, якщо у договорі дане питання не врегульоване, то наймач автоматично отримує це право на весь строк договору найму будівлі. У разі якщо власник будівлі не є власником земельної ділянки, на якій розміщена ця будівля, при укладенні договору найму будівлі вважається, що власник ділянки погоджується на надання наймачеві права користування земельною ділянкою. Вказана презумпція може бути спростована договором між наймодавцем будівлі та власником земельної ділянки. У цьому разі наймач будівлі повинен укласти окремий договір найму (оренди) земельної ділянки з її власником відповідно до ст. 792 ЦК.

Наймач зобов'язаний користуватися будівлею відповідно до її функціонального призначення, своєчасно та у повному розмірі здійснювати плату за користування, а у разі припинення договору найму негайно повернути наймодавцеві будівлю у належному стані.

²⁴⁴ Офіц. вісн. України. – 2003. – № 47. – Ст. 2432.

У наймача за договором найму будівлі одночасно з правом найму будівлі завжди виникає право користування земельною ділянкою, на якій вона розташована. Крім того, наймач набуває право користування також земельною ділянкою, що прилягає до будівлі, у розмірі, необхідному для досягнення мети найму. Труднощі з визначенням розміру земельної ділянки, необхідної для ефективного використання приміщення наймачем, виникають при укладенні договору найму окремої частини будівлі.

Права та обов'язки сторін договору найму будівлі щодо ремонту, поліпшення або погіршення будівлі регулюються загальними нормами про найм (оренду).

Договір найму будівлі припиняється на підставах, зазначених законом для звичайного договору найму (оренди). Особливий порядок припинення встановлений для договору найму будівлі, укладеного на невизначений строк. Так, кожна із сторін договору найму будівлі, укладеного без визначення строку його дії, може відмовитися від договору в будь-якій час, письмово попередивши про це другу сторону за три місяці.

§ 5. Договір оренди підприємства

ЦК указав на можливість підприємства виступати об'єктом договору оренди (ч. 4 ст. 191 ЦК), але не встановив його спеціального регулювання. Звідси можна припустити, що законодавець виходив із того, що положення §1 глави 58 ЦК поширюватимуться й на оренду підприємства, якщо інше не буде встановлено спеціальним законом²⁴⁵. Проте питання, що виникають при укладенні договорів оренди підприємств приватних власників, не можуть бути вирішені тільки на підставі загальних положень договору найму (оренди), оскільки їх вирішення потребує запровадження хоча й подібної за своєю спрямованістю, але спеціальної договірної форми, яка б враховувала оборотоздатність підприємства. Так, орендар підприємства, на відміну від орендаря будь-якого іншого майна, має право здійснювати над підприємством фактичне та юридичне панування, але при умові, що ці дії не призведуть до подальшого зменшення вартості майна підприємства, переданого в оренду «на ходу». Тому проблема врегулювання відносин, що виникають при укладенні договору оренди підприємства приватного власника, потребує свого вирішення на рівні ЦК, що узгоджується з положеннями § 1 глави 58 ЦК, відповідно до ч. 3 ст. 760 якого особливості найму окремих видів майна (підприємство — це майно), повинні встановлюватися або ЦК, або іншим законом. Норми, що становлять загальні положення про найм (оренду) майна, можуть застосовуватися в субсидіарному порядку до договору оренди підприємства, але з урахуванням особливостей оборотоздатності цього об'єкта.

За договором оренди підприємства власник підприємства — орендодавець зобов'язується передати орендареві підприємство як єдиний майновий комплекс, що використовується для здійснення підприємницької діяльності, у володіння і користування за призначенням, за плату і на певний строк.

Цей договір — двосторонній, консенсуальний, оплатний, строковий. Він укладається у письмовій формі і підлягає нотаріальному посвідченню.

²⁴⁵ У сфері орендних відносин діє Закон України «Про оренду державного та комунального майна» (Відом. Верхов. Ради України. – 1995. – № 15. – Ст. 99) (далі – Закон), а також значний масив нормативно-правових актів, прийнятих на його розвиток. Аналіз положень цього Закону свідчить, що він розроблявся спеціально для регулювання організаційних відносин, пов'язаних із передачею в оренду майна державних підприємств та організацій і підприємств, заснованих на майні, що належить АРК, або перебуває в комунальній власності, а також майнових відносин між орендодавцями та орендарями щодо використання вказаного майна. Тому, хоча в Законі і зазначено, що його положення можуть бути застосовані до оренди майна інших форм власності (приватної власності), якщо інше не буде передбачено законодавством та договором оренди, застосування в цілому положень Закону, який поєднує в собі публічно-правові та приватноправові способи регулювання, до договору оренди підприємства приватного власника без врахування специфіки останнього недоцільно.

Істотними умовами договору слід вважати: *предмет* (передавальний акт повинен містити дані про склад підприємства, що передається в оренду, та його вартість); *строк*, на який укладається договір оренди; *орендну плату*.

Договір оренди підприємства має спільні риси з договором купівлі-продажу підприємства, що обумовлено предметом цих договорів. Так, його укладенню передують такі підготовчі дії, як визначення складу підприємства та його ціни, аудиторська перевірка, повідомлення кредиторів про укладення договору тощо. Звідси невід'ємною частиною цього договору стають: акт інвентаризації, бухгалтерський баланс, висновок незалежного аудитора про склад і вартість підприємства, перелік усіх боргів (зобов'язань), що включаються до складу підприємства, з обов'язковою вказівкою кредиторів, характеру, розміру й строків вимог останніх.

Сторонами договору виступають орендодавець — власник підприємства, і орендар — суб'єкт підприємницької діяльності — фізична чи юридична особа, які обізнані з конкретним видом підприємницької діяльності (видами діяльності), яку (які) за допомогою підприємства здійснював орендодавець цього підприємства.

Договір оренди підприємства хоча і спрямований на використання останнього за призначенням, але на відміну від договору купівлі-продажу підприємства не покладає на орендодавця такого специфічного обов'язку, як введення орендаря у сферу діяльності цього підприємства. Це пов'язано з тим, що покупцем підприємства може бути хоча і суб'єкт підприємницької діяльності, але не обов'язково обізнаний, а може і зовсім не обізнаний з усіма тонкощами здійснення того виду діяльності, якою займався за допомогою цього підприємства його власник. Орендар бере в оренду підприємство в цілому як діяльність, використовує його певний час, а потім повертає орендодавцю. І якщо при купівлі-продажу продавцю байдуже, що в подальшому станеться з його підприємством, то у випадку оренди підприємства орендодавцю це не байдуже, бо підприємство повернеться до нього, а тому укладати договір оренди він може тільки з суб'єктом підприємницької діяльності, який знається на здійсненні діяльності, яку за допомогою підприємства здійснював орендодавець.

Власником підприємства може стати і фізична особа — непідприємець, отримавши його у спадщину. Але ця особа не зможе виконати ті обов'язки, які покладаються на орендодавця за договором оренди підприємства на відміну від обов'язків орендодавця іншого майна. По-перше, такий власник не зможе підготувати підприємство для передачі його орендареві у тимчасове користування (провести інвентаризацію, скласти проект передавального акта тощо) і, по-друге, не зможе контролювати стан підприємства впродовж строку дії договору оренди.

Таким чином, *при укладенні договору оренди підприємства проявляється обмеження принципу свободи договору, причому, не тільки щодо вільного вибору контрагента, а й щодо визначення юридичної долі майна, що належить йому на праві власності.*

Особливість *предмета* цього договору впливає, перш за все, на передачу підприємства (його складових) орендареві, а також правомочностей, що виникають в орендаря щодо цього майнового комплексу на весь строк дії договору.

За цим договором складові підприємства поділяються на такі групи: основні засоби, оборотні засоби, майнові і виключні права, права вимоги і борги. Для кожної з цих груп застосовується свій режим передачі. Так, якщо земельні ділянки, будівлі, споруди, устаткування та інші основні засоби, а також права володіння і користування землею та іншими природними ресурсами, що перебувають у власності інших осіб, передаються орендареві в порядку, передбаченому законом та іншими нормативно-правовими актами, то запаси сировини, палива, права користування землею, будівлею, права на позначення підприємства, що індивідуалізують його діяльність, тощо передаються орендареві тільки в порядку, на умовах і в межах, які визначені договором.

Особливість правового режиму складових підприємства при його оренді пояснюються тим, що такий підхід створює можливість ефективного використання орендарем орендованого підприємства.

Орендареві підприємства належить право власності на виготовлену продукцію, доходи, що одержані ним у результаті користування орендованим підприємством, амортизаційні відрахування на підприємство, що є власністю орендаря, а також на набуте орендарем відповідно до законодавства інше майно.

При укладенні договору оренди підприємства орендодавець передає орендарю за передавальним актом підприємство у повному складі, за винятком тих прав, які були отримані ним на підставі дозволу (ліцензії) на здійснення відповідної діяльності і передача яких залежить від приписів законодавства, та прав на позначення, що індивідуалізує підприємство (власне найменування підприємства), його продукцію, роботи, послуги, а також належних власникові підприємства на підставі ліцензії прав на використання таких засобів індивідуалізації, передача яких можлива, якщо це буде узгоджено сторонами. Передача виключних прав здійснюється за договорами щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності.

Але, на відміну від договору купівлі-продажу підприємства, який передбачає солідарну відповідальність сторін за цим договором, якщо внаслідок відсутності такої ліцензії покупець не зможе виконати зобов'язання, які перейдуть до нього за договором, у договорі оренди підприємства слід передбачити зовсім інше положення: якщо орендар внаслідок відсутності ліцензії на заняття відповідною діяльністю не зможе виконати зобов'язання, які перейдуть до нього за цим договором, обов'язок виконання їх залишається за орендодавцем. Такий підхід пояснюється тим, що при укладенні договору оренди власником підприємства залишається орендодавець.

До того ж слід передбачити обов'язок орендаря отримати ліцензію на заняття відповідною підприємницькою діяльністю в розумні строки, що можливо одразу ж після укладення договору, тим більш, що для орендаря це не є проблемою, виходячи з того, що він — професійний учасник підприємницької діяльності. Якщо станеться прострочення отримання ліцензії саме з вини орендаря, то це спричинить покладення на нього обов'язку по відшкодуванню тих збитків, які понесли кредитори.

Враховуючи, що несвоєчасне отримання орендарем ліцензії може негативно вплинути на ділову репутацію орендодавця, якому підприємство повертається після закінчення строку дії договору оренди, доцільно у випадку винного прострочення отримання ліцензії орендарем, яке потягло за собою невиконання зобов'язань і спричинення збитків контрагентам, надати право орендодавцю в односторонньому порядку вимагати розірвання договору оренди, а також відшкодування орендарем спричиненої цим орендодавцеві моральної шкоди.

Строки передачі підприємства і його складових в оренду встановлюються в договорі. Якщо орендодавець у строки і на умовах, визначених у договорі, не передасть орендареві підприємство, останній має право або вимагати від орендодавця передачі підприємства та відшкодування збитків, завданих затриманням такої передачі, або відмовитися від договору і вимагати відшкодування збитків, завданих йому невиконанням договору.

Підприємство як єдиний майновий комплекс після передачі включається до балансу орендаря із позначенням, що це майно є орендованим.

Орендодавець зобов'язаний передати орендареві підприємство у стані, що відповідає умовам договору та призначенню останнього, тобто у стані, придатному для здійснення тієї підприємницької діяльності, яка провадиться або планується для провадження з використанням складових цього підприємства. Якщо ж в подальшому при експлуатації підприємства виявляться недоліки, що перешкоджатимуть використанню підприємства відповідно до умов договору, орендар має право за своїм вибором вимагати або відповідного

зменшення розміру орендної плати, або розірвання договору і відшкодування збитків, які були йому цим завдані.

У разі банкрутства орендаря орендодавець відповідає за свої борги тільки майном, що належить йому на праві власності. У разі зміни власника підприємства, переданого в оренду, права та обов'язки орендодавця переходять до нового власника.

Визначаючи предмет договору оренди підприємства, важливо встановити, чи орендується підприємство в цілому, чи йдеться про оренду окремого майна, що входить до цього майнового комплексу. Складові слід розглядати як частину підприємства тільки у фізичному сенсі, оскільки вони є окремими майновими цінностями, що належать або до основних, або до оборотних засобів. Якщо виникає потреба в їх оренді, то це можна зробити шляхом укладення таких договорів, як договір оренди будівлі, устаткування, які врегульовані на рівні ЦК. Частина підприємства в тому сенсі, в якому про це йдеться в ч. 4

ст. 191 ЦК, може бути особливим об'єктом передачі лише у разі відділення її від підприємства як єдиного майнового комплексу. Таке відділення відбувається, зокрема, при припиненні господарського товариства у формі правонаступництва шляхом реорганізації цієї юридичної особи у формі виділу. Юридична особа, що виділилася, на підставі розподільчого балансу одержує частину майна (матеріальні об'єкти, права і обов'язки), яке знов-таки оформлюється в підприємство як єдиний майновий комплекс і використовується в подальшому для здійснення підприємницької діяльності.

Для визначення *орендної плати* важливе значення має вартість самого підприємства, причому не залишкової, а саме ринкової вартості, що обумовлює найбільш ефективне його використання. Закон України «Про оцінку майна і майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні»²⁴⁶ передбачає обов'язкове проведення оцінки майна у випадках оренди (ст. 7) і закріплює принципово важливий підхід до методичного регулювання оцінки майна — у положеннях (національних стандартах) оцінки майна, методиках та інших нормативно-правових актах, що затверджуються Кабінетом Міністрів України або ФДМ України. У сучасних умовах діє Національний стандарт № 1 «Загальні засади оцінки майна і майнових прав», затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 10.09.03р. № 1440²⁴⁷.

Орендна плата, як правило, встановлюється у грошовій формі. У той же час, за згодою сторін, вона може встановлюватися і в натуральній або грошово-натуральній формі.

Впродовж дії договору розмір орендної плати може бути змінено на вимогу однієї зі сторін, якщо з незалежних від них обставин істотно змінився стан об'єкта оренди (підприємства), а також в інших випадках, встановлених законодавчими актами України. Орендар повинен надати докази наявності тих обставин, на які він посилається в обґрунтування своїх вимог, а також довести, що ці обставини виникли з незалежних від нього причин, зокрема внаслідок зміни кон'юнктури на ринку товарів, робіт, послуг, через дію непереборної сили тощо. Якщо в погіршенні стану підприємства або в створенні гірших умов користування ним винні обидві сторони за цим договором, розмір орендної плати також може бути зменшений, але лише в частині, яка відповідає вині орендодавця в зменшенні можливості для орендаря користування підприємством.

Строки і порядок внесення орендної плати визначаються в договорі.

Зміст договору становлять права і обов'язки сторін. Орендарю за цим договором надаються такі права:

²⁴⁶ Відом. Верхов. Ради України. – 2001. – № 47. – Ст. 251.

²⁴⁷ Офіц. вісн. України. – 2003. – № 37. – Ст. 1995.

– розпоряджатися складовими підприємства в межах, що зазначені в договорі і достатні для збереження вартості підприємства, а саме: без згоди орендодавця продавати, обмінювати, надавати у тимчасове користування або у позику матеріальні цінності, здавати їх у суборенду, передавати свої права та обов'язки за договором щодо зазначених цінностей іншій особі, за винятком прав на землю, а також інші природні ресурси. При цьому орендар обов'язково повинен дотримуватися умови не зменшувати вартість підприємства і не порушувати інші положення договору оренди, зокрема, щодо збереження профілю виробництва або встановлення тих чи інших обмежень відносно користування окремими об'єктами — складовими єдиного майнового комплексу;

– змінювати власне найменування підприємства, що перейшло до нього в оренду разом з підприємством. Проте орендар, якщо інше не буде обумовлено в договорі, при поверненні підприємства зобов'язаний сприяти поверненню останнього під старим найменуванням;

– без згоди орендодавця змінювати склад орендованого підприємства, проводити його реконструкцію, розширення, технічне переобладнання, поліпшення стану підприємства з метою збільшення його вартості, якщо інше не передбачено в договорі,

– вимагати відшкодування вартості невіддільних поліпшень орендованого підприємства, незалежно від дозволу орендодавця на такі поліпшення, якщо інше не буде передбачено договором. Орендодавець може бути звільнений судом від обов'язку відшкодування вартості зазначених поліпшень, якщо доведе, що витрати орендаря на ці поліпшення збільшують вартість орендованого підприємства невідповідно до поліпшення його якості і (або) експлуатаційних властивостей або що при здійсненні таких поліпшень були порушені принципи добросовісності, розумності і справедливості.

Якщо за період оренди прибутковість підприємства збільшилася за рахунок поліпшення іміджу підприємства, підняття його ділової репутації, враховуючи те, що власником підприємства залишається орендодавець, такі зміни слід вважати поліпшенням підприємства тільки при умові, якщо така можливість встановлена договором.

Орендодавець має такі права:

- право на отримання орендної плати;
- право на здійснення контролю за станом підприємства під час дії договору;
- право на отримання підприємства після закінчення строку дії договору.

Орендар має такі обов'язки:

– прийняти підприємство від орендодавця і включити його до балансу із позначенням, що це майно є орендованим;

– виплачувати орендодавцю орендну плату у порядку і строки, передбачені в договорі;

– сплачувати витрати по експлуатації і поверненню орендованого підприємства, включаючи й платежі по страхуванню підприємства;

– не допускати погіршення стану підприємства, а саме: підтримувати його в належному технічному стані, здійснюючи поточний і капітальний ремонт останнього. На відміну від договорів оренди іншого майна покладення на орендаря, а не на орендодавця обов'язку по здійсненню капітального ремонту підприємства пояснюється таким. Специфіка цього договору полягає у наданні орендарю можливості не тільки володіти і користуватися підприємством впродовж дії договору, а й у певних межах розпоряджатися окремими складовими підприємства, що наділяє його специфічними знаннями всіх тонкощів та поточного стану цього майнового комплексу і одночасно позбавляє цих знань орендодавця;

– надати орендодавцеві можливість здійснювати контроль за використанням підприємства за призначенням та за його технічним станом;

– попередити своїх кредиторів по зобов'язаннях, що пов'язані з діяльністю орендованого підприємства, про закінчення строку дії договору;

– повернути підприємство орендодавцю після закінчення строку дії договору разом з необхідною документацією.

До обов'язків орендодавця належить:

– підготовка і передача підприємства орендареві у стані, що відповідає умовам договору та призначенню останнього;

– прийняти підприємство від орендаря після закінчення строку дії договору.

У разі закінчення строку дії договору оренди підприємства, розірвання його у судовому порядку, наприклад, у випадку суттєвого порушення орендарем умов договору, банкрутства орендаря, останній зобов'язаний повернути орендодавцеві об'єкт оренди на умовах, зазначених у договорі. Якщо орендар допустив погіршення стану підприємства або його загибель, він повинен відшкодувати орендодавцеві збитки, якщо не доведе, що погіршення або загибель підприємства (окремих його складових) сталися не з його вини.

Повернення підприємства відбувається за тією ж схемою, що і при передачі підприємства в оренду, але є її особливості, що характеризують цей процес. Так, обов'язок з підготовки необхідної документації для передачі підприємства покладається на орендаря, який повинен попередити своїх кредиторів по зобов'язаннях, що пов'язані з діяльністю орендованого підприємства, про те, що орендоване підприємство повертається власникові. Після передачі підприємства його власникові-орендодавцю по боргах, які були переведені на нього орендарем без згоди його кредиторів, правильним було б покласти солідарну відповідальність і на власника підприємства, і на його орендаря.

§ 6. Найм (оренда) транспортного засобу

За договором найму (оренди) транспортного засобу наймодавець передає або зобов'язується передати наймачеві транспортний засіб у користування за плату на певний строк.

Договір найму (оренди) транспортного засобу є *відплатним*. Він може бути *консенсуальним* або *реальним*.

Сторонами договору є наймодавець — фізична або юридична особа, які є власниками транспортного засобу або мають майнові права на нього.

Наймачем може бути також юридична або фізична особа. У випадку, коли користування транспортним засобом пов'язано зі здійсненням перевезення (пасажирів, багажу, вантажу, пошти) наймачем виступає юридична особа чи фізична особа-підприємець. У деяких випадках законом можуть встановлюватися певні вимоги до особи, яка є наймачем транспортного засобу. Наприклад, згідно зі ст. 5 Повітряного кодексу України (далі — ПК)²⁴⁸ експлуатант — будь-яка юридична або фізична особа, котра займається діяльністю, пов'язаною з розробленням, виробництвом, ремонтом і експлуатацією цивільної авіаційної техніки, повинна одержати від державного органу з питань сертифікації і реєстрації сертифікат, що підтверджує відповідність рівня технічної підготовки вказаної особи вимогам відповідних авіаційних правил України.

Специфіка цього різновиду договору найму (оренди) обумовлюється його **предметом**, яким можуть бути повітряні, морські, річкові судна, а також наземні самохідні транспортні засоби тощо (ч. 1 ст. 798 ЦК).

²⁴⁸ Відом. Верхов. Ради України. – 1993. - № 25. – Ст. 274.

Повітряне судно — це літальний апарат, що тримається в атмосфері за рахунок його взаємодії з повітрям, відмінної від взаємодії з повітрям, відбитим від земної поверхні, і здатний маневрувати в тривимірному просторі.

Морським або річковим судном визнається самохідна чи несамохідна плавуча споруда, що використовується для перевезення вантажів, пасажирів, багажу і пошти, для рибного чи іншого морського промислу, розвідки і добування корисних копалин тощо.

До складу наземного самохідного транспорту входить автомобільний транспортний засіб, тобто дорожній транспортний засіб, за допомогою якого здійснюється перевезення пасажирів і вантажів автомобільними дорогами чи виконання спеціальних робочих функцій.

Предметом цього виду договору найму можуть бути також залізничний рухомий склад (вагони, локомотиви, моторейковий транспорт).

Специфіка транспортного засобу як об'єкта цивільних прав полягає в тому, що, по-перше, він є складним технічним приладом, використання якого потребує певних знань, кваліфікації та навичок. По-друге, діяльність, пов'язана з використанням, зберіганням або утриманням транспортного засобу, розглядається як джерело підвищеної небезпеки (ст. 1187 ЦК), що обумовлює підвищення вимог до його володільця. По-третє, транспортний засіб за своїми властивостями належить до рухомих речей. Більше того, за своїм призначенням він саме використовується для переміщення у просторі (разом з вантажем, пасажиром тощо), але у багатьох випадках на нього поширюється правовий режим нерухомої речі та відповідно встановлюються спеціальні правила щодо оформлення договорів.

Виходячи зі змісту ч. 2 ст. 798 ЦК, можна стверджувати, що існує два види договору найму транспортного засобу. Перший — це саме договір найму транспортного засобу, коли управління ним здійснюється наймачем. Другий — договір найму транспортного засобу з екіпажем, що його обслуговує. За цим договором управління та технічна експлуатація транспортного засобу здійснюється особами, які перебувають у трудових відносинах з наймодавцем. Наприклад, згідно зі ст. 207 Кодексу торговельного мореплавства України²⁴⁹ при фрахтуванні судна за тайм-чартером судновласник зобов'язаний спорядити та укомплектувати судно екіпажем, а також підтримувати останнє протягом строку тайм-чартеру в морехідному стані, оплачувати його страхування і утримання судового екіпажу. Цей вид договору поєднує елементи договору найму (оренди) та договору про надання послуг. Однак договір найму транспортного засобу з екіпажем врегульований у ЦК як поименований договір. Тому він не вважається змішаним і до нього не застосовуються загальні норми про надання послуг.

У випадку коли транспортний засіб передається у найм з екіпажем, який його обслуговує, останній не припиняє трудових відносин з наймодавцем. Отже, екіпаж «організаційно» підпорядковується наймодавцеві, який несе витрати на його утримання, зокрема виплата членам екіпажу заробітної плати, забезпечення спеціальним одягом тощо. Що ж стосується діяльності, яка впливає з призначення транспортного засобу, то у цих питаннях екіпаж підпорядковується наймачеві. Якщо розпорядження наймача щодо експлуатації транспортного засобу суперечать умовам договору найму або умовам використання транспортного засобу, а також якщо ці розпорядження можуть бути небезпечними для екіпажу, транспортного засобу, прав інших осіб, екіпаж відмовляється від їх виконання. При цьому відповідно до ч. 2 ст. 805 ЦК така відмова є не правом, а обов'язком екіпажу.

Якщо у договорі прямо не встановлено, що транспортний засіб передається наймачеві з екіпажем, вважається що у найм передається лише транспортний засіб (ч. 2 ст. 798 ЦК).

²⁴⁹ Відом. Верхов. Ради України. – 1995. – № 47–52. – Ст. 349.

Зміст договору найму транспортного засобу становлять права та обов'язки його сторін. Обсяг обов'язків наймодавця залежить від того: є договір найму консенсуальним чи реальним, передається транспортний засіб у найм з екіпажем чи без екіпажу. Наймодавець має найбільший перелік обов'язків за консенсуальним договором найму транспортного засобу з екіпажем, а найменший — за реальним договором найму транспортного засобу без екіпажу²⁵⁰.

До основних обов'язків наймодавця належить надання наймачеві транспортного засобу в стані, що відповідає умовам договору і його призначенню; страхування транспортного засобу; проведення за свій рахунок капітального ремонту зданого в найм транспортного засобу (якщо інше не передбачено договором)²⁵¹.

У ЦК не встановлено особливої процедури передачі та повернення орендованих транспортних засобів. Вважаємо, що вони повинні оформлюватися відповідними документами, зокрема актами приймання-передачі. Наймодавець зобов'язаний передати наймачеві транспортний засіб у стані, що відповідає умовам договору та його призначенню. Для окремих видів транспортних засобів встановлюються загальні вимоги щодо нормального стану. Зокрема, ст. 20 Закону України «Про автомобільний транспорт» в редакції від 23 лютого 2006 р.²⁵² визначає, що конструкція та технічний стан транспортних засобів, а також їх частини мають відповідати вимогам, порядок визначення яких установлює Кабінет Міністрів України.

При укладенні договору найму транспортного засобу, як правило, визначається його вартість, що впливає, зокрема, на обчислення розміру збитків, завданих втратою або пошкодженням зазначеного засобу. Вартість транспортного засобу можна визначити на підставі експертної оцінки, при проведенні якої враховується технічний стан, строк експлуатації, ступінь зношеності засобу тощо. Експертна оцінка вартості транспортного засобу здійснюється ще до укладення договору найму.

Наймач зобов'язаний своєчасно вносити плату за користування транспортним засобом; користуватися ним згідно з призначенням останнього і умовами договору; підтримувати транспортний засіб у справному стані; нести витрати, пов'язані з його використанням; повернути транспортний засіб наймодавцеві після закінчення дії договору в тому стані, у якому він був отриманий, з урахуванням нормального зносу або у стані, застереженому в договорі.

Розмір плати за користування, а також порядок розрахунків за наданий у найм (оренду) транспортний засіб встановлюється за домовленістю сторін. У договорі може бути також зроблене застереження про зміну розміру орендної плати у випадку виникнення певних обставин.

Наймач зобов'язаний користуватися транспортним засобом відповідно до його призначення. Він має право використовувати цей засіб для здійснення підприємницької діяльності, укладаючи від власного імені договори перевезення або інші договори відповідно до призначення транспортного засобу. При цьому згода наймодавця на укладення договорів не вимагається. Це правило застосовується у тих випадках, коли у договорі найму визначено, що транспортний засіб передається для здійснення наймачем підприємницької діяльності. Якщо ж цільовим призначенням транспортного засобу є виключно використання його для власних потреб, укладення наймачем договорів перевезення без згоди наймодавця буде суперечити умовам договору.

²⁵⁰ Питання щодо одностороннього характеру договору найму транспортного засобу є дискусійним. Так, навіть у разі укладення реального договору найму транспортного засобу без екіпажу наймодавець зобов'язаний здійснити страхування транспортного засобу (ч. 1 ст. 802 ЦК).

²⁵¹ На нашу думку, витрати, пов'язані з використанням транспортного засобу, які за ч. 2 ст. 801 ЦК несе наймач, не включають витрати на його капітальний ремонт.

²⁵² Відом. Верхов. Ради України. – 2006. – № 32. – Ст. 273.

Протягом дії договору найму тягар утримання транспортного засобу переходить від наймодавця до наймача. Останній зобов'язаний підтримувати транспортний засіб у належному технічному стані. Забезпечення цього справного стану здійснюється шляхом проведення технічного обслуговування і ремонту. Перелік операцій, що належать, зокрема, до технічного обслуговування і ремонту автотранспорту, встановлено Положенням про технічне обслуговування і ремонт дорожніх транспортних засобів автомобільного транспорту, затвердженим наказом Міністерства транспорту України від 30 березня 1998 р. № 102²⁵³. За загальним правилом (ст. 776 ЦК) наймач зобов'язаний провадити тільки поточний ремонт транспортного засобу.

Витрати, пов'язані з використанням транспортного засобу, також несе наймач. До таких витрат, зокрема, належать ті, що пов'язані з придбанням палива, запасних частин, призначених для ремонту транспортних засобів тощо. Наймач також зобов'язаний сплачувати податки та інші платежі, пов'язані з використанням транспортного засобу.

Діяльність, пов'язана з використанням, зберіганням або утриманням транспортних засобів, є джерелом підвищеної небезпеки. Отже, до особи, яка експлуатує транспортний засіб, пред'являються підвищені вимоги щодо безпечного користування ним. Шкода, завдана іншій особі у зв'язку з використанням за договором найму транспортного засобу, відшкодовується наймачем (ч. 2 ст. 1187 ЦК) як особою, котра на відповідній правовій підставі (договір найму) ним володіє. При цьому наймач несе відповідальність за завдану шкоду, якщо не доведе, що її заподіяно внаслідок непереборної сили або умислу потерпілого.

Цивільно-правова відповідальність наймача за збитки, завдані у зв'язку із втратою або пошкодженням транспортного засобу, виникає на загальних підставах, зокрема, при наявності його вини.

Обов'язки зі здійснення страхування розподіляються між наймодавцем і наймачем залежно від об'єкта страхування.

Згідно з пп. 8, 9, 32 ст. 7 Закону України «Про страхування»²⁵⁴ страхування відповідальності морського перевізника, власників наземних транспортних засобів, морського судновласника є видами обов'язкового страхування в Україні. Експлуатація, зокрема автотранспортних засобів, здійснюється тільки за наявності страхового поліса, що є договором обов'язкового страхування цивільно-правової відповідальності власників транспортних засобів і підтверджує сплату страхового платежу.

У § 5 глави 58 ЦК не визначено, хто зі сторін договору найму транспортного засобу здійснює обов'язкове особисте страхування водіїв (екіпажу) від нещасних випадків. Вважаємо, що цей обов'язок покладається на того, чий екіпаж здійснює експлуатацію транспортного засобу. Отже, у разі укладення договору найму транспортного засобу з екіпажем страхування здійснюється наймодавцем, а в інших випадках — наймачем.

Що ж стосується страхування транспортного засобу, то його здійснює наймодавець.

Сторони можуть передбачити у договорі найму транспортного засобу й інші права та обов'язки.

Форма договору найму транспортного засобу залежить від суб'єктного складу його сторін. Загальною вимогою є укладення договору найму транспортного засобу в письмовій формі. Недодержання письмового оформлення договору призводить до правових наслідків, передбачених у ст. 218 ЦК, а саме — не має наслідком його недійсності. Заперечення однією із сторін факту укладення договору найму транспортного засобу може доводитися будь-якими доказами, передбаченими ЦПК України, крім свідчень свідків. Якщо

²⁵³ Офіц.вісн. України. – 1998. – № 18. – Ст. 659.

²⁵⁴ Відом. Верхов. Ради України. – 2002. – № 7. – Ст. 50.

ж хоча б однією зі сторін договору найму транспортного засобу є фізична особа, договір підлягає нотаріальному посвідченню²⁵⁵.

Особливості найму певних видів транспортних засобів врегульовані транспортними статутами та кодексами, зокрема, ПК України²⁵⁶, Кодексом торговельного мореплавства України.

Згідно зі ст. 61 ПК найм (оренда) повітряних суден здійснюється на підставі договору чартеру. За договором чартеру (фрахтування повітряного судна) одна сторона (фрахтівник) зобов'язується надати іншій стороні (фрахтувальнику) за плату всю місткість одного чи декількох повітряних суден на один або декілька рейсів для повітряного перевезення пасажирів, багажу, вантажу і пошти чи для іншої мети, якщо це не суперечить чинному законодавству України.

Відносини, що випливають з договору фрахтування суден, регулюються розділом 6 Кодексу торговельного мореплавства України. Так, за договором фрахтування судна на певний час судновласник зобов'язується за обумовлену плату (фрахт) надати судно фрахтувальнику для перевезення пасажирів, вантажів та для інших цілей торговельного мореплавства на певний час. Існує два різновиди договору фрахтування, а саме тайм-чартер (фрахтування судна з екіпажем) та бербоут-чартер (фрахтування судна, що не укомплектоване екіпажем і не споряджене).

До відносин, що випливають з договору найму (оренди) транспортного засобу, застосовуються загальні положення про найм (оренду), якщо інше не передбачено спеціальними нормами або умовами договору.

§ 7. Договір лізингу²⁵⁷

В Україні нормативне регулювання лізингових відносин вперше було здійснене Законом України «Про лізинг» від 16 грудня 1997 р., хоча лізинг як вид майнового найму був відомий і застосовувався на практиці задовго до прийняття зазначеного закону²⁵⁸. У сучасних умовах регулюванню лізингових відносин присвячений Закон України «Про фінансовий лізинг», § 6 глави 58 ЦК та Конвенція УНІДРУА від 28.05.1988 р. «Про міжнародний фінансовий лізинг»²⁵⁹.

Договір лізингу — це цивільно-правовий договір, відповідно до якого одна сторона (лізингодавець) передає або зобов'язується передати другій стороні (лізингоодержувачеві) у користування майно, що належить лізингодавцю на праві власності і було набуто ним без попередньої домовленості із

²⁵⁵ Поняття «фізична особа» не охоплює таку категорію фізичних осіб, як підприємці. Оформлення договору найму транспортного засобу з участю фізичної особи – підприємця здійснюється за загальними правилами, закріпленими у ч. 1 ст. 799 ЦК.

²⁵⁶ Відом. Верхов. Ради України. – 1993. – № 25. – Ст. 274.

²⁵⁷ Конструкція лізингу (як і сам юридичний термін) прийшла в Європу, а потім поширилася по всьому світу зі США. Термін «лізинг» утворився від англійського дієслова «to lease», що означає «наймати», «брати в оренду». В англійській юридичній мові словом «leasing» позначається і традиційна здача майна в оренду, і власне лізинг як різновид оренди. Саме останнє значення набуло найбільшого поширення у світі.

²⁵⁸ Про це свідчить, наприклад, Розпорядження Кабінету Міністрів України «Про проведення сільськогосподарськими товаровиробниками розрахунків за поставлені на умовах лізингу трактори» від 21.11.1995 р. № 708-р; наказ Фонду Державного майна України «Про забезпечення розвитку і регулювання лізингу» від 12.11.1996 р. № 1365.

²⁵⁹ Далі – Конвенція (дата приєднання України – 11.01.2006 р., дата набуття чинності для України – 01.07.2007 р.).

лізингоодержувачем (прямий лізинг), або майно, спеціально придбане лізингодавцем у продавця (постачальника) відповідно до встановлених лізингоодержувачем специфікацій та умов (непрямий лізинг) на певний строк і за встановлену плату (лізингові платежі) — ст. 806 ЦК.

Аналіз легального визначення договору лізингу дозволяє дійти висновку, що він сконструйований у ЦК як двосторонній та оплатний правочин. При цьому законодавець вказує на можливість існування договору як консенсуального тоді, коли лізингодавець зобов'язується передати лізингоодержувачеві у користування майно, або реального, коли для укладення договору недостатньо досягнення згоди сторін за всіма його істотними умовами, а необхідна ще передача речі — предмета лізингу (ч. 2 ст. 640 ЦК). Очевидно, що така конструкція може існувати тільки тоді, коли річ (предмет лізингу) на момент укладення договору вже є власністю лізингодавця і може бути передана користувачеві («прямий лізинг»). Що ж стосується непрямого лізингу, то його сутність полягає в тому, що лізингодавець передає лізингоодержувачу спеціально придбане за специфікаціями або на умовах, висунутих останнім, майно на виконання вже укладеного договору лізингу. У цьому випадку передача речі на момент укладення договору неможлива, оскільки вона ще не придбана лізингодавцем. Саме тому непрямий лізинг є завжди консенсуальним договором.

ЦК встановлює можливість існування окремих *видів і форм лізингу*, особливості яких встановлюються законом (ч. 3 ст. 806). Якщо ЦК містить визначення тільки прямого та непрямого лізингу, то Закон України «Про фінансовий лізинг» (далі — Закон) містить визначення *фінансового лізингу*.

За договором *фінансового лізингу* лізингодавець зобов'язується набути у власність річ у продавця (постачальника) відповідно до встановлених лізингоодержувачем специфікацій та умов і передати її у володіння та користування лізингоодержувачу на визначений строк не менше одного року за встановлену плату (лізингові платежі).

Конвенція визначає операцію *фінансового лізингу* як таку, в якій одна сторона (лізингодавець) на умовах іншої сторони (лізингоодержувача) укладає договір поставки з третьою стороною (постачальником), згідно з яким лізингодавець одержує виробниче обладнання, засоби виробництва або інше обладнання (обладнання) на умовах, схвалених лізингоодержувачем настільки, наскільки вони стосуються його інтересів, та укладає договір (договір лізингу) з лізингоодержувачем, надаючи лізингоодержувачеві право користування обладнанням за лізингові платежі (ст. 1 Конвенції).

Строк користування річчю за договором *фінансового лізингу*, як правило, порівнянний зі строком повної її амортизації та за будь яких умов не може бути меншим одного року. Не важко помітити, що визначення *фінансового лізингу* в Законі за конструктивною ознакою придбання речі лізингодавцем у продавця для наступного передання її лізингоодержувачеві у користування збігається з визначенням *непрямого лізингу* в ЦК.

Важко припустити, що відсутність вказівки на строк договору у визначенні ЦК *непрямого лізингу* протиставляє його *лізингу фінансовому*, виділяючи один та другий в самостійні види. Таким чином, *непрямий та фінансовий лізинг* слід розглядати як тотожні поняття.

Що стосується *прямого лізингу*, то слід зазначити, що законодавець, вказавши на його існування, не навів будь-яких ознак, які дозволили б відрізнити його від договору найму, бо перейменування лише сторін (наймача у лізингоодержувача, а наймодавця — у лізингодавця) не може нічого змінити в сутності відносин. Тому вважаємо, що основна увага повинна бути приділена правовій природі договору *фінансового (непрямого) лізингу*.

У літературі як вид лізингу виділяється *оперативний лізинг* та як форма лізингу *зворотний, міжнародний, пайовий* тощо²⁶⁰.

²⁶⁰ Указані види та форми лізингу раніше регулювалися Законом України «Про лізинг», а в сучасних умовах згадуються лише у ст. 292 ГК.

Особливість *оперативного лізингу* полягає в тому, що договір лізингу укладається на значно менший строк, ніж строк повної амортизації речі, яка є предметом лізингу (принаймні, на строк менше одного року), що дозволяє власнику речі — лізингодавцю після повернення йому речі неодноразово передавати її в найм протягом строку амортизації. Оскільки при повторній передачі речі новому користувачеві відсутня така ознака фінансового лізингу, як набуття речі лізингодавцем у продавця для цілей надання її у наступне лізингове користування, до *оперативного лізингу* норми, що регулюють фінансовий лізинг, не застосовуються.

Під *зворотним лізингом* традиційно розуміються відносини, коли власник відчужує покупцеві майно (річ) і одночасно це ж майно колишній власник приймає від покупця в лізинг. *Зворотний лізинг* теж не можна вважати фінансовим (непрямим) лізингом, оскільки і в цьому випадку відсутня його основна кваліфікуюча ознака — придбання лізингодавцем речі у продавця відповідно специфікаціям й умовам, зазначеним лізингоодержувачем.

Під *міжнародним лізингом*, як правило, розуміють договір лізингу, що укладається суб'єктами лізингу, які перебувають під юрисдикцією різних держав, або в разі якщо майно чи платежі перетинають державні кордони. Варто зазначити, що виділення міжнародного лізингу в особливу форму лізингу позбавлене практичного значення, оскільки до прав та обов'язків сторін цього договору, як і будь-якого іншого, укладеного з нерезидентом, будуть застосовані норми національного матеріального права, визначені за допомогою колізійних норм міжнародного приватного права, або положення міжнародного договору²⁶¹.

Пайовий лізинг — це здійснення лізингу на основі укладення багатостороннього договору із залученням одного або кількох кредиторів, які беруть участь у здійсненні лізингу, інвестуючи свої кошти.

Співвідношення договору лізингу з іншими договорами найму. *Договір лізингу є окремим видом договору найму.* З іншими видами договору найму договір лізингу поєднує те, що річ (предмет лізингу) передається в тимчасове, відплатне користування.

Однак договору лізингу властиві ознаки, що дозволило законодавцеві в ЦК виділити його в окремий вид. Так, основні конструктивні відмінності лізингу від інших різновидів договору найму такі:

1. Діяльність лізингодавця є підприємницькою, оскільки він інвестує власні або залучені кошти у придбання предмета лізингу безпосередньо з метою отримання прибутку. Цей прибуток лізингодавець отримує у вигляді тієї частини лізингового платежу, яка перевищує його витрати, пов'язані з придбанням та утриманням предмета лізингу.

2. На момент укладення договору лізингу лізингодавець, на відміну від наймодавця у всіх інших видах договору найму, не є власником майна, що має бути передане ним у користування і не уповноважений власником на таку передачу.

3. Договір лізингу укладається відносно речі, яку лізингодавець тільки має придбати для передання лізингоодержувачеві в майбутньому, після укладення договору лізингу. При цьому в договорі лізингу річ характеризується специфікаціями (ознаками), які вказує лізингоодержувач, тобто родовими ознаками. Наприклад, лізингоодержувач вказує, що слід придбати в продавця для передачі йому в лізинг автомобіль марки «Таврія» з об'ємом двигуна 1000 см³. Будучи переданою лізингоодержувачу, річ виділяється з кола собі подібних і розглядається як індивідуально визначена. Крім того, лізингоодержувач має право вказувати, у якого саме продавця варто придбати річ для передачі йому в лізинг. Для всіх інших видів найму характерне встановлення відносин між сторонами з приводу тимчасового, оплатного користування наймачем визначеною, конкретною річчю, що існує на момент укладання договору та є в наявності у наймодавця. Наприклад, автомобілем марки «Таврія» з визначеними номерними агрегатами і конкретним державним номерним знаком.

²⁶¹ Так, Конвенція застосовується у тому випадку, коли місця здійснення підприємницької діяльності лізингодавця й лізингоодержувача знаходяться в різних державах (ст. 3 Конвенції).

4. Договір лізингу виділяється з ряду договорів найму вирішенням питань відповідальності і переходу ризику. Відповідальність за невиконання або неналежне виконання обов'язку передати річ належної якості, комплектності й інших обов'язків щодо речі — предмета лізингу покладається на продавця цієї речі. У результаті перед користувачем відповідає не його контрагент, власник речі, а її продавець, який не є стороною договору лізингу та має договірні відносини з купівлі-продажу (постачання тощо) з лізингодавцем. При цьому лізингоодержувач наділяється правами вимоги до продавця²⁶², наче він був сам покупцем речі. У випадку якщо вибір продавця був зроблений лізингодавцем самостійно, зазначена відповідальність покладається на продавця і на лізингоодержувача солідарно. В інших видах договорів найму відповідальність за передачу речі неналежної якості покладається на наймодавця (статті 767, 768 ЦК).

5. Ризик випадкової загибелі або пошкодження речі — предмета лізингу несе лізингоодержувач, якщо сторони в договорі не врегулювали питання по іншому. В інших же видах найму ризику традиційно несе власник речі, тобто наймодавець.

6. Для лізингу характерне звуження кола обов'язків лізингодавця в порівнянні з наймодавцем у загальній конструкції договору найму. Так, на лізингодавця не покладаються обов'язки по несенню витрат на утримання переданого в лізинг майна, на його капітальний ремонт, якщо інше не передбачено договором. На лізингоодержувача ж покладаються додаткові обов'язки (порівняно з обов'язками наймача) по повному утриманню майна і ризик випадкової його загибелі.

7. Лізингові відносини, на відміну від відносин, що випливають з договору найму, опосередковуються двома договорами — власне договором лізингу, який укладається лізингодавцем з лізингоодержувачем, та договором купівлі-продажу лізингового майна, який укладається на підставі та на виконання договору лізингу лізингодавцем з продавцем²⁶³. Ці договори породжують два види зобов'язань (купівлі-продажу та лізингу). Виходячи з цього, вважаємо, що договір лізингу являє собою не єдиний тристоронній правочин, а складну структуру договірних стосунків, яка складається із зобов'язання з договору купівлі-продажу та власне із зобов'язання з договору лізингу²⁶⁴.

8. Суб'єктом відносин, пов'язаних безпосередньо з договором лізингу, виступає продавець майна. Для інших видів договорів найму відносини наймодавця з особою, в якій він придбав майно, що в майбутньому передається в найм, юридично байдужі.

Сторонами договору лізингу є лізингодавець і лізингоодержувач. Лізингодавець — це юридична особа, яка передає право володіння та користування предметом лізингу лізингоодержувачу, а лізингоодержувач — фізична або юридична особа, яка отримує право володіння та користування предметом лізингу від лізингодавця.

Закон України «Про фінансовий лізинг», на відміну від раніше діючого Закону України «Про лізинг», прямо не обмежує суб'єктний склад договору лізингу винятково особами — суб'єктами підприємницької діяльності, а лише зазначає, що на стороні лізингодавця може виступати тільки юридична особа. Але з огляду

²⁶² За правилами статей 678–680 ЦК.

²⁶³ Див. Брагинський М. І., Вігрянський В. В. Договірне право. Книга друга: Договори про передачу майна. – М.: Статут, 2000. – С. 612.

²⁶⁴ У літературі також висловлюється думка про багатосторонній характер лізингового правочину. Ця позиція відображена і в згаданій Оттавській конвенції 1988 р.

на те, що фінансовий лізинг є фінансовою послугою²⁶⁵, лізингодавцем може бути юридична особа, яка набула статусу фінансової установи. Фінансовою установою визнається юридична особа, суб'єкт підприємницької діяльності, яка відповідно до закону надає одну чи декілька фінансових послуг та внесена до відповідного реєстру у порядку, встановленому законом. До фінансових установ належать, зокрема, *лізингові компанії*. Оскільки виключним видом діяльності будь-якої фінансової установи є надання фінансових послуг, лізингова компанія не має права здійснювати іншу, окрім лізингу, підприємницьку діяльність. Між тим поряд із лізинговими компаніями лізингодавцями можуть виступати також і комерційні банки²⁶⁶.

Предметом договору лізингу може бути неспоживна річ, визначена індивідуальними ознаками та віднесена відповідно до законодавства до основних фондів²⁶⁷ (ч. 1 ст. 807 ЦК). Таким чином, йдеться про будь-які неспоживні речі, рухомі й нерухомі, зокрема, споруди, будівлі, транспортні засоби, за винятком земельних ділянок та інших природних ресурсів, а також майна, яке обмежене або виключене із цивільного обороту. Закон «Про фінансовий лізинг» (ч. 2 ст. 3) виключає з кола речей, що можуть бути предметом договору лізингу, підприємства як єдині майнові комплекси (ст. 191 ЦК). Слід зауважити, що за правилами ч. 4 ст. 191 ЦК підприємство може бути об'єктом правочинів, зокрема купівлі-продажу та найму (оренди). Оскільки лізинг є видом договору найму, вказана в Законі заборона передачі підприємства у лізинг протирічить встановленому ЦК правовому режиму такого об'єкта цивільних прав, як підприємство.

Безумовно, предметом договору лізингу не можуть бути майнові права.

Майно, що перебуває у власності держави або територіальних громад та щодо якого відсутня заборона передачі в користування

та/або володіння, теж може бути передано в лізинг в порядку, визначеному законодавством.

Форма договору лізингу. У статті 6 Закону зазначено, що договір лізингу має бути укладений в письмовій формі. Враховуючи, що принаймні однією із сторін договору лізингу, а саме лізингодавцем є юридична особа, за правилами ст. 208 ЦК цей правочин в будь-якому випадку слід укладати в письмовій формі. Таким чином, додаткова вказівка на просту письмову форму договору лізингу в Законі є недоцільною.

Законодавство не містить вказівки на нікчемність договору лізингу внаслідок недодержання письмової форми. Наслідки вади письмової форми цього договору загальні та впливають із ч. 1 ст. 218 ЦК.

Істотні умови договору лізингу. Договір лізингу буде укладеним, якщо сторони досягнуть згоди із таких умов: *предмета лізингу; строку, на який лізингоодержувачу надається право користування предметом лізингу; розміру лізингових платежів*. Істотними будуть вважатися й інші умови, щодо яких за заявою хоча б однієї зі сторін останні досягли згоди.

Строк лізингу не може бути меншим одного року та зазвичай порівняний зі строком амортизації предмета лізингу. Вимога, висунута законодавцем у статтях 1 та 6 Закону про необхідність визначення строку користування річчю в договорі лізингу, є однією з особливостей, що виділяє договір лізингу з кола інших договорів з майнового найму (ч. 2 ст. 806 ЦК). Тому до договору лізингу не застосовується положення ч. 2 ст.

²⁶⁵ Це впливає з аналізу ст. 4 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» від 12.07.2001 р.

²⁶⁶ Див. ст. 47 Закону України «Про банки та банківську діяльність» у редакції від 7.12.2000 р.

²⁶⁷ Під основними фондами розуміються матеріальні цінності, що використовуються у господарській діяльності протягом періоду, який перевищує 365 календарних днів з дати введення в експлуатацію таких матеріальних цінностей, та вартість яких поступово зменшується у зв'язку з фізичним або моральним зносом (Закон України «Про оподаткування прибутку підприємств» від 28.12.1994 № 334/94-ВР (в ред. Закону України № 283/97-ВР від 22.05.97)).

763 ЦК, відповідно до якого, якщо строк найму не встановлений, договір найму вважається укладеним на невизначений строк. У випадку відсутності домовленості щодо строку, договір лізингу є неукладеним.

Розмір лізингових платежів. Лізингові платежі можуть включати суму, яка відшкодовує частину вартості предмета лізингу, платіж як винагороду лізингодавцю за отримане у лізинг майно (який, власне, і буде доходом лізингодавця — підприємця), компенсацію відсотків за кредитом, який залучив лізингодавець для придбання предмета лізингу та інші витрати лізингодавця, що безпосередньо пов'язані з виконанням договору лізингу.

Зміст договору лізингу — це сукупність прав і обов'язків сторін договору. Зобов'язання з договору лізингу має порівняно із типовими відносинами найму особливість у правах та обов'язках сторін.

Обов'язки лізингодавця:

– укласти з продавцем договір купівлі-продажу (поставки) на придбання лізингового майна для передачі його лізингоодержувачеві. Лізингодавець отримує майно у власність відповідно до встановлених лізингоодежувачем специфікацій та умов у продавця або вказаного лізингоодержувачем, або обраного на власний розсуд;

– передати придбаний у продавця предмет лізингу лізингоодежувачу у встановлений договором строк. Саме цей обов'язок лізингодавця зайвий раз підкреслює, що сторонами за цим договором є лізингодавець і лізингоодержувач, продавець майна не є стороною договору лізингу. Між тим, як впливає із законодавства, продавець (постачальник) несе відповідальність перед лізингоодержувачем, який вибрав його за договором, за порушення зобов'язання щодо комплектності, справності предмета договору лізингу, його доставки, заміни, безоплатного усунення недоліків, монтажу та запуску в експлуатацію (ч. 1

ст. 808 ЦК) та ризик випадкового знищення або випадкового пошкодження предмета договору лізингу у випадку прострочення його передання лізингоодержувачу (ч. 2 ст. 809 ЦК). Вважаємо, що це не впливає на вирішення питання, а лише свідчить про застосування такої конструкції, як договір, на користь третьої особи, якою в даному випадку виступає лізингоодержувач (ст. 636 ЦК);

– передати предмет лізингу лізингоодежувачеві у стані, що відповідає його призначенню та умовам договору, та попередити лізингоодежувача про відомі йому особливі властивості та недоліки предмета лізингу, що можуть становити небезпеку для життя, здоров'я, майна лізингоодержувача чи інших осіб або призводити до пошкодження самого предмета лізингу під час користування ним;

– утримувати відповідно до умов договору предмет лізингу, якщо договором лізингу обов'язки по утриманню предмета лізингу покладені не цілком на лізингоодержувача;

– прийняти предмет лізингу в разі дострокового розірвання договору лізингу або в разі закінчення строку користування предметом лізингу;

– відшкодовувати лізингоодержувачу витрати на поліпшення предмета лізингу, на його утримання або усунення недоліків у порядку та випадках, передбачених договором.

– набуваючи майно для лізингоодержувача, повідомити продавця про те, що це майно призначене для передачі в лізинг конкретній особі. ЦК та Закон «Про фінансовий лізинг» на відміну від Закону «Про лізинг», прямо не покладають на лізингодавця цього обов'язку. Але враховуючи, що право вимоги до продавця за ст. 808 ЦК у разі порушення ним зобов'язання належить лізингоодержувачу, а також, що за ст. 809 ЦК можлива конструкція договору лізингу, за якою передання речі лізингоодержувачу здійснюється безпосередньо продавцем, вважаємо, що ігнорування зазначеного обов'язку лізингодавця неприпустимо.

Основні права лізингодавця:

– інвестувати на придбання предмета лізингу як власні, так і залучені (отримані у позику чи в кредит) кошти. В останньому випадку компенсація відсотків за залученим лізингодавцем кредитом може бути включена у склад лізингових платежів (ч. 2 ст. 16 Закону);

– здійснювати перевірки дотримання лізингоодержувачем умов користування предметом лізингу та його утримання;

– стягувати в разі виникнення у лізингоодержувача заборгованості за лізинговими платежами таку прострочену заборгованість у безспірному порядку на підставі виконавчого напису нотаріуса.

Лізингоодержувач зобов'язаний:

– прийняти предмет лізингу та користуватися ним відповідно до його призначення та умов договору;

– своєчасно сплачувати лізингові платежі;

– надавати лізингодавцеві доступ до предмета лізингу і забезпечувати можливість здійснення перевірки умов його використання та утримання;

– протягом усього часу перебування предмета лізингу в його користуванні підтримувати його у справному стані та нести витрати на утримання предмета лізингу, пов'язані з його експлуатацією, технічним обслуговуванням, ремонтом, якщо інше не встановлено договором або законом. Необхідно звернути увагу, що на відміну від звичайного договору найму на лізингоодержувача покладений, якщо інше не встановлено договором, обов'язок з повного утримання майна, що надане у користування, включаючи його капітальний та поточний ремонт;

– письмово повідомляти про порушення строків проведення або не проведення поточного чи сезонного технічного обслуговування та про будь-які інші обставини, що можуть негативно позначитися на стані предмета лізингу. Про зазначені випадки лізингоодержувач має повідомляти лізингодавця негайно, але у будь-якому разі не пізніше другого робочого дня після дня настання вищезазначених подій чи фактів, якщо інше не встановлено договором;

– письмово повідомляти лізингодавця, а в гарантійний строк і продавця предмета лізингу, про всі випадки виявлення несправностей предмета лізингу, його поломки або збоїв у роботі;

– у разі закінчення строку лізингу, а також у разі дострокового розірвання договору лізингу та в інших випадках дострокового повернення предмета лізингу повернути предмет лізингу у стані, в якому його було прийнято у володіння, з урахуванням нормального зносу, або у стані, обумовленому договором.

Лізингоодержувач має такі права:

– обирати предмет лізингу або встановлювати специфікацію предмета лізингу;

– обирати продавця або доручити вибір лізингодавцю;

– за згодою лізингодавця поліпшити річ, яка є предметом договору лізингу. У цьому разі лізингоодержувач має право на відшкодування вартості необхідних витрат або на зарахування їх вартості у рахунок лізингових платежів. Якщо такої згоди не було, лізингоодержувач має право вилучити здійснені ним поліпшення за умови, що такі поліпшення можуть бути відділені від предмета лізингу без шкоди для нього;

– відмовитись від прийняття предмета лізингу, який не відповідає його призначенню та/або умовам договору, вказаним у договорі специфікаціям;

– передавати предмету лізингу у сублізинг третім особам. За Законом (ст. 5) лізингоодержувач має право за письмовою згодою лізингодавця передати отриманий від лізингодавця предмет лізингу у сублізинг третій особі у користування за плату на погоджений строк. Очевидно, що по відношенню до сублізингоодержувача первісний лізингоодержувач є лізингодавцем. У користування він передає сублізингоодержувачеві річ, не придбану спеціально у продавця, а отриману раніш від первісного лізингодавця. Не важко помітити, що в цьому випадку, як і в зазначених вище випадках *зворотного* та *прямого лізингу*, відсутня основна кваліфікуюча ознака фінансового лізингу — придбання лізингодавцем речі у продавця у відповідності зі специфікаціями й умовами, зазначеними лізингоодержувачем, для передачі її в користування. Тому в даному випадку доречніше говорити про піднайм, а не про лізингові відносини. Між тим законодавець встановив, що

до договору сублізингу застосовуються положення про договір лізингу, якщо інше не передбачено договором лізингу. Первісний лізингодавець та сублізингоодержувач не перебувають у договірних відносинах, але якщо лізингоодержувачем порушене грошове зобов'язання щодо сплати лізингових платежів, у зобов'язанні з договору сублізингу на підставі п. 7 ч. 1 ст. 10 Закону відбувається заміна кредитора (ч. 2 ст. 512 ЦК) та первісний лізингодавець має право вимагати від сублізингоодержувача повернення предмета лізингу та виконання грошових зобов'язань за договором сублізингу безпосередньо йому.

Слід також зазначити, що лізингоодержувачу забезпечується захист його права володіння предметом лізингу нарівні із захистом, встановленим законодавством щодо захисту прав власника (статті 387, 391 ЦК) та лізингоодержувач має право вимагати, у тому числі й від лізингодавця, усунення будь-яких порушень його прав на предмет лізингу (ст. 9 Закону).

Договору лізингу притаманний певний розподіл ризиків. Ризик випадкового знищення або випадкового пошкодження предмета лізингу несе лізингоодержувач, якщо інше не встановлено договором або законом.

Якщо лізингодавець або продавець (постачальник) прострочили передання предмета договору лізингу лізингоодержувачу або лізингоодержувач прострочив повернення предмета договору лізингу лізингодавцю, ризик випадкового знищення або випадкового пошкодження несе сторона, яка прострочила.

Незважаючи на те, що лізингові платежі зазвичай включають суму, яка відшкодовує частину вартості предмета лізингу, ЦК та Закон не пов'язують здійснення лізингоодержувачем лізингових платежів з поступовим придбанням предмета лізингу ним у власність, як це передбачалося раніше діючим Законом «Про лізинг»²⁶⁸. Перехід права власності на предмет лізингу може відбуватися за укладеним лізингодавцем та лізингоодержувачем договором купівлі-продажу або іншим договором, який передбачає перехід права власності. При цьому, якщо договором про відчуження не передбачене інше, право власності на предмет лізингу переходить до лізингоодержувача в разі та з моменту сплати ним визначеної договором ціни.

З укладанням між лізингодавцем та лізингоодержувачем договору про відчуження предмета лізингу лізингове зобов'язання припиняється заміною первісного зобов'язання новим — новацією (ч. 2 ст. 604 ЦК).

Конвенція передбачає такі основні права лізингоодержувача та лізингодавця.

Лізингоодержувач зобов'язаний:

- дбайливо ставитися до обладнання, використовувати його в розумний спосіб та підтримувати його в такому стані, в якому воно було поставлене, з урахуванням нормального зносу;
- після закінчення строку дії договору лізингу, лізингоодержувач повертає лізингодавцю обладнання, якщо він не використовує право придбати обладнання чи орендувати його й надалі.

Лізингоодержувач має право:

- якщо обладнання не поставлене, або поставлене із затримкою, або не відповідає договору поставки, відмовитися від обладнання або розірвати договір лізингу;

Лізингодавець має право:

- у разі несплати лізингоодержувачем у судовому порядку стягнути накопичені несплачені лізингові платежі разом із відсотками й відшкодовуваними збитками;
- якщо заборгованість лізингоодержувача є значною, вимагати прискореної сплати розміру майбутніх лізингових платежів, якщо це передбачено договором лізингу або може припинити дію договору лізингу;
- передавати або в інший спосіб розпоряджатися всіма чи будь-якими з його прав на обладнання, а також правами за договором лізингу;

²⁶⁸ Після закінчення строку договору фінансового лізингу предмет лізингу переходив у власність лізингоодержувача.

– передати право користування обладнанням чи будь-які інші права за договором лізингу тільки за згоди лізингодавця та з дотриманням прав третіх сторін.

За Конвенцією, якщо інше не встановлене в договорі лізингу, лізингодавець не бере на себе жодних зобов'язань перед лізингоодержувачем щодо обладнання, крім випадків, коли лізингоодержувач зазнав збитків через покладання на досвід і думку лізингодавця та через втручання лізингодавця у вибір постачальника або технічних вимог обладнання.

Лізингодавець звільняється від відповідальності щодо третіх сторін у випадку смерті, тілесного ушкодження або шкоди майну, спричинених обладнанням (ст. 8 Конвенції).

Наслідки порушення договору лізингу. У разі порушення зобов'язань з договору лізингу настають наслідки, встановлені ст. 611 ЦК (сплата неустойки, відшкодування збитків та моральної шкоди, зміна умов зобов'язання, припинення зобов'язання внаслідок односторонньої відмови чи розірвання договору). Між тим існують і специфічні, притаманні саме лізинговому зобов'язанню підстави припинення зобов'язання внаслідок односторонньої відмови. Так, Закон містить перелік таких підстав:

– лізингоодержувач має право відмовитися від договору лізингу в односторонньому порядку, письмово повідомивши про це лізингодавця, у разі якщо прострочення передачі предмета лізингу становить більше 30 днів, за умови, що договором лізингу не передбачено іншого строку;

– лізингоодержувач має право вимагати відшкодування збитків, у тому числі повернення платежів, що були сплачені лізингодавцю до такої відмови.

– лізингодавець має право відмовитися від договору лізингу, якщо лізингоодержувач не сплатив лізинговий платіж частково або у повному обсязі та прострочення сплати становить більше 30 днів.

Окрім загальних наслідків, встановлених ЦК, у разі порушення зобов'язання з договору лізингу настають ще спеціальні наслідки:

– у разі якщо прострочення передачі предмета лізингу становить більше 30 днів, лізингодавець має право вимагати повернення предмета лізингу від лізингоодержувача у безспірному порядку на підставі виконавчого напису нотаріуса.

Відповідальність за невиконання або неналежне виконання обов'язку передати річ належної якості, комплектності й інших обов'язків щодо речі — предмета лізингу покладається на продавця цієї речі у випадку, коли вибір продавця був здійснений самостійно лізингоодержувачем. Лізингоодержувач наділяється правами вимоги до продавця, наче він був сам покупцем речі.

У разі якщо вибір продавця був зроблений лізингодавцем самостійно, зазначена відповідальність покладається на продавця і на лізингодавця солідарно.

Питання для самоконтролю

Поняття договору найму (оренди).

Які ознаки дають підстави для виділу найму (оренди) в окремий тип договірних зобов'язань?

Сторони договору найму (оренди) та їх права і обов'язки.

Поняття та ознаки договору прокату.

Дайте визначення договору найму (оренди) земельної ділянки і розкрийте його характерні ознаки.

Поняття договору найму будівлі або іншої капітальної споруди і його характерні ознаки.

Дайте визначення договору оренди підприємства і охарактеризуйте його сутність.

Дайте визначення договору оренди транспортного засобу, охарактеризуйте його сутність.

Чим обумовлюється специфіка договору оренди транспортного засобу?

За якими ознаками договір лізингу виділений в окремий вид договору найму?

Які існують види та форми лізингу?

Що є предметом договору лізингу?

В якій формі укладається договір лізингу?
Якими є істотні умови договору лізингу?
Які права та обов'язки сторін договору лізингу?
Назвіть підстави розірвання договору лізингу.

ГЛАВА 41

ДОГОВІР НАЙМУ (ОРЕНДИ) ЖИТЛА

§ 1. Поняття договору найму (оренди) житла

Договір найму житла є однією із форм реалізації конституційного права людини на житло (ст. 47 Конституції). Це основний договір, що опосередковує його передачу в користування.

Інтеграція житлової сфери в загальну систему ринкових відносин, формування ринку житла та перехід на нові, які властиві ринковій економіці, засади задоволення житлової потреби обумовили суттєві зміни у відношеннях найму житла. У сучасних умовах договір найму стає засобом задоволення житлової потреби людини як у межах **ринкових житлових відносин**, так і поза ними — у **розподільних житлових відносинах**.

Договір найму житла в публічних (державному та комунальному) житлових фондах опосередковує розподільні відносини житлової сфери, врегулювання яких здійснюється житловим законодавством, серед якого основним є Житловий кодекс УРСР²⁶⁹ (далі — ЖК). На сьогодні ЖК встановлює порядок забезпечення громадян житлом та користування ним у зазначених житлових фондах.

²⁶⁹ Відом. Верхов. Ради УРСР. – 1983. – № 28. – Ст. 547.

Відносини з найму житла в будинках державного та комунального житлових фондів мають певні особливості. Так, житло в цих фондах надається лише громадянам України, які визнаються таким, що потребують поліпшення житлових умов, і які перебувають на відповідному обліку. Укладається договір найму тільки на підставі рішення компетентного органу про надання житла та виданого громадянинуві ордера на житлове приміщення. Права, обов'язки та відповідальність сторін чітко регламентовані ЖК, на підставі яких і укладається договір²⁷⁰.

У сучасних умовах відносини з найму житла в публічних житлових фондах набувають яскраво вираженого соціального відтінку. Відповідно до Концепції державної житлової політики²⁷¹ основним напрямом політики держави в житловій сфері є забезпечення житлом за рахунок держави соціально незахищених громадян України, до яких відносяться громадяни України, які через своє соціальне становище не можуть самостійно вирішити житлову проблему, — малозабезпечені, інваліди, ветерани Великої Вітчизняної війни, військовослужбовці, особи, що постраждали внаслідок аварії на Чорнобильській АЕС, тощо. Указаним категоріям осіб на конституційному рівні гарантовано надання житла державою та органами місцевого самоврядування безоплатно або за доступну для них плату (ч. 2 ст. 47 Конституції).

Слід зазначити, що чинний ЖК не відповідає повною мірою потребам сьогодення і не відображає соціальну спрямованість сучасної житлової політики держави. Між тим сьогодні спостерігається оновлення житлового законодавства шляхом прийняття **нового Житлового кодексу України**²⁷².

Договір найму житла у приватному житловому фонді опосередковує ринкові відносини житлової сфери. В юридичній літературі він отримав назву «договір комерційного найму житла». За допомогою цього договору одночасно реалізується як житловий інтерес користувача (наймача), так і комерційний інтерес власника (наймодавця) щодо отримання їм доходу з наявного у нього житла.

На відміну від найму житла в публічних житлових фондах укладення договору найму у приватному житловому фонді не передбачає додаткові передумови, зокрема рішення будь-якого органу про надання житла або видачу розпорядчого документа (ордера) на житло. Учасники (сторони) цього договору є вільними у виборі контрагента та предмета договору, у визначенні таких важливих його умов, як строк, розмір та порядок внесення плати за користування житлом, розподіл обов'язків щодо ремонту житла, переданого в найм, тощо. Будучи ринковими за своєю природою, відносини з найму житла в приватному житловому фонді формуються за принципом свободи договору (статті 6 і 627 ЦК).

Договір найму житла у приватному житловому фонді є одним із цивільно-правових договорів. Він дістав своє правове регулювання в гл. 59 «Найм (оренда) житла» (статті 810–826) ЦК. При цьому зазначається, що до договору найму житла застосовуються положення цього Кодексу, якщо інше не встановлено законом (ч. 3 ст. 810 ЦК).

За договором найму (оренди) житла одна сторона — власник житла (наймодавець) передає або зобов'язується передати другій стороні (наймачеві) житло для проживання у ньому на певний строк за плату (ч. 1 ст. 810 ЦК).

²⁷⁰ Більш докладно про договір найму житла в публічних житлових фондах див.: Житлове право України [Текст] : навч. посіб. / М. К. Галантич, Г. І. Коваленко. – К. : Юрінком Інтер, 2002. – 480 с.; Сліпченко, С. О. Житлове право України [Текст] : наук.-практ. посіб. / С. О. Сліпченко, Е. О. Мічурін, О. В. Соболев. – Х. : Еспада, 2003. – 344 с.; Житлове право України : навч. посіб. / за ред. Є. О. Харитонova. – К. : Істина, 2008. – 160 с.

²⁷¹ Постанова Верховної Ради України від 30 червня 1995 року № 254 [Текст] // Відом. Верхов. Ради України. – 1995. – № 27. – С. 200.

²⁷² Проект Житлового кодексу України [Електронний ресурс] : реєстраційний номер 2307-д від 04.09.2009 р. // Офіційний сайт Верховної Ради України. – Режим доступу: <http://www.rada.gov.ua>.

Виходячи із загального визначення договору, він може бути **як реальним, так і консенсуальним**. Це залежить від того, як сторони визначили порядок його укладення. Якщо вони встановили, що договір вважатиметься укладеним з моменту досягнення сторонами згоди за всіма істотними умовами договору, договір є консенсуальним. Якщо ж момент укладення договору визначено передачею житла в користування, це є реальний договір.

Цей договір є **двостороннім та оплатним**.

Згідно зі ст. 811 ЦК договір найму житла укладається у **письмовій формі**. Проте недодержання сторонами письмової форми не тягне за собою визнання його недійсним. Такі правові наслідки мають місце лише у випадках, встановлених законом (ч. 1 ст. 218 ЦК).

Сторонами у договорі найму житла є **наймодавець і наймач**. За загальним правилом наймодавцем виступає власник житла — фізична або юридична особа (ч. 1 ст. 810 ЦК). В окремих випадках наймодавцем може виступати й уповноважена власником особа, наприклад управитель за договором управління майном (ст. 1029 ЦК). Наймачем житла може бути як фізична, так і юридична особа. Однак якщо наймачем є юридична особа, вона може використовувати житло лише для проживання в ньому фізичних осіб (ч. 2 ст. 813 ЦК), бо сучасне законодавство України закріплює принцип цільового використання житла. Згідно з цим принципом житло призначається виключно для проживання людини. Якщо цей принцип діє відносно власника житла, який має право використовувати помешкання тільки для власного проживання, проживання членів своєї сім'ї, інших осіб і не має права використовувати його для промислового виробництва (ч. 1 ст. 383 ЦК), то він тим більше повинен діяти відносно наймодавця та наймача. Унаслідок цього юридична особа, що отримала житло на умовах найму, у подальшому може лише передавати його в користування фізичній особі (наприклад, своєму працівнику) на підставі оплатного договору піднайму (ст. 823 ЦК) або безоплатного договору позички (ст. 827 ЦК).

Наймачем у відносинах з найму житла, як правило, виступає одна особа. Між тим у договорі найму житла мають бути вказані особи, які постійно проживатимуть разом з наймачем. Ці особи набувають рівних з наймачем прав та обов'язків щодо користування житлом (ч. 1 ст. 816 ЦК). Як правило, з наймачем постійно проживають члени його сім'ї. Проте це можуть бути й особи, які не зв'язані з наймачем сімейними або родинними відносинами. Порядок користування житлом наймачем та особами, які постійно проживають разом з ним, визначається за домовленістю між ними, а у разі спору — встановлюється за рішенням суду (ч. 4 ст. 816 ЦК).

Якщо наймачами житла є кілька осіб, їхні обов'язки за договором найму житла є солідарними (ч. 3 ст. 816 ЦК). У цьому разі всі вони є **співнаймачами житла**, що тягне за собою виникнення зобов'язання з кількома особами на стороні наймача.

Предметом договору можуть бути помешкання, зокрема житловий будинок або його частина, квартира або її частина (ч. 1 ст. 812 ЦК). ЦК називає і дає визначення поняттям «житловий будинок» та «квартира» як об'єктам права власності у гл. 28 «Право власності на житло» (статті 380–382). Оскільки сторони самі вирішують, чи відповідає помешкання їхнім потребам та можливостям, закон не встановлює особливих вимог щодо якості предмета цього договору. Відповідно до ч. 2 ст. 812 ЦК помешкання має бути лише придатним для постійного проживання у ньому. Це стосується санітарного та технічного стану житла. На сьогодні порядок обстеження стану житлових будинків з метою встановлення їх відповідності санітарним і технічним вимогам та визнання житлових будинків і житлових приміщень непридатними для проживання визначений постановою Ради Міністрів УРСР від 26.04.1984 р. № 189. Проте цей нормативно-правовий акт регулює порядок визнання житла непридатним для проживання у публічних (державному та комунальному) житлових фондах, що потребує вирішення цього питання і стосовно приватного житлового фонду.

До складу помешкання, що є предметом договору найму, обов'язково входить житлове приміщення (одна чи кілька кімнат, частина кімнати). Не можуть бути самостійним предметом найму житла підсобні приміщення (наприклад, кухня, коридор, комора та ін.). Якщо предметом договору найму є частина житлового будинку або квартири, то підсобні приміщення знаходяться у загальному користуванні усіх осіб, що постійно проживають разом у житловому будинку або квартирі. Наймач житла у багатоквартирному житловому будинку має право користуватися й майном, що обслуговує будинок (ч. 3 ст. 812 ЦК).

Відповідно до ч. 1 ст. 821 ЦК договір найму житла укладається на **строк**, який встановлений договором. Допускається укладення договору найму житла і без зазначення у ньому строку. У такому випадку він вважається укладеним на п'ять років.

Договір найму житла, укладений на строк до одного року, іменується законодавцем як **короткостроковий** найм. Законом встановлено певні особливості щодо регулювання відносин за договором короткострокового найму житла (ч. 2 ст. 821 ЦК). Так, зокрема, до таких договорів не застосовуються: вимоги про обов'язковість зазначення у договорі осіб, які постійно проживатимуть разом із наймачем (ч. 1 ст. 816 ЦК); про дозвіл проживання тимчасових мешканців (ст. 818 ЦК); щодо права наймача передавати помешкання у користування піднаймачеві (ст. 823 ЦК); про заміну наймача у договорі найму житла (ст. 824 ЦК); про переважні права наймача на укладення договору найму на новий строк та придбання житла, яке було предметом договору найму (ст. 822 ЦК). Слід зазначити, що укладення після короткострокового договору найму житла договору на новий строк до одного року з тим же самим наймачем не є підставою для втрати договором статусу короткострокового.

§ 2. Права та обов'язки сторін за договором найму житла

Як вже вказувалося, договір найму житла є двостороннім договором і кожна із сторін — наймодавець і наймач — має як права, так й обов'язки.

Коло **обов'язків наймодавця** за договором найму житла залежить від того, чи є цей договір найму консенсуальним або реальним. У консенсуальному договорі найму основний обов'язок наймодавця полягає в наданні житла наймачу. Хоча закон не передбачає правових наслідків невиконання наймачем зазначеного обов'язку, за загальним правилом, що діє в цивільному законодавстві, у разі невиконання боржником (наймачем) обов'язку передати у користування річ, визначену індивідуальними ознаками (житло), кредитор (наймач) має право витребувати цю річ у боржника та вимагати відшкодування збитків, завданих порушенням зобов'язання (ч. 1 ст. 620, ч. 1 ст. 623 ЦК). У реальному договорі найму передання житла є умовою укладення договору, а не обов'язком у відносинах з найму житла.

Проте незалежно від того, який це договір найму житла — реальний або консенсуальний, до обов'язків наймодавця слід віднести: обов'язок передати у найм помешкання, яке придатне для постійного проживання у ньому (ч. 2 ст. 812 ЦК); здійснювання капітального ремонту житла, переданого у найм, якщо за умовами договору це не покладено на наймача (ч. 2 ст. 819 ЦК); дотримання переважного права наймача житла на укладення нового договору найму (ст. 822 ЦК).

До речі, можливо тільки за згодою наймача чинити переобладнання житлового будинку, в якому знаходиться житло, передане у найм, якщо таке переобладнання істотно змінить умови користування житлом (ч. 3 ст. 819 ЦК).

У разі **зміни власника** житла, переданого у найм, до **нового власника** переходять права та обов'язки наймодавця (ст. 814 ЦК).

Наймач за договором найму житла має **право** користуватися житлом, а при дотриманні певних умов — і розпоряджатися ним (наприклад, за згодою наймодавця передавати житло у користування піднаймачеві тощо).

Згідно із ч. 1 ст. 817 ЦК наймач та особи, які постійно проживають разом з ним, мають право за їхньою взаємною згодою та за згодою наймодавця **вселити** у житло **інших осіб** для постійного проживання у ньому. ЦК не передбачає будь-якого винятку із цього правила. Тому навіть для вселення малолітньої або неповнолітньої особи до її батьків (усиновлювачів) вимагається згода наймодавця, наймача та усіх осіб, які постійно проживають разом з ним. Особи, які вселилися у житло, відповідно до ч. 1 ст. 817 ЦК, набувають рівних з іншими особами прав користування житлом, якщо інше не було передбачено при їх вселенні.

Наймач та особи, які постійно проживають разом з ним, за їх взаємною згодою можуть дозволити тимчасове проживання у помешканні іншої особи (осіб) без стягнення плати за користування житлом — **тимчасових мешканців** (ч. 1 ст. 818 ЦК). За законом вселення тимчасових мешканців здійснюється без згоди наймодавця, але з обов'язковим попереднім повідомленням його про це. За правилом тимчасовими мешканцями є родичі наймача та членів його сім'ї, їх знайомі тощо. Характерними ознаками тимчасового проживання є: по-перше, відсутність у тимчасових мешканців самостійного права користування житлом та обов'язків щодо наймодавця житла; по-друге, безоплатність користування житлом; по-третє, тимчасовість використання житла.

ЦК не встановлює будь-якого строку щодо проживання тимчасових мешканців. Цей строк визначається за погодженням поміж тимчасовим мешканцем, наймачем та особами, які постійно проживають разом з ним. Тимчасові мешканці повинні звільнити житло після спливу погодженого з ними строку проживання, а у разі відсутності такого строку — не пізніше семи днів від дня пред'явлення до них наймачем або наймодавцем вимоги про звільнення помешкання (ч. 3 ст. 818 ЦК).

Наймач житла має право за згодою наймодавця на певний строк передавати його (або певну частину житла) для проживання іншим особам на підставі **договору піднайму житла** (ч. 1 ст. 823 ЦК). Піднаймач не набуває самостійного права користування житлом, його права залежні та похідні від прав наймача. Обсяг прав піднаймача є обмежений у порівнянні з обсягом прав наймача житла. Так, зокрема, до договору піднайму не застосовуються положення про переважне право на укладення договору на новий строк (ч. 5 ст. 823 ЦК).

Договір піднайму житла укладається на строк, встановлений договором. Проте строк договору піднайму не може перевищувати строку договору найму житла. У разі дострокового припинення договору найму житла одночасно з ним припиняється й договір піднайму (частини 3 і 4 ст. 823 ЦК).

Договір піднайму житла є оплатним, розмір плати встановлюється сторонами при укладенні договору піднайму.

На вимогу наймача та інших осіб, які постійно проживають разом з ним, наймач у договорі найму житла може бути замінений однією з повнолітніх осіб, яка постійно проживає із наймачем. Така заміна провадиться лише за згодою наймодавця житла (ч. 1 ст. 824 ЦК).

У разі смерті наймача або вибуття його з житла наймачами (співнаймачами) можуть стати усі інші повнолітні особи, які постійно проживали з колишнім наймачем (ч. 2 ст. 824 ЦК). Така заміна сторони у договорі найму не вимагає згоди наймодавця. Коли ж не всі повнолітні особи прагнуть стати наймачами, а тільки одна або кілька з цих осіб, у цьому разі повинна бути згода наймодавця. Договір найму житла залишається чинним на попередніх умовах.

За спливом строку договору найму наймач має переважне право на укладення договору найму житла на **новий строк** (ст. 822 ЦК). Проте реалізація цього права передбачає певні дії з боку наймодавця. Не пізніше ніж за три місяці до спливу строку договору найму житла він може запропонувати наймачеві укласти договір на таких самих або інших умовах чи попередити наймача про відмову від укладення договору на новий строк у зв'язку з рішенням не здавати житло у найм щонайменше протягом одного року. Якщо наймодавець не попередив наймача, а наймач не звільнив помешкання, договір вважається укладеним на таких самих умовах і на такий самий строк. Тобто у даному випадку фактично йдеться про продовження договору найму на новий строк.

Законодавець передбачає певні наслідки щодо недодержання наймодавцем свого рішення не передавати помешкання у найм протягом одного року. Так, якщо наймодавець відмовився від укладення договору на новий строк, але протягом одного року уклав договір найму житла з іншою особою, наймач має право вимагати переведення на нього прав наймача та (або) відшкодування збитків, завданих відмовою укласти з ним договір на новий строк (п. 3 ч. 1 ст. 822 ЦК).

Відповідно до ч. 2 ст. 822 ЦК у разі продажу житла, яке було предметом договору найму, наймач має **переважне** перед іншими особами **право на його придбання**.

Наймач несе відповідальність за порушення **обов'язків** щодо договору найму житла як ним самим, так й особами, які проживають разом з ним (ч. 2 ст. 816 ЦК).

Одним із основних обов'язків наймача є своєчасне внесення **плати за житло**. Розмір плати за користування житлом встановлюється у договорі (ч. 1 ст. 820 ЦК).

Якщо законом встановлений максимальний розмір плати за користування житлом, плата, встановлена у договорі, не може перевищувати цього розміру (ч. 1 ст. 820 ЦК). Одностороння зміна розміру плати за користування житлом не допускається, якщо інше не встановлено договором або законом (ч. 2 ст. 820 ЦК).

Наймач вносить плату за користування житлом у строк, встановлений договором. Якщо строк внесення плати за користування житлом не встановлений договором, наймач вносить її щомісячно (ч. 3 ст. 820 ЦК). Крім плати за житло наймач зобов'язаний вносити плату за комунальні послуги. Останнє він здійснює самостійно, якщо інше не встановлено договором найму (ч. 3 ст. 815 ЦК).

Наймач зобов'язаний забезпечувати **збереження житла** та підтримувати його в належному стані (ч. 1 ст. 815 ЦК). Зокрема, на ньому лежить обов'язок здійснювати поточний ремонт житла, якщо інше не встановлено за домовленістю між сторонами (ч. 1 ст. 819 ЦК). Наймач не може проводити перевлаштування та реконструкцію житла без згоди на це наймодавця (ч. 2 ст. 815 ЦК).

§ 3. Розірвання договору найму житла

Відповідно із Конституцією ніхто не може бути примусово позбавлений житла інакше, як на підставі закону за рішенням суду (ч. 3 ст. 47). Унаслідок цього розірвання договору найму та виселення з житла допускається у виняткових випадках, які встановлюються законом.

Відповідно до ст. 825 ЦК **наймач** житла має **право** за згодою інших осіб, які постійно проживають разом з ним, у будь-який час **відмовитись від договору** найму, письмово попередивши про це наймодавця за три місяці. При цьому згода наймодавця на припинення договору найму не вимагається. Якщо наймач звільнив помешкання без попередження, наймодавець має право вимагати від нього плату за користування житлом за

три місяці, якщо він доведе, що він не міг укласти договір найму житла на таких самих умовах з іншою особою.

Наймач має право відмовитися від договору найму житла, якщо **житло стало непридатним для постійного проживання** у ньому. Як вже було зазначено, непридатність житла для постійного проживання обумовлена його санітарним та технічним станом.

Договір найму житла може бути **розірваний** за рішенням суду **на вимогу наймодавця** у разі:

– невнесення наймачем плати за житло за шість місяців, якщо договором не встановлений більш тривалий строк, а при короткостроковому наймі — понад два рази;

– руйнування або псування житла наймачем або іншими особами, за дії яких він відповідає.

За рішенням суду наймачеві може бути наданий строк не більше одного року для відновлення житла. Слід зазначити, що застосування такого заходу є правом, а не обов'язком суду. Якщо протягом строку, визначеного судом, наймач не усуне допущених порушень, суд за повторним позовом наймача постановлює рішення про розірвання договору найму житла. На прохання наймача суд може відстрочити виконання рішення не більш ніж на один рік. Відстрочка виконання рішення суду можлива тільки після того, як буде винесено рішення суду про розірвання договору. Порядок відстрочки виконання рішення провадиться відповідно до положень ЦПК України.

Договір найму будинку, квартири, кімнати або їх частини може бути розірваний на вимогу наймодавця у разі необхідності використання житла для проживання самого наймодавця та членів його сім'ї. При цьому наймодавець повинен доказати, що така необхідність виникла вже після укладення ним договору найму. Наймодавець повинен попередити наймача про розірвання договору найму не пізніше ніж за два місяці.

Якщо наймач житла або інші особи, за дії яких він відповідає, використовують житло не за призначенням або систематично порушують права та інтереси сусідів, наймодавець може попередити наймача про необхідність усунення цих порушень. Якщо наймач або інші особи, за дії яких він відповідає, після попередження продовжують використовувати житло не за призначенням або порушують права та інтереси сусідів, наймодавець має право вимагати розірвання договору найму.

У разі розірвання договору найму житла наймач та інші особи, які проживали у помешканні, підлягають виселенню з житла на підставі рішення суду без надання їм іншого житла.

§ 4. Договір оренди житла з викупом

Договір оренди житла з викупом є **новелою** в сучасному цивільному законодавстві, поява якого обумовлена необхідністю подолання кризових явищ у житловій сфері. Він має стати ефективним правовим засобом, що забезпечує підвищення платоспроможності населення та надання реальної можливості отримання ним житла за рахунок власних коштів.

Правове регулювання вищезазначеного договору здійснюється перш за все нормами гл. 59 ЦК (статтями 810¹, 811, 813–820, 823, абз. 4 частини 1 та частиною 2 статті 825, статтями 826, 1232¹), окрім того — окремими положеннями Закону України від 25 грудня 2008 р. «Про запобігання впливу світової фінансової кризи на розвиток будівельної галузі та житлового будівництва»²⁷³ (далі — Закон), **Порядком оренди житла з викупом**, затвердженим

²⁷³ Відом. Верхов. Ради України. – 2009. – № 319. – Ст. 257.

постановою Кабінету Міністрів України від 25 березня 2009 р. № 274²⁷⁴ (далі — Порядок), та Примірним договором оренди житла з викупом, затвердженим наказом Міністерства регіонального розвитку та будівництва України від 24 червня 2009 р. № 252²⁷⁵ (далі — Примірний договір).

Частина 1 ст. 810¹ ЦК визначає договір оренди житла з викупом як **особливий вид** договору найму (оренди) житла. Будь-який договір виділяється у самостійний вид, якщо він вимагає спеціального правового врегулювання. Складна конструкція договору оренди житла з викупом, що містить в собі елементи різних за типом договірних моделей (найму (оренди) та купівлі-продажу житла), стає тією специфічною ознакою, яка суттєво впливає на необхідність особливого регулювання цього договору. З огляду на це вважається непослідовною позиція законодавця, коли він відводить договору оренди житла з викупом лише спеціальну статтю (ст. 810¹), а не окремий параграф гл. 59 ЦК. Таким чином, порушується сам принцип систематизації ЦК, згідно з яким кожен тип договірних зобов'язань виділяється в окрему главу і кожен вид цього типу, у свою чергу, в окремий параграф цієї глави.

За договором оренди житла з викупом одна сторона — підприємство-орендодавець передає другій стороні — фізичній особі (особі-орендарю) житло за плату на довготривалий (до 30 років) строк, після закінчення якого або достроково, за умови повної сплати орендних платежів, житло переходить у власність орендарю (ч. 2 ст. 810¹ ЦК).

Виходячи з визначення цього договору, він опосередковує передачу житла у **користування**, проте, оскільки за умови повної сплати орендних платежів житло переходить у власність орендарю, його слід вважати й однією з **підстав набуття права власності** на житло.

Договір оренди житла з викупом є **двостороннім** та **оплатним**.

У самому визначенні договору він сконструйований як договір **реальний**, оскільки чітко позначено, що одна сторона **передає**, а не зобов'язується передати другій стороні житло. Безумовно, така конструкція може існувати лише тоді, коли житло на момент укладення договору вже є власністю підприємства-орендодавця і може бути передано особі-орендарю. Водночас ч. 3 ст. 810¹ ЦК по суті закріплює іншу конструкцію договору, відповідно до якої підприємство-орендодавець набуває право власності на попередньо обране особою-орендарем житло з метою **подальшої передачі** такого житла у довгострокову оренду з викупом такій особі. У цьому випадку передача житла на момент укладення договору неможлива, оскільки воно ще не придбане підприємством-орендодавцем. Саме тому за такою конструкцією договір є **консенсуальним**. Таким чином, аналіз частин 2 та 3

ст. 810¹ ЦК дозволяє дійти висновку, що договір оренди житла з викупом може бути **як реальним, так й консенсуальним**. Проте очевидно, що обидві конструкції договору мають бути закріплені в його легальному визначенні.

Сторонами у договорі оренди житла з викупом є **підприємство-орендодавець** (далі — орендодавець) та **особа-орендар** (далі — орендар). Отже, орендодавцем може бути лише юридична особа — суб'єкт підприємницької діяльності, оскільки він інвестує власні або залучені кошти у придбання житла безпосередньо з метою подальшої передачі його у довгострокову оренду з викупом заради отримання винагороди (доходу). Орендодавець є власником житла і здійснює розпорядження ним до його повного викупу орендарем (ч. 3 ст. 810¹ ЦК). Орендарем, навпаки, може бути тільки фізична особа, яка шляхом укладення відповідного договору

²⁷⁴ Офіц. вісн. України. – 2009. – № 23. – Ст. 754.

²⁷⁵ Інформаційний Бюлетень Міністерства регіонального розвитку та будівництва України. – 2009, 07. – № 7.

задовольняє свою житлову потребу. Орендар володіє і користується житлом, отриманим в оренду, а після сплати орендних платежів у повному обсязі набуває право власності на таке житло.

Предмет договору оренди не має будь-яких особливостей у порівнянні з предметом договору найму житла. Це може бути квартира або її частина, житловий будинок або його частина, що призначаються та придатні для постійного проживання в них (п. 3 Порядку). Слід тільки зазначити, що оскільки договір оренди житла з викупом є однією з форм задоволення житлової потреби людини у межах ринкових відносин, законодавець не встановлює будь-яких обмежень щодо вартості житла, його розміру тощо.

Договір оренди житла з викупом укладається на **довготривалий (до 30 років) строк**, який визначається за домовленістю сторін. Ураховуючи високу вартість житла, законодавець надає орендарю можливість сплатити платежі на викуп житла протягом тривалого часу.

Згідно з ч. 2 та ч. 3 ст. 811 ЦК договір оренди житла з викупом має **письмову форму** та підлягає обов'язковому **нотаріальному посвідченню і державній реєстрації** у порядку, визначеному законом. Отже, відповідно до загальних вимог ч. 3 ст. 640 ЦК такий договір є укладеним лише з моменту його державної реєстрації. Реєстрація договору здійснюється нотаріусами шляхом внесення запису в Державний реєстр договорів одночасно з нотаріальним посвідченням договору (п. 2 Тимчасового порядку державної реєстрації правочинів, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 26 травня 2004 р. № 671).

Договір оренди житла з викупом укладається відповідно до **примірного договору**, який затверджується Мінрегіонбудом і в якому зазначаються: 1) найменування сторін; 2) характеристика житла, що передається в оренду; 3) строк, на який укладається договір; 4) розмір, порядок формування, форма і строки внесення орендних платежів та умови їх перегляду; 5) підстави дострокового розірвання договору; 6) порядок повернення коштів у разі дострокового розірвання договору; 7) формування резерву непередбачених витрат, пов'язаних з обслуговуванням зобов'язань орендаря; 8) зобов'язання сторін; 9) відповідальність сторін (п. 5 Порядку).

Права та обов'язки орендодавця та орендаря щодо користування житлом у більшій частці збігаються з правами та обов'язками наймодавця та наймача за договором найму житла. Вони визначені в статтях 814–819, 823 ЦК, і їх аналіз здійснений у попередніх параграфах цієї глави. Проте окремі права та обов'язки притаманні саме сторонам договору оренди житла з викупом, що обумовлено, до речі, викупом житла.

Так, **орендодавець зобов'язаний**, по-перше, укласти договір купівлі-продажу і придбати у власність житло, яке попередньо обране орендарем; по-друге, передати його у користування орендарю у встановлений договором строк. Однак такі обов'язки виникають лише за умови, що договір оренди укладається щодо житла, яке тільки має бути придбане орендодавцем у майбутньому, та відповідно договір за своєю конструкцією є консенсуальним. У тому випадку, коли орендодавець на момент укладення договору є власником обраного орендарем житла і договір оренди є реальним (наприклад: якщо сталося дострокове розірвання договору оренди з попереднім орендарем і житло наново реалізовано орендодавцем на житловому ринку), передання житла стає умовою укладення договору, а не обов'язком у відносинах оренди.

Згідно з ч. 3 ст. 810 ЦК **орендодавець має право** розпоряджатися придбаним житлом до його повного викупу орендарем. Проте слід відзначити, що **правомочність** орендодавця щодо **розпорядження** житлом є **обмеженою**. Так, зокрема, орендодавець має право розпорядитися житлом шляхом укладення договору купівлі-продажу, але, оскільки до нового власника житла переходять права та обов'язки орендодавця (ст. 814 ЦК), покупцем такого житла може бути лише юридична особа, діяльність якої безпосередньо пов'язана з орендою житла.

До **основних прав орендаря** належить право володіння та користування житлом, отриманим в оренду, а після сплати орендних платежів у повному обсязі набуття права власності на таке житло. Орендар має право достроково погасити платежі на викуп житла.

Існує низка **обов'язків орендаря**, обумовлених викупом ним житла. Так, орендар зобов'язаний:

– сплатити кошти початкового внеску за житло (ч. 3 ст. 5 Закону), який є складовою частиною вартості житла, визначеної у договорі оренди;

– своєчасно сплачувати орендні платежі (ч. 4 ст. 820 ЦК), тобто періодичні платежі, які орендар сплачує орендодавцю відповідно до умов договору оренди протягом усього строку дії договору. Вони складаються з: а) платежів на викуп обраного орендарем житла; б) винагороди (доходу) орендодавця. Винагорода (дохід) орендодавця визначається згідно з розміром процентної ставки, встановленої у договорі оренди;

– компенсувати орендодавцю витрати, пов'язані з вчиненням юридичних дій, а саме: страхові платежі; витрати на оформлення права власності на нерухоме майно; на державну реєстрацію обтяжень нерухомого майна; нотаріальні послуги (ч. 5 ст. 5 Закону). Порядок компенсації вищепозначених витрат визначається договором оренди (п. 7 Порядку);

– надати кошти для формування резервів непередбачених витрат, пов'язаних з обслуговуванням зобов'язань орендаря (ч. 5 ст. 5 Закону; п. 8 Порядку). Розмір таких резервів не може перевищувати три відсотки вартості житла. Кошти з цих резервів у разі їх невикористання зараховуються як платежі орендаря на викуп житла;

– сплачувати самостійно комунальні платежі (ч. 7 ст. 5 Закону). У випадку виникнення заборгованості з оплати спожитих житлово-комунальних послуг орендодавець погашає її за рахунок коштів відповідного резерву (п. 9 Порядку).

Договір оренди житла з викупом **припиняється** у разі повної сплати орендних платежів у визначений строк або достроково.

Оскільки після сплати орендних платежів у повному обсязі орендар набуває право власності на житло, факт сплати платежів засвідчується відповідним **актом**, що є невід'ємною **частиною договору оренди** (п. 6 Порядку). На підставі договору оренди житла з викупом, який є документом, що свідчить про перехід права власності на нерухоме майно (житло) від орендодавця до орендаря з відкладальними обставинами (ч. 7 ст. 810 ЦК), та акта щодо сплати орендних платежів здійснюється **реєстрація права власності на житло орендаря** відповідно до Тимчасового положення про порядок державної реєстрації прав власності на нерухоме майно, затвердженого наказом Мін'юсту від 7 лютого 2002 р. № 7/5¹ (в редакції наказу від 28 липня 2010 р. № 1692/5).

Проте в законодавстві передбачена й можливість дострокового **розірвання договору** оренди житла з викупом.

Перш за все він може бути розірваний за взаємною згодою сторін (ч. 1 ст. 651 ЦК). У цьому випадку правові наслідки розірвання договору, зокрема повернення сплачених коштів щодо вартості житла, здійснюються відповідно до умов договору (п. 11 Порядку).

Одночас договір оренди може бути розірваний за рішенням суду на вимогу орендодавця у випадках, передбачених ч. 2 ст. 825 ЦК, а саме: по-перше, невнесення орендарем платежів на викуп житла у визначений строк; по-друге, руйнування або псування житла безпосередньо орендарем або іншими особами, за дії яких він відповідає. У цьому разі повернення коштів здійснюється відповідно до рішення суду (п. 11 Порядку).

Складним є питання щодо розірвання договору оренди на вимогу орендаря. Частина 1 ст. 825 ЦК, що закріплює право наймача на відмову від договору найму житла, доповнена абз. 4, який, згідно з логікою, має бути присвячений вже можливості орендаря відмовитись від договору оренди. Однак абз. 4 ч. 1 ст. 825 ЦК

тільки відсилає до положень закону. Оскільки відсутній спеціальний закон, що регулює відносини оренди, можна припустити, що орендар у будь-який час може звернутися до суду з вимогою щодо розірвання договору оренди. У разі задоволення вимог орендаря суд вирішує питання й стосовно правових наслідків розірвання договору.

Права та обов'язки орендаря за договором оренди житла **входять до складу спадщини** і переходять до його спадкоємців як за заповітом, так і за законом (ч. 1 ст. 1232 ЦК). Спадкоємці мають право вимагати й дострокового припинення договору оренди у порядку, визначеному законом (ч. 3 ст. 1232 ЦК). Водночас вони мають право відмовитись від прийняття спадщини, до складу якої входять права та обов'язки орендаря, у порядку, встановленому ст. 1273 ЦК (ч. 2 ст. 1232 ЦК).

Питання для самоконтролю

1. Поняття та загальна характеристика договору найму (оренди) житла.
2. Предмет договору найму (оренди) житла.
3. Сторони договору найму (оренди) житла.
4. Права та обов'язки наймодавця за договором найму (оренди) житла.
5. Права та обов'язки наймача за договором найму (оренди) житла.
6. Підстави та порядок розірвання договору найму (оренди) житла. Правові наслідки розірвання договору.
7. Поняття та загальна характеристика договору оренди житла з викупом.
8. Права та обов'язки орендодавця та орендаря за договором найму (оренди) житла з викупом.

§ 1. Поняття та елементи договору позички

Поняття договору позички. Відповідно до ч. 1 ст. 827 ЦК України *за договором позички одна сторона (позичкодавець) безоплатно передає або зобов'язується передати другій стороні (користувачеві) річ для користування протягом встановленого строку.*

Найменування досліджуваного договору є новелою вітчизняного цивільного законодавства, проте сама договірна конструкція даного виду була відома і раніше діючому ЦК УРСР 1963 р. як «договір безоплатного користування майном». Даний договір не є винаходом вітчизняної правової доктрини, бо він був відомий ще з античних часів (наприклад, праву Стародавнього Риму він був знайомий як *commodatum*), оскільки потреби в наданні-отриманні речей у строкове безоплатне користування члени людського суспільства відчували справданна.

Договір позички може бути як *консенсуальним*, так і *реальним*. Якщо сторони домовилися про те, що договір слід вважати укладеним з моменту досягнення згоди в належній формі з усіх його істотних умов, то останній буде консенсуальним. Реальним же він буде за ситуації, коли момент укладення договору приурочений до акту передачі речі в позичку.

Консенсуальний договір позички є двостороннім, оскільки обидві сторони наділено правами й обов'язками (позичкодавець зобов'язаний надати в користування річ, а користувач — повернути її після закінчення терміну договору). Дещо складніша проблема кваліфікації реального договору. Одні цивілісти, звертаючи увагу на відсутність обов'язку позичкодавця передати річ, висловлювалися за односторонність реального договору позички²⁷⁶, інші — відносять останній до категорії взаємних (двосторонніх) договорів²⁷⁷. В основному погоджуючись з останньою думкою, необхідно зробити декілька пояснень. Згідно із ч. 3 ст. 827 ЦК «до договору позички застосовуються положення глави 58 цього Кодексу», тобто положення глави ЦК «Найм (оренда)», у тому числі і правила частин 2 і 3 ст. 776 ЦК, якими передбачений обов'язок наймодавця провести капітальний ремонт речі, переданої в найм. Таким чином, буквальне тлумачення норми, що міститься в ч. 3 ст. 827 ЦК, змушує нас зробити висновок, що *і реальний договір позички є двостороннім*, зважаючи на можливість існування обов'язку позичкодавця провести капітальний ремонт речі, переданої в користування. Разом з тим не можна заперечувати можливість укладення *короткострокових реальних договорів позички* і в подібній ситуації, виходячи з принципу розумності, обов'язок позичкодавця по проведенню капітального ремонту недоцільно включати в зміст договору²⁷⁸, який (і лише при аналогічних обмовках) *можливо буде кваліфікувати як односторонній*.

Договір позички є *безоплатним*. Подібне твердження засноване на легальній дефініції договору (ч. 1 ст. 827 ЦК), згідно з якою передача позичкодавцем речі в користування здійснюється безоплатно. Проте не можна не звернути уваги на ч. 2 ст. 827 ЦК, відповідно до якої «користування річчю вважається безоплатним, якщо

²⁷⁶ Див., наприклад: Загоруйко, О. А. Договір позички [Текст] / О. А. Загоруйко // Цивільне право України : підручник : у 2 т. / В. І. Борисова, Л. М. Баранова, І. В. Жилінкова та ін. ; за заг. ред. В. І. Борисової, І. В. Спасібо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. – К. : Юрінком Інтер, 2004. – Т. 2. – С. 227–228.

²⁷⁷ Див., наприклад: Иванов, А. А. Безвозмездное пользование имуществом [Текст] / А. А. Иванов // Гражданское право : учебник : в 3 т. – Изд. 2-е, перераб. и доп. / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. – М. : Проспект, 1999. – Т. 2. – С. 295.

²⁷⁸ Подібний висновок пояснюється природою капітального ремонту, оскільки без його проведення або в процесі його проведення предметом позички користуватися неможливо. Тому безглуздо брати в короткострокову позичку річ, що вимагає на момент укладення договору капітального ремонту.

сторони прямо домовилися про це або якщо це впливає із суті відносин між ними». Залишимо поза рамками даної глави міркування на тему про причини появи в ЦК подібної норми, невдалість якої очевидна, і спробуємо встановити її місце в системі договірної законодавства. Чи дозволяють положення ч. 2 ст. 827 ЦК стверджувати, що можливе існування платного договору позички? На подібне питання необхідно дати категоричну негативну відповідь. Слід погодитися з А. Ю. Кабалкіним, який відзначав, що безплатність є визначальною ознакою договору позички²⁷⁹, інакше, якщо припустити можливість існування платного варіанта даного договору, то ми матимемо справу не просто з «юридичним нонсенсом»²⁸⁰, а з абсолютно іншим правочином — договором найму (оренди). На дану обставину звертав свою увагу ще Г. Ф. Шершеневич, відзначаючи, що саме безплатністю позичка відрізняється від майнового найму²⁸¹. Разом з тим спробуємо пояснити сенс і передумови появи норми, закріпленої в ч. 2 ст. 827 ЦК, у главі ЦК «Позичка». По-перше, в ч. 5 ст. 626 ЦК закріплена презумпція платності договорів, згідно з якою договір є відплатним, якщо інше не встановлено договором, законом або не впливає із суті договору. Крім того, відповідно до загального правила, викладеного в ч. 4 ст. 632 ЦК, умова про ціну договору належить до категорії звичайних його умов. По-друге, ч. 3

ст. 827 ЦК поширює на договір позички дію правил, присвячених договору найму (оренди). А в абз. 1 ч. 1 ст. 762 ЦК деталізує загальне правило про ціну договору найму (оренди) як звичайну умову останнього. Тому, як уявляється, саме для того, щоб анулювати дію вищезгаданої презумпції і підкреслити той факт, що сторони договору позички мають справу з винятком із загального правила, а також для запобігання колізії правових норм про найм і позичку вони повинні «прямо домовитися» про безплатність користування або іншим очевидним чином виразити свою волю (наприклад, чітко вказати найменування договору).

Договір позички слід відносити до групи (типу) договорів по передачі майна в користування. Для того щоб підкреслити самостійність аналізованої договірної конструкції, доцільно провести порівняння останнього з договорами, найближче з ним дотичними, — позикою і орендою.

Завдяки українській мові між термінами «позика» і «позичка» існує значна фонетична схожість, проте на цьому загальні риси, властиві вказаним договорам, і вичерпуються. Відмінність між зазначеними договорами полягає у такому: по-перше, предмет договору позики передається у власність позичальника, а предмет договору позички — у тимчасове користування; по-друге, предмет договору позички представлений виключно індивідуально-визначеними речами, а предмет договору позики — грошима або іншими речами, що визначені родовими ознаками; по-третє, договір позики може бути як платним, так і безплатним, а договір позички виключно безплатний; по-четверте, за договором позики позичальник зобов'язаний повернути позикодавцеві таку ж суму грошових коштів (суму позики) або таку ж кількість речей того ж роду та такої ж якості, а за договором позички користувач зобов'язаний повернути саме ту річ, що була йому надана в користування.

Як договір найму (оренди), так і договір позички присвячені регламентації відносин, пов'язаних з наданням майна в тимчасове користування. Фундаментальні відмінності договору позички від платного договору найму (оренди) полягають у безплатності першого, а також в предметі: предмет позички обмежений лише речами, а предмет найму (оренди) представлений речами і майновими правами. Самостійність позички,

²⁷⁹ Див.: Гражданское право [Текст] : учебник : в 2 ч. / под ред. В. В. Залесского. – М., 1998. – Ч. 2. – С. 214.

²⁸⁰ Див.: Гражданское право [Текст] : учебник : в 3 т. / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. – Изд. 2-е, перераб. и доп. – М. : Проспект, 1999. – Т. 2. – С. 299.

²⁸¹ Шершеневич, Г. Ф. Учебник русского гражданского права [Текст] / Г. Ф. Шершеневич. – М. : Изд. бр. Башмаковых, 1915. – Т. 2. – С. 157.

крім того, формально підкреслена законодавцем розміщення положень про неї в гл. 60 ЦК, а не в одному з параграфів

гл. 58 ЦК. Разом з тим законодавець поступив не цілком послідовно, закріпивши в ч. 3 ст. 827 ЦК спірну норму, згідно з якою до договору позички застосовуються положення гл. 58 ЦК «Найм (оренда)». Указане вкрай невдале правило може стати причиною для формулювання невірних висновків про те, що договір позички є різновидом договору найму (оренди). Тому з метою вдосконалення чинного законодавства необхідно внести зміни до ч. 3 ст. 827 ЦК. Як найбільш оптимальний варіант таких може бути запропоновано вказати в ч. 3 ст. 827 ЦК *перелік статей з гл. 58 ЦК, які, виходячи з правила економії нормативного матеріалу, доречно застосовувати до відносин, породжених договором позички*²⁸². Проте може бути достатнім хоч би відзначити в ч. 3 ст. 827 ЦК те, що *положення глави 58 ЦК «Найм (оренда)» застосовуються до договору позички, якщо інше не встановлено главою ЦК «Позичка» і лише у тій частині, в якій вони не суперечать суті позичкового зобов'язання.*

Елементи договору позички. Сторонами договору позички є *позичкодавець і користувач*. Передача речі в безоплатне користування є окремим випадком здійснення речової правомочності — права розпорядження річчю, тому *позичкодавцем* може бути фізична або юридична особа, що є: *а) власником речі або б) суб'єктом, уповноваженим власником на розпорядження річчю* (відповідне повноваження повинно бути засноване на законі або договорі (наприклад — управитель за договором управління майном за згодою власника; комісіонер за договором комісії). Разом з цим, згідно із ч. 2 ст. 829 ЦК, юридична особа, яка здійснює підприємницьку діяльність, не може передавати речі у безоплатне користування особі, яка є її засновником, учасником, керівником, членом її органу управління або контролю. Незважаючи на негативний зміст указаної норми, остання є, по-перше, легальною перешкодою для можливих зловживань з боку осіб, які прямо або побічно впливають на формування волі підприємницької юридичної особи, і покликана забезпечувати інтереси останньої. По-друге, із змісту ч. 2 ст. 829 ЦК слідує, що юридичні особи, що здійснюють підприємницьку діяльність, мають право передавати в безоплатне користування річ всім іншим суб'єктам, окрім тих, хто прямо перерахований у даній статті.

Чинне законодавство не обмежує можливості яких-небудь осіб по участі в позичкових відносинах у статусі користувача. Отже, *користувачем* може бути будь-який учасник цивільних відносин з перерахованих у частинах 1, 2 ст. 2 ЦК.

Як єдину істотну умову договору позички цивільне законодавство пропонує розглядати умову про предмет. Предметом договору позички може бути винятково *річ, яка визначена індивідуальними ознаками і яка зберігає свій первісний вигляд при неодноразовому використанні (неспоживна річ)*. Інакше кажучи, в позичку можуть передаватися лише речі (на відміну від договору найму, предметом якого можуть бути і майнові права), як рухомі, так і нерухомі, які повинні бути:

а) індивідуально-визначеними; і б) неспоживаними.

За загальним правилом *строк* договору позички визначається за домовленістю сторін. Якщо сторони не встановили строку користування річчю, він визначається відповідно до мети користування нею (ст. 831 ЦК). Отже, умова про строк не належить до категорії істотних умов договору позички.

Для визначення *форми*, у якій слід вчиняти договір позички, слід керуватися загальними положеннями про форму правочинів (статті 206, 208, 209 ЦК) і спеціальними правилами, які закріплені в ст. 828 ЦК, що ставлять її в залежність від таких критеріїв: суб'єктний склад правочину, вид і (або) вартість предмета позички.

²⁸² Подібний варіант був вибраний законодавцем в абз. 2 ст. 324 ЦК УРСР 1963 р., що міститься в гл. 27 «Безоплатне користування майном».

Договір позички речі побутового призначення між фізичними особами може укладатися усно. Форма договору позички речей побутового призначення (окрім нерухомості і транспортних засобів) між фізичними особами залежатиме від суми правочину. Якщо вартість подібних речей перевищуватиме у двадцять і більше разів розмір неоподаткованого мінімуму доходів громадян, то договір слід укласти у письмовій формі. Якщо ціна предмета договору буде менше вказаного критерію, то правочин може бути оформлений усно.

Договір позички між юридичними особами, а також між юридичною та фізичною особою укладається у письмовій формі незалежно від вартості предмета договору. Договір позички транспортного засобу, в якому хоча б однією стороною є фізична особа, укладається у письмовій формі й підлягає нотаріальному посвідченню.

Договір позички будівлі або іншої капітальної споруди (їх окремої частини) на строк до трьох років укладається у простій письмовій формі; той самий договір, але строком на три роки і більше, вже підлягає нотаріальному посвідченню. Якщо ж у позичку надається інший вид нерухомості — житло, то достатньо буде простої письмової форми, оскільки нотаріального посвідчення закон не вимагає.

На питання про необхідність державної реєстрації договору позички нерухомості чинний ЦК прямої відповіді не дає, що створює ґрунт для найрізноманітніших припущень. На наш погляд, *договір позички нерухомості (і зокрема, договір позички будівлі або іншої капітальної споруди (їх окремої частини)) не підлягає державній реєстрації* через такі аргументи.

Чинний ЦК у статтях 182, 210 передбачає *державну реєстрацію прав на нерухомість та державну реєстрацію правочинів*. Згідно із ст. 210 ЦК правочин підлягає державній реєстрації лише у випадках, встановлених законом. Проте гл. 60 ЦК «Позичка» не містить тих правил, що зобов'язують піддавати договір позички нерухомості взагалі і договір позички будівлі або іншої капітальної споруди (їх окремої частини) зокрема державній реєстрації.

Відповідно до ч. 4 ст. 182 ЦК порядок проведення державної реєстрації прав на нерухомість та підстави відмови в ній встановлюються законом. Спеціальним законом, що регулює відносини, пов'язані з державною реєстрацією речових прав на нерухоме майно всіх форм власності, їх обтяжень та правочинів щодо нерухомості є Закон України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» від 01.07.2004 р. (в редакції Закону України № 1878-VI від 11.02.2010 р.). Згідно із ч. 1 ст. 182 ЦК та ст. 4 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» право власності та інші речові права на нерухомі речі, обмеження цих прав, їх виникнення, перехід і припинення підлягають державній реєстрації. Таким чином, з необхідністю державної реєстрації договору позички нерухомості слід було б погодитися лише, якщо такий можливо кваліфікувати як обтяження речових прав на нерухомі речі.

Проте подібний висновок недопустимий, оскільки, по-перше, відповідно до п.2 ч.1 ст.4 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» державній реєстрації підлягає право користування будівлею або іншими капітальними спорудами, їх окремими частинами, що здійснюється на підставі договору найму (оренди). Зазначеною нормою не передбачено обов'язку піддавати державній реєстрації право користування нерухомим майном за договором позички.

По-друге, в ст.19 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» договір позички нерухомих речей не вказаний серед підстав для державної реєстрації обтяжень речових прав на нерухоме майно.

По-третє, згідно з абз. 5 ч. 1 ст. 2 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» обтяження нерухомого майна – це *«заборона розпоряджатися та/або користуватися нерухомим майном, яка встановлена або законом, або актами уповноважених на це органів державної влади, їх посадових осіб або яка виникає на підставі договорів»*. Але позичкодавець має право на відчуження речі, яка

передана ним у користування (ч. 1 ст. 832 ЦК), а відповідно до п. 1 ч. 2 ст. 834 ЦК позичкодавець має право вимагати розірвання договору і повернення речі у разі, якщо у зв'язку з непередбаченими обставинами річ стала потрібною йому самому. Таким чином, жодних заборон у реалізації правомочностей по розпорядженню та/або користуванню своєю річчю, що знаходиться в позичці, для її власника чинним законодавством не встановлено.

§ 2. Зміст договору позички

Обов'язки позичкодавця. Комплекс обов'язків позичкодавця залежатиме від реальності або консенсуальності конкретного договору позички. Крім того, виділяючи обов'язки позичкодавця, слід звертатися як до норм, що містяться в гл. 60 ЦК, так і до правил, присвячених договору найму (оренди) (ч. 3 ст. 827 ЦК). В останньому випадку слід керуватися зробленими раніше рекомендаціями, застосовуючи до договору позички положення гл. 58 ЦК «Найм (оренда)», якщо інше не встановлено главою ЦК «Позичка» і лише у тій частині, в якій вони не суперечать суті позичкового зобов'язання.

Позичкодавець зобов'язаний:

*передати користувачеві річ у користування негайно або у строк, встановлений договором позички*²⁸³. Якщо позичкодавець не виконує обов'язку передати річ у користування, друга сторона має право вимагати розірвання договору позички та відшкодування завданих збитків (ст. 830 ЦК). Дія принципу реального виконання зобов'язання, закріпленого в ст. 620 ЦК і що надає кредиторіві право вимагати від боржника виконання своїх обов'язків у натурі (у даному випадку — по передачі речі, визначеної індивідуальними ознаками), паралізована вищезазначеним спеціальним правилом, викладеним у ст. 830 ЦК.

Певний інтерес представляє питання про те, в якому обсязі підлягають відшкодуванню збитки, право на компенсацію яких передбачене ст. 830 ЦК. Слід зазначити, що відповідно до ст. 326 ЦК УРСР 1963 р. відповідальність сторони договору безоплатного користування майном, яка за своїм статусом була подібна нинішньому позичкодавцю, за аналогічне правопорушення обмежувалася обов'язком відшкодувати лише реальні збитки. Подібна позиція законодавця пояснювалася безоплатністю вказаного договору, через який користувач не надавав зустрічного задоволення замість отримуваних вигод від експлуатації предмета договору. Проте новий ЦК 2003 р. у ст. 830 не містить правил, що обмежують відповідальність позичкодавця за порушення обов'язку по передачі речі користувачеві, тому згідно з абз. 1 ч. 3 ст. 22 ЦК «збитки відшкодовуються у повному обсязі, якщо договором або законом не передбачено відшкодування у меншому або більшому розмірі», тобто відшкодуванню підлягають як реальні збитки, так і упущена вигода користувача;

передати користувачеві річ у комплекті і у стані, що відповідають умовам договору позички та її призначенню. Порушення позичкодавцем вказаного обов'язку наділяє користувача правом вимагати розірвання договору позички та відшкодування завданих збитків. При цьому слід пам'ятати, що саме користувач зобов'язаний у присутності позичкодавця перевірити справність речі. Якщо користувач у момент передання речі в його володіння не переконається у її справності, річ вважається такою, що передана йому в належному стані;

попередити користувача про особливі властивості та недоліки речі, які йому відомі і які можуть бути небезпечними для життя, здоров'я, майна користувача або інших осіб або призвести до пошкодження самої речі під час користування нею. При цьому шкода, завдана у зв'язку з користуванням річчю, відшкодовується

²⁸³ Відмічений обов'язок позичкодавця властивий виключно консенсуальному договору позички.

позичкодавцем, якщо буде встановлено, що це сталося внаслідок особливих властивостей або недоліків речі, про наявність яких користувач не був попереджений позичкодавцем і про які він не знав і не міг знати;

при укладенні договору позички повідомити користувача про всі права третіх осіб на річ, що передається у позичку. Існування відміченого обов'язку пояснюється тим, що передання речі у позичку не припиняє та не змінює прав на неї третіх осіб (наприклад, права застави). Невиконання позичкодавцем даного обов'язку надає користувачеві право вимагати розірвання договору позички та відшкодування завданих збитків;

капітальний ремонт речі, переданої у позичку, провадиться позичкодавцем за його рахунок.

Диспозитивність аналогічного правила, що міститься в абз. 1 ч. 2 ст. 776 ЦК, надає можливість за домовленістю сторін договору найму покласти виконання аналізованого обов'язку на орендаря. Чи відповідає подібне диспозитивне формулювання вказаного правила суті договору позички? На подібне питання слід дати негативну відповідь через такі аргументи.

ЦК не містить визначення капітального ремонту. Проте його встановлення надзвичайно важливе, хоч би для проведення відмінності між капітальним і поточним ремонтами, здійснення яких є обов'язком різних сторін договору позички. Тому для вирішення поставленого завдання слід удатися до доктринального тлумачення, використовуючи позицію законодавця (ч. 3 ст. 776 ЦК) і Вищого арбітражного суду України (нині — Вищий господарський суд України), викладену в

п. 14.3 Роз'яснення ВАСУ від 25.05.2000 г. № 02-5/237 «Про деякі питання практики застосування Закону України «Про оренду державного та комунального майна» (а точніше — ознаки капітального ремонту, на які звертав свою увагу ВАСУ (ВХСУ)). Таким чином, *капітальний ремонт* — це відновлення основних конструктивних елементів (частин) предмета позички, внаслідок чого усувається знос речі і відновлюється її вартість, що характеризується тим, що при його проведенні або без його здійснення річ, передану в позичку, неможливо використовувати за призначенням і (або) відповідно до умов договору. Тому покладання на користувача обов'язку по проведенню капітального ремонту, який пов'язаний із значними матеріальними витратами, повністю нівелює позитивний ефект, отримуваний останнім у результаті безоплатного користування річчю, і суперечитиме безоплатній природі договору позички.

Обов'язки користувача. Реальність або консенсуальність конкретного договору позички не впливає на комплекс обов'язків користувача.

Користувач зобов'язаний:

користуватися річчю за її призначенням або відповідно до мети, визначеної у договорі. Мета використання предмета позички може бути визначена сторонами в договорі. Проте у разі відсутності спеціальної домовленості належним буде визнано використання речі відповідно до її звичайного призначення, що виникає з її суті;

здійснювати звичайні витрати щодо підтримання належного стану речі, переданої в користування. Законодавець не дає визначення «звичайним витратам», тому дане завдання повинна бути вирішене в результаті систематичного тлумачення чинного законодавства. Через вищевикладене обґрунтування до змісту досліджуваного терміна не входить капітальний ремонт, проведення якого є обов'язком позичкодавця. Уявляється, що до «звичайних витрат щодо підтримання належного стану речі, переданої в користування», слід відносити:

а) витрати на проведення поточного ремонту речі; б) витрати по утриманню предмета позички; в) витрати, пов'язані з використанням речі, в тому числі зі сплатою податків та інших платежів (експлуатаційні витрати);

користуватися річчю особисто, якщо інше не встановлено договором. Отже, за наявності згоди позичкодавця користувач може передавати предмет позички в користування третім особам за договором найму (оренди) або субпозички.

Порушення користувачем вищевикладених в пп. 1–3 обов'язків надає позичкодавцю право вимагати розірвання договору і відшкодування збитків (ч. 2 ст. 834, ст. 623 ЦК);

повернути річ після закінчення строку договору в такому самому стані, в якому вона була на момент її передання (п. 3 ч. 2 ст. 833 ЦК). Слід зазначити, що норма, яка охоплює аналізований обов'язок користувача, містить очевидну помилку. Безоплатне користування річчю, здійснюване за договором позички, полягає у вилученні її корисних властивостей, а зазначений процес неодмінно пов'язаний із зносом предмета договору. Тому повернення речі після закінчення строку договору позички *«в такому самому стані, в якому вона була на момент її передання»*, представляється неможливим. Необхідність постійного вдосконалення чинного законодавства вимагає внесення змін до п. 3 ч. 2 ст. 833 ЦК. Як один із варіантів може бути запропонована така редакція п. 3

ч. 2 ст. 833 ЦК: користувач зобов'язаний *«повернути річ після закінчення строку договору у стані, в якому вона була одержана, з урахуванням нормального зносу, або у стані, який було обумовлено в договорі»*.

Якщо після припинення договору користувач не повертає річ, позичкодавець має право вимагати її примусового повернення, а також відшкодування завданих збитків (ст. 836 ЦК).

Передача речі в позичку не обмежує її власника в можливості вільного розпорядження своєю власністю протягом строку дії договору, не припиняючи при цьому зобов'язального правовідношення. Відповідно до ч. 1 ст. 832 ЦК позичкодавець має право на відчуження речі, яка передана ним у користування. До набувача речі переходять права та обов'язки позичкодавця. Інакше кажучи, праву безоплатного користування за договором позички властива ознака слідування за річчю.

При розпорядженні своїм майном шляхом його продажу власник (позичкодавець) не обмежений у виборі покупця якими-небудь домаганнями з боку користувача. Згідно із ч. 2 ст. 832 ЦК користувач не має переважного права перед іншими особами на купівлю речі, переданої йому в користування²⁸⁴. У разі продажу позичкодавцем предмета договору позички, який укладено без визначення строку, покупцеві речі, переданої у користування, надається право вимагати розірвання договору. Користувач має бути заздалегідь повідомлений про розірвання договору у строк, що відповідає меті позички.

§ 3. Припинення договору позички

Правовідношення, що породжується договором позички, може бути припинене як на загальних підставах припинення зобов'язань (гл. 50 ЦК), так і через спеціальні правоприпиняючі юридичні факти, що закріплені в статтях 834–835 ЦК:

I. Договір позички припиняється у разі смерті фізичної особи або ліквідації юридичної особи, якій річ було передано в користування, якщо інше не встановлено договором (ст. 835 ЦК).

Безоплатні договори, до яких належить і позичка, є винятком із загального правила про оплатність договірних відносин. Їх існування значною мірою обумовлене особливими особовими взаєминами контрагентів, що відкладає свій відбиток на виникнення і розвиток зобов'язання. Надзвичайно часто договір позички є результатом прояву дружньої прихильності позичкодавця до користувача або способом здійснення благодійної діяльності першого з них. Тому вищезазначена норма пояснюється тим, що для позичкодавця однією з найважливіших обставин, що визначили ухвалення рішення про передачу своєї власності в безоплатне користування, була особа майбутнього користувача. Подібне відношення автоматично не

²⁸⁴ Останнє правило являє собою приклад чергової відмінності договору позички від договору найму (оренди).

поширюється на правонаступників користувача — фізичної особи, із смертю якого договір позички припиняється. Проте винятки з даного правила можуть бути передбачені позичкодавцем в договорі.

II. Користувач має право повернути річ, передану йому в користування, у будь-який час до спливу строку договору. Якщо річ потребує особливого догляду або зберігання, користувач зобов'язаний повідомити позичкодавця про відмову від договору (позички) не пізніше як за сім днів до повернення речі.

III. Позичкодавець має право вимагати розірвання договору і повернення речі у разі, якщо:

- 1) у зв'язку з непередбаченими обставинами річ стала потрібною йому самому;
- 2) користування річчю не відповідає її призначенню та умовам договору;
- 3) річ самочинно передана у користування іншій особі;
- 4) у результаті недбалого поводження з річчю вона може бути знищена або пошкоджена.

Дії, вказані вище у пп. 2–4, є порушенням користувачем позичкового зобов'язання, тому при розірванні договору позичкодавець може вимагати відшкодування завданих збитків.

IV. Особа, яка стала власником речі, переданої у користування, має право вимагати розірвання договору, який укладено без визначення строку. Про розірвання договору користувач має бути повідомлений заздалегідь, у строк, що відповідає меті позички.

Питання для самоконтролю

1. Дайте поняття договору позички.
2. Сформулюйте юридичну характеристику договору позички.
3. Чим договір позички відрізняється від інших договорів (наприклад, від договору найму (оренди), договору позики тощо)?
4. Особливості суб'єктного складу договору позички.
5. Назвіть характерні ознаки предмета договору позички.
6. В якій формі слід укласти договір позички?
7. Особливості змісту правовідношення, що породжується договором позички.
8. Підстави припинення правовідношення, що породжується договором позички.

РОЗДІЛ XI

ЗОБОВ'ЯЗАННЯ, ЩО ВИНИКАЮТЬ У ЗВ'ЯЗКУ З ВИКОНАННЯМ РОБІТ

ГЛАВА 43

ДОГОВІР ПІДРЯДУ

§ 1. Загальні положення про підряд

Регулюванню відносин у сфері виконання робіт присвячено гл. 61 ЦК (статті 837–891), що складається з чотирьох параграфів, перший з яких (статті 837–864 ЦК) містить загальні положення про підряд,

а подальші — положення про окремі його види, такі як договір побутового підряду, договір будівельного підряду, договір підряду на проектні та пошукові роботи.

Загальні положення застосовуються до окремих видів договору підряду, якщо інше не встановлено нормами ЦК про ці види договорів. Тобто норми, що становлять загальні положення про підряд, застосовуються в субсидіарному порядку, співвідносячись з нормами щодо окремих видів договору підряду за правилами співвідношення загальних та спеціальних норм. Наявність спеціальної норми, яка регулює конкретний вид договору підряду, є перешкодою для застосування до цього виду відповідної норми, що міститься в загальних положеннях про підряд.

В основу поділу підрядних договорів на певні види покладено два критерії — *предмет* договору та *суб'єктний склад* учасників договору. Так, за договором побутового підряду виконується робота, яка призначена для задоволення побутових та інших особистих потреб замовника, що не пов'язані зі здійсненням ним підприємницької діяльності. Якщо ж замовником укладається договір з метою подальшого використання результату виконаної роботи з підприємницькою метою, то на такий договір поширюються загальні положення про підряд. Підрядником у договорі побутового підряду завжди виступає юридична або фізична особа, що здійснює підприємницьку діяльність, а замовником — тільки фізична особа. Що ж стосується договору будівельного підряду або договору на проектні та пошукові роботи, то замовником у них можуть виступати як фізичні, так і юридичні особи.

Слід зазначити, що договір на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт не віднесено до видів договору підряду, а виділено як самостійний тип договору²⁸⁵. Це обумовлюється тим, що науково-дослідні, дослідно-конструкторські та технологічні роботи на відміну від робіт, що виконуються за договорами підряду, мають творчий характер, а це пов'язано з ризиком досягнення саме того результату, на який розраховує замовник. Тому, якщо вказані роботи будуть виконані з досягненням іншого результату або виконавець стикнеться з неможливістю вирішення того завдання, що ставить перед ним замовник, ризик виконання робіт лягає не на підрядника, як це передбачено договором підряду, а на замовника.

Відповідно до легального визначення, яке містить ч. 1 ст. 837 ЦК, ***за договором підряду одна сторона (підрядник) зобов'язується на свій ризик виконати певну роботу за завданням другої сторони (замовника), а замовник зобов'язується прийняти та оплатити виконану роботу.*** Частина 2 ст. 837 ЦК доповнює характеристику договору підряду, вказуючи на те, що ***договір підряду може укладатися на виготовлення, обробку, переробку, ремонт речі або на виконання іншої роботи з переданням її результату замовникові.***

Аналіз легального визначення приводить до таких висновків. *По-перше*, змінилося визначення договору підряду, бо воно вже не містить такої конститутивної ознаки, яка вказує на те, що робота здійснюється або з матеріалів підрядника, або з матеріалів замовника. Інакше кажучи, законодавець відносить до підрядного типу не тільки договори, предметом яких є виконання роботи за завданням замовника із застосуванням матеріалів, обладнання сторін, а й договори, предметом яких є виконання роботи за завданням замовника без застосування матеріалів, обладнання сторін, наприклад, переміщення вантажу тощо, але з передачею результату такої роботи замовникові.

²⁸⁵ Існує й інша точка зору. Так, М. В. Венецька розглядає договір на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт як спеціальний вид договору підряду, означивши його як підряд на виконання НДР і ДКТР (див.: Цивільне право України. Академічний курс [Текст] : підручник : у 2 т. / за ред. Я. М. Шевченко. – Т. 2. Особлива частина. – К. : Вид. Дім «Ін Юре», 2003. – С. 116–120).

По-друге, чітко визначена мета договору підяду — виконання певної роботи. Це дозволило провести розмежування між договорами підрядного типу та іншими типами цивільно-правових договорів, зокрема, договорами на надання послуг та договорами на оплатну передачу майна у власність.

Договір підяду відрізняється від договорів на надання послуг своїм предметом. Послугам притаманні ознаки, які відрізняють їх від результату робіт, а саме послуга хоча і тісно пов'язана з особою виконавця та процесом вчинення ним певних дій (здійснення певної діяльності), але не збігається із самими діями (здійсненням діяльності) виконавця, існує як окреме явище — певне нематеріальне благо, споживається в процесі вчинення певної дії або здійснення певної діяльності, не набуваючи матеріалізованого вигляду (ч. 1 ст. 901 ЦК)²⁸⁶.

Результат виконаної підрядником роботи — це матеріалізований об'єкт, що знаходить своє втілення в індивідуально-визначених речах, бо робота виконується за завданням замовника, який має право у будь-який час перевіряти хід і якість роботи підрядника, не втручаючись в його діяльність (ч. 1 ст. 849 ЦК). Матеріалізований результат знаходить своє відбиття і в створенні нової речі, і в поліпшенні якості або інших споживчих властивостях вже існуючої речі.

Договір підяду відрізняється від договору купівлі-продажу, по-перше, своєю правовою метою, а по-друге, тим, що результатом роботи виступає індивідуально-визначена річ. Якщо для договору купівлі-продажу головна мета — це передача права власності на майно від однієї особи до іншої, то договір підяду регулює не стільки процес передачі результату виконаної роботи підрядником замовнику (ч. 2 ст. 837 ЦК), скільки процес створення певного матеріалізованого результату (виготовлення нової, обробка, переробка, ремонт існуючої речі або виконання іншої роботи) підрядником, надаючи право замовнику здійснювати контроль за його роботою, і вже як наслідок — досягнення кінцевої мети — передачі результату роботи замовнику. Між тим договір підяду у певних випадках, коли, наприклад, йдеться про створення нової речі, збагачується кінцевою правовою метою — передачею створеної речі у власність замовнику. Зокрема, ст. 876 ЦК передбачає, що власником об'єкта будівництва або результату інших будівельних робіт до їх здачі замовникові є підрядник. Таким чином, тільки після передання та прийняття такого об'єкта замовником останній набуває права власності на нього. Саме ця кінцева мета дозволяє певною мірою уніфікувати правові норми, які закріплюють передачу результатів роботи і майна у власність. Це стосується, наприклад, норм, які регулюють якість робіт за договором підяду і якість товару за договором купівлі-продажу (ст. 857 ЦК і ст. 673 ЦК), відповідальність підрядника і відповідальність продавця за неналежну якість виконаної роботи або проданого товару (ст. 858 ЦК і ст. 678 ЦК) тощо. Зокрема, ст. 860 ЦК передбачає, що до обчислення гарантійного строку за договором підяду застосовуються положення ст. 676 ЦК, якщо інше не встановлено договором або законом. При цьому, як справедливо зазначається в літературі, ця уніфікація можлива остільки, оскільки їй не заважає спрямованість (мета) підрядного зобов'язання²⁸⁷. Але, якщо йдеться, наприклад, про ремонт речі, то підрядник лише зобов'язаний повернути цю річ в оновленому вигляді замовнику, який, як правило, і є її власником.

Відносини, що виникають із договору підяду, мають певні спільні риси з відносинами, що виникають із *трудового договору*. Це пояснюється тим, що в обох випадках і підрядник, і робітник здійснюють трудову діяльність, але сама їх діяльність є принципово різною і регулюється самостійними галузями законодавства.

²⁸⁶ Більш докладно про це дивись гл. 45 цього підручника.

²⁸⁷ Див.: Романец, Ю. В. Система договорів в гражданском праве России [Текст] / Ю. В. Романец. – М. : Юристь, 2001. – С. 366.

Трудовим договором²⁸⁸ є угода між працівником і роботодавцем (юридичною або фізичною особою — підприємцем), за якою працівник зобов'язується виконувати роботу, визначену цією угодою, і підпорядковується при її виконанні, як правило, внутрішньому трудовому розпорядку (такого не існує при укладенні договору з фізичною особою — підприємцем), а роботодавець зобов'язується виплачувати працівникові заробітну плату і забезпечувати умови праці, необхідні для виконання роботи, передбачені законодавством про працю, колективним договором і угодою сторін. При укладенні трудового договору роботи виконуються утриманням роботодавця, тобто за його рахунок, із його матеріалів, з використанням його інструменту та обладнання. Використання робітником своїх матеріалів, обладнання тощо може відбуватися тільки за згодою роботодавця і, як правило, на умовах компенсації робітникові. Результат робіт, що виконуються за трудовим договором, є власністю роботодавця, який несе ризик випадкового знищення або випадкового пошкодження (псування) матеріалу до настання строку здачі робіт, а також ризик випадкового знищення предмета договору підяду до здачі його замовникові без вини сторін тощо.

Підрядник у договорі підяду виконує роботу на свій ризик і, якщо інше не встановлено договором, своїм утриманням, тобто зі свого матеріалу і своїми засобами (ч. 1 ст. 839 ЦК).

Правова характеристика договору підяду. Договір підяду — *консенсуальний* договір, він вступає в силу з моменту його укладення, тобто досягнення сторонами домовленості за всіма істотними умовами. Це *оплатний* договір, бо виконаній роботі підрядника відповідає зустрічне грошове задоволення з боку замовника, хоча не можна не зазначити, що законодавство знає і винятки з цього правила, а саме безвідплатне виконання робіт, до яких, наприклад, слід віднести обов'язок наймача проводити поточний або капітальний ремонт речі, переданої у найм наймодавцем, якщо інше не буде встановлено договором або законом (ст. 776 ЦК). Однак на законодавчому рівні договір безоплатного виконання робіт не знайшов свого закріплення.

Договір підяду — *двостороннє-взаємний* договір, бо і на стороні замовника, і на стороні підрядника є права та обов'язки, причому праву однієї сторони кореспондує обов'язок іншої і навпаки.

Сторонами в даному договорі можуть виступати як фізичні, так і юридичні особи. Відповідно до ч. 3 ст. 837 ЦК для виконання окремих видів робіт у випадках, встановлених законом, підрядник (субпідрядник) зобов'язаний одержати спеціальний дозвіл, що свідчить, *по-перше*, про можливість виконання цих робіт лише *особисто* тим підрядником, що має на це дозвіл. Це стосується, наприклад, виконання авіаційно-хімічних робіт, виготовлення, монтажу несучих конструкцій, монтажу конструкцій у будівельній, ремонтно-будівельній діяльності тощо, *по-друге*, що підрядником в окремих видах цього договору, зокрема, побутовому, будівельному може бути суб'єкт підприємницької діяльності, а, звідси, договір підяду може бути як *загальноцивільним*, так і *підприємницьким*; *по-третє*, якщо підрядником-підприємцем виконується робота, призначена для задоволення побутових та інших потреб замовника-фізичної особи, цей договір визначається *публічним* (ст. 865 ЦК).

ЦК закріпив як загальну для всіх видів договору підяду конструкцію «генерального підяду», а саме систему взаємовідносин між сторонами, за якою робота може виконуватися підрядником або особисто, або за допомогою інших осіб (субпідрядників), якщо особисте виконання роботи не передбачено договором. В останньому випадку підрядник виступає перед замовником як генеральний підрядник, а перед субпідрядником — як замовник. Підрядник залишається відповідальним перед замовником за результат діяльності субпідрядників, а перед субпідрядником за невиконання або неналежне виконання замовником своїх зобов'язань за договором. При цьому закон забороняє замовнику і субпідряднику пред'являти один одному вимоги, пов'язані з порушенням договорів, укладених кожним із них з генеральним підрядником, якщо інше не встановлено договором або законом.

²⁸⁸ Особливою формою трудового договору є контракт, який застосовується тільки у випадках, прямо передбачених трудовим законодавством.

Система «генерального підряду» традиційно застосовувалася у будівництві або при проведенні проектних та пошукових робіт. Генеральний підрядник, уклавши договір будівельного підряду із замовником, укладає *субпідрядний договір* із субпідрядником. *Субпідрядний договір* — це різновид договору підряду, на який поширюється дія як загальних положень про договір (глави 52 і 53 ЦК), так і дія загальних положень про договір підряду. Умови субпідрядного договору повинні відповідати умовам договору підряду, для виконання якого залучається субпідрядник.

Умови договору підряду. Істотною умовою договору підряду є *предмет*. Хоча законодавець і не дотримується єдності термінології, вказуючи в одному випадку тільки на роботу як на предмет договору, а в другому — і на роботу, і на її результат (до речі, і при регулюванні окремих видів договору підряду спостерігається така ж тенденція (статті 876, 887 ЦК та ін.)), *предметом* цього договору є *будь-яка робота, що виконується за завданням замовника*. Результат роботи — це та матеріалізована форма, наприклад, об'єкт будівництва, проектно-кошторисна документація, що опосередковує виконану роботу. Такий підхід до визначення предмета договору підряду спостерігається і в загальних положеннях про зобов'язання (ч. 1 ст. 509 ЦК).

Найважливішою ознакою предмета договору підряду є *якість* виконаної роботи, вимоги до якої встановлені в ст. 857 ЦК. Робота має відповідати умовам договору підряду, а в разі їх відсутності або неповноти — вимогам, що звичайно ставляться до роботи відповідного характеру; якість цієї роботи має відповідати якості, визначеній у договорі, або вимогам, що звичайно ставляться, на момент передання її замовникові; результат роботи в межах розумного строку має бути придатним для використання відповідно до договору або для звичайного використання роботи такого характеру.

Договором або законом може бути передбачений строк, протягом якого виконана робота повинна відповідати вимогам, встановленим у ст. 857 ЦК (*гарантійний строк*). Гарантія якості роботи, якщо інше не встановлено договором, поширюється на все, що становить результат роботи. Перебіг гарантійного строку починається з моменту, коли виконана робота буде прийнята або мала бути прийнята замовником, якщо інше не встановлено договором. До обчислення гарантійного строку застосовуються положення ст. 676 ЦК, якщо інше не встановлено договором або законом.

До умов договору підряду, але не суттєвих, слід віднести *ціну* виконаних робіт, яка може бути встановлена або в договорі, або в кошторисі. За правилом, якщо обсяг робіт не дуже великий, ціна або способи її визначення визначаються в договорі, але якщо виконуються різні види робіт, великі за обсягом, ціна визначається у кошторисі (зокрема, при проведенні капітального ремонту, при будівництві споруд і т. ін.). Кошторис може бути складений будь-якою зі сторін. Між тим на практиці, виходячи з того, що підрядник є професіоналом, саме він і складає кошторис, який набирає чинності та стає частиною договору підряду з моменту підтвердження його замовником.

Розрізняють кошторис *приблизний* та *твердий*. Від положень *приблизного* кошторису сторони можуть відступити у бік перевищення, якщо воно не є суттєвим. Між тим, якщо виникне необхідність проведення додаткових робіт і у зв'язку з цим *істотного перевищення* визначеного приблизного кошторису, на підрядника покладається обов'язок своєчасного попередження про це замовника. Якщо замовник не погодиться на перевищення кошторису, він має право відмовитися від договору, а підрядник має право вимагати від нього оплати виконаної частини роботи. Якщо ж підрядник своєчасно не попередить замовника про необхідність суттєвого перевищення приблизного кошторису, він буде зобов'язаний виконати договір за ціною, встановленою договором.

Кошторис вважається *твердим*, якщо інше не буде встановлено у договорі. Вийти за межі *твердого* кошторису сторони не можуть. У разі перевищення твердого кошторису всі пов'язані з цим витрати несе підрядник, якщо інше не встановлено законом.

Сторони можуть за узгодженням між собою вносити зміни в твердий кошторис. Зокрема, у разі істотного зростання після укладення договору вартості матеріалу, устаткування, які мали бути надані підрядником, а також вартості послуг, що надавалися йому іншими особами, підрядник має право вимагати збільшення кошторису. У разі відмови замовника від цього підрядник має право вимагати розірвання договору. Але підрядник не має права вимагати збільшення твердого кошторису, а замовник — його зменшення в разі, якщо на момент укладення договору підяду не можна було передбачити повний обсяг роботи або необхідні для цього витрати (ч. 5 ст. 844 ЦК).

Ціна включає в себе плату за виконану підрядником роботу, а також відшкодування витрат останнього. Але якщо в договорі не встановлено ні ціни, ні способів її визначення, ціна встановлюється за рішенням суду на основі цін, що звичайно застосовуються за аналогічні роботи з урахуванням необхідних витрат, визначених сторонами.

Відповідно до ст. 845 ЦК, якщо фактичні витрати підрядника виявилися меншими від тих, які передбачалися при визначенні ціни (кошторису), підрядник має право на оплату роботи за ціною, встановленою договором, якщо замовник не доведе, що отримане підрядником заощадження зумовило погіршення якості роботи. При цьому сторони можуть домовитися про розподіл між ними заощадження, отриманого підрядником (ст. 845 ЦК).

До умов договору належить *строк* виконання роботи, хоча, як і ціна, він не є істотною умовою договору підяду. Строки виконання роботи або її окремих етапів встановлюються у договорі. Якщо у договорі строки не обумовлені, підрядник зобов'язаний виконати роботу, а замовник має право вимагати її виконання у розумні строки, відповідно до суті зобов'язання, характеру та обсягів роботи та звичаїв ділового обороту. Із порушенням строків виконання робіт пов'язана відповідальність підрядника.

ЦК не містить загальної норми, яка б регулювала питання стосовно форми договорів підрядного типу, тобто при їх укладенні слід виходити із загальних положень ЦК про форму правочинів, якщо інше не буде встановлено в законі відносно певного виду договору. Зокрема, законодавець врегулював питання стосовно форми договору побутового підяду (ст. 866 ЦК).

Права та обов'язки сторін за договором підяду.

Головним *обов'язком підрядника* за цим договором є якісне відповідно до умов договору виконання роботи і передача її результату замовнику, за правилом, у встановлений строк. Причому якщо це передбачено договором або якщо без певної інформації використання результату роботи для цілей, визначених договором, є неможливим, результат підрядник зобов'язаний передати разом з інформацією щодо експлуатації або іншого його використання.

ЦК зберіг традиційний підхід до конструювання договору підяду, вказавши на те, що роботи виконуються *на ризик підрядника* (статті 837, 855 ЦК і ін.), який полягає в тому, що у разі *випадкового* знищення предмета договору підяду до здачі його замовникові або у разі, якщо закінчення роботи стане неможливим *без вини сторін*, підрядник *не має права вимагати плати за роботу*, а якщо оплата частково була здійснена, зокрема, сплачено аванс, зобов'язаний повернути ці виплати замовнику.

Між тим, якщо знищення предмета договору або неможливість закінчення роботи сталися через недоліки матеріалу, переданого замовником, чи внаслідок його вказівок про спосіб виконання роботи або після пропущення замовником строку прийняття виконаної роботи (право власності на виготовлену (перероблену) річ перейшло до замовника у момент, коли мало відбутися її передання (ч. 6 ст. 853 ЦК), підрядник має право на оплату роботи (ч. 1 ст. 855 ЦК).

ЦК зберігає розподіл ризику між сторонами на випадок знищення або випадкового пошкодження матеріалу (ст. 842), покладаючи його до настання строку здачі підрядником роботи на сторону, яка надала матеріал,

а після настання цього строку — на сторону, яка його пропустила. Але новелою є те, що інший розподіл ризику може бути встановлено договором або законом.

Підрядник, якщо інше не встановлено договором, *зобов'язаний* виконувати роботу зі свого матеріалу і своїми засобами. При цьому він відповідає за неналежну якість цих матеріалів і устаткування, а також за надання матеріалу або устаткування, обтяженого правами третіх осіб.

Якщо робота виконується з матеріалу замовника (у цьому випадку у договорі встановлюються норми витрат матеріалу, строки повернення його залишку та основних відходів) і за його вказівками, підрядник *зобов'язаний* належним чином прийняти цей матеріал; своєчасно попередити замовника про недоброякісність або непридатність цього матеріалу для виконання роботи; про те, що додержання вказівок замовника загрожує якості або придатності результату роботи; про наявність інших обставин, які не залежать від підрядника, але загрожують якості або придатності результату роботи. Між тим, якщо використання недоброякісного або непридатного матеріалу чи додержання вказівок замовника загрожує життю та здоров'ю людей чи призводить до порушення екологічних, санітарних правил, правил безпеки людей та інших вимог, підрядник *зобов'язаний* відмовитися від договору підяду, маючи право на відшкодування збитків (ч. 2 ст. 848 ЦК).

Підрядник зобов'язаний вживати всіх заходів щодо збереження матеріалу, наданого замовником, надати останньому звіт про використання матеріалу та повернути його залишки, зберігати конфіденційність одержаної від замовника інформації про нові рішення і технічні знання, у тому числі й такі, що не захищаються законом, а також відомості, що можуть розглядатися як комерційна таємниця, якщо інше не встановлено договором. Замовник несе такий же обов'язок відносно інформації, отриманої від підрядника (ст. 862 ЦК).

Підрядник має право: не розпочинати роботу, а розпочату роботу зупинити, якщо замовник не надав матеріалу, устаткування або річ, що підлягає переробці, і цим створив неможливість виконання договору підрядником (ст. 851 ЦК) (це положення повною мірою відповідає змісту ст. 358 ЦК про зустрічне виконання зобов'язань); за згодою замовника на дострокове виконання роботи (ч. 2 ст. 854 ЦК); на ощадливе ведення робіт за умови забезпечення належної їх якості; на відмову від договору з правом на відшкодування збитків, якщо замовник, незважаючи на своєчасне попередження, у відповідний строк не замінить недоброякісний або непридатний матеріал, не змінить вказівок про спосіб виконання роботи або не усуне інших обставин, що загрожують якості або придатності результату роботи.

Підрядник має право вимагати відшкодування завданих збитків, включаючи додаткові витрати, викликані простоем, перенесенням строків виконання роботи, або підвищення ціни роботи, які настали внаслідок невиконання замовником свого обов'язку по сприянню підрядникові у виконанні роботи, якщо обсяг та порядок такого сприяння були обумовлені договором (ч. 1 ст. 850 ЦК). Якщо ж виконання роботи стало неможливим внаслідок дій або недогляду замовника, підрядник має право на сплату йому встановленої ціни з урахуванням плати за виконану частину роботи, за вирахуванням сум, які підрядник одержав або міг одержати у зв'язку з невиконанням замовником договору.

Підрядник має право продати результат роботи, а суму виторгу, з вирахуванням усіх належних підрядникові платежів, внести в депозит нотаріальної контори на ім'я замовника, якщо інше не встановлено договором, коли замовник протягом одного місяця ухиляється від прийняття виконаної роботи за умови дворазового попередження його підрядником про виконання роботи (ч. 5 ст. 853 ЦК); вимагати виплати авансу у випадку та в розмірі, встановлених договором; притримати результат роботи, а також устаткування, залишок невикористаного матеріалу та інше майно замовника, якщо останній не сплатив встановленої ціни роботи або іншої суми, належної підрядникові у зв'язку з виконанням договору підяду.

Виходячи з того, що договір підяду — двосторонній договір, права та обов'язки покладаються і на замовника.

До *обов'язків замовника* закон відносить такі: видати завдання підряднику, тобто чітко обумовити предмет договору; якщо це передбачено договором, надати матеріал підряднику; замінити на вимогу підрядника у відповідний строк недоброякісний або непридатний матеріал, змінити вказівки про спосіб виконання роботи або усунути інші обставини, що загрожують якості або придатності результату роботи; сприяти останньому у виконанні роботи у випадках, в обсязі та в порядку, встановлених договором; прийняти роботу, виконану підрядником.

Порядок прийняття роботи врегульований ст. 853 ЦК, бо є важливим для обох сторін, як для замовника, так і для підрядника. Замовник зобов'язаний разом з підрядником оглянути роботу і прийняти її, а у разі виявлення допущених підрядником відступів від умов договору або інших недоліків негайно заявити про це підряднику. Якщо цього не буде зроблено, замовник втрачає право у подальшому посилаючись на відступи від умов договору або недоліки у виконаній роботі. Маються на увазі тільки ті недоліки, які могли бути встановлені при звичайному способі її прийняття, тобто *явні*.

Якщо ж після прийняття роботи будуть виявлені відступи від умов договору або інші недоліки, які не могли бути встановлені при звичайному способі її прийняття (*приховані*), у тому числі такі, що були умисно приховані підрядником, замовник зобов'язаний негайно повідомити про це підрядника.

У разі виникнення між замовником і підрядником спору з приводу недоліків на вимогу будь-кого зі сторін має бути призначена експертиза. Витрати на проведення експертизи несе підрядник, крім випадків, коли експертизою встановлена відсутність порушень договору підяду або причинного зв'язку між діями підрядника та виявленими недоліками. У цих випадках витрати на проведення експертизи несе сторона, яка вимагала її призначення, а якщо експертизу призначено за погодженням сторін, — обидві сторони.

Якщо замовник виявить явні недоліки, він має право за своїм вибором вимагати безоплатного їх виправлення у розумний строк або виправити їх за свій рахунок, отримавши право на відшкодування своїх витрат на виправлення цих недоліків чи відповідного зменшення плати за роботу, якщо інше не встановлено договором (ч. 1 ст. 852 ЦК). До речі, підрядник має право замість усунення недоліків роботи безоплатно виконати роботу заново з відшкодуванням замовникові збитків, завданих простроченням виконання. У цьому разі замовник зобов'язаний повернути раніше передану йому роботу підрядникові, якщо за характером роботи таке повернення можливе (ч. 2 ст. 858 ЦК).

Якщо будуть виявлені істотні відступи від умов договору або інші істотні недоліки, замовник має право вимагати розірвання договору та відшкодування збитків (ч. 2 ст. 852 ЦК).

Стаття 863 ЦК містить спеціальну норму про позовну давність, що застосовується до вимог щодо неналежної якості робіт за договором. Вона дорівнює одному року, а щодо будівель і споруд — трьом рокам від дня прийняття замовником. Початок перебігу позовної давності залежить від певних обставин. Так, якщо договором підяду або законом встановлений гарантійний строк і заява з приводу недоліків роботи зроблена у межах гарантійного строку, перебіг позовної давності починається від дня заявлення про недоліки. Якщо відповідно до договору підяду роботу було прийнято замовником частинами, перебіг позовної давності починається від дня прийняття роботи в цілому.

Замовник зобов'язаний сплатити підрядникові обумовлену ціну після остаточної здачі роботи за умови, що роботу виконано належним чином і в погоджений строк або, за згодою замовника, — достроково.

Замовник за договором підяду має *такі права*: у будь-який час перевірити хід і якість роботи, не втручаючись у діяльність підрядника; відмовитись від договору та вимагати відшкодування збитків, якщо підрядник своєчасно не розпочав роботу або виконує її настільки повільно, що закінчення її у строк стає явно

неможливим; призначити підрядникові строк для усунення недоліків, якщо під час виконання роботи стане очевидним, що вона не буде виконана належним чином, а в разі невиконання підрядником цієї умови — відмовитися від договору та вимагати відшкодування збитків або доручити виправлення роботи іншій особі за рахунок підрядника.

Закон традиційно надає замовнику право на односторонню відмову від договору. Так, відповідно до ч. 4 ст. 849 ЦК замовник має право у будь-який час до закінчення роботи відмовитися від договору, виплативши підрядникові плату за виконану частину роботи та відшкодувавши йому збитки, завдані розірванням договору.

§ 2. Побутовий підряд

За договором побутового підряду підрядник, який здійснює підприємницьку діяльність, зобов'язується виконати за завданням фізичної особи (замовника) певну роботу, призначену для задоволення побутових чи інших особистих потреб, а замовник зобов'язується прийняти і оплатити роботу (ч. 1 ст. 865 ЦК).

Правовому регулюванню договору побутового підряду у ЦК присвячено окремий параграф, що пов'язано перш за все з необхідністю законодавчого забезпечення інтересів замовника як споживача результату підрядних робіт за даним договором.

Згідно зі ст. 865 ЦК до відносин за договором побутового підряду, не врегульованих ЦК, застосовується законодавство про захист прав споживачів, а також інші акти цивільного законодавства. Ними зокрема є: Закон України «Про захист прав споживачів»²⁸⁹ (далі — Закон), Закон України «Про застосування реєстраторів розрахункових операцій у сфері торгівлі, громадського харчування та послуг»²⁹⁰, Правила побутового обслуговування населення, затверджені постановою Кабінету Міністрів України від 16 травня 1994 р. № 313 (далі — Правила), низка інструкцій щодо надання окремих видів побутових послуг, затверджених наказом Українського союзу об'єднань підприємств та організацій побутового обслуговування населення (Укрсоюзсервіс) від 27 серпня 2000 р. № 20²⁹¹, зокрема Інструкція щодо надання послуг з хімічної чистки та фарбування (перефарбування) виробів, Інструкція щодо надання послуг з ремонту та пошиття швейних і хутряних виробів, виробів із шкіри, головних уборів, Інструкція щодо надання послуг з ремонту побутових машин і приладів, ремонту та виготовлення металовиробів, Інструкція щодо надання послуг з ремонту та виготовлення ювелірних виробів з дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння, Інструкція щодо надання послуг з ремонту і пошиття взуття, Інструкція щодо надання послуг з ремонту, пошиття та в'язання трикотажних виробів, Інструкція щодо надання послуг з ремонту побутової радіоелектронної апаратури тощо.

²⁸⁹ Відом. Верхов. Ради України. – 1994. – № 1. – Ст. 1.

²⁹⁰ Відом. Верхов. Ради України. – 2000. – № 38. – Ст. 315. Згідно зі ст. 3 даного Закону будь-які суб'єкти підприємницької діяльності, які здійснюють розрахункові операції в готівковій та/або в безготівковій формі (із застосуванням платіжних карток, платіжних чеків, жетонів тощо), при наданні послуг зобов'язані видавати особі, яка отримує послугу або відмовляється від неї, розрахунковий документ встановленої форми на повну суму проведеної операції.

²⁹¹ Офіц. вісн. України. – 2000. – № 47. – Ст. 2053.

Значення цих нормативно-правових актів полягає у тому, що вони становлять частину особливого режиму, передбаченого для договору побутового підряду²⁹². Правові норми, що містяться в цих актах, є відносно до загальних положень про підряд такими ж спеціальними, як і норми § 2 гл. 61 «Побутовий підряд».

Договір побутового підряду є *двостороннім, консенсуальним і оплатним*. Поряд із загальними рисами, притаманними підряду в цілому, договір побутового підряду має низку специфічних рис.

По-перше, це особливість суб'єктного складу договору побутового підряду. *Замовником* може бути тільки фізична особа, а на стороні *підрядника* завжди виступає юридична або фізична особа, що здійснює підприємницьку діяльність.

По-друге, даний договір є *публічним* договором. Тобто на нього поширюються особливості, встановлені цивільним законодавством щодо публічних договорів (ст. 633 ЦК). Так, умови договору побутового підряду встановлюються однаково для всіх замовників, крім тих, яким за законом надані пільги; підрядник не має права надавати переваги одному споживачеві перед іншим щодо укладення договору побутового підряду, якщо інше не встановлено законом. Він також не може відмовитися від укладення цього договору за наявності у нього можливостей здійснювати відповідні роботи на користь споживача.

По-третє, певну специфіку має предмет договору: робота призначена задовольнити *побутові чи інші особисті потреби* замовника, тобто результат роботи повинен бути призначений для використання, не пов'язаного з підприємницькою діяльністю. На підрядні роботи, які за своїм змістом хоча і можуть бути віднесені до побутового підряду, але їх результати використовуються у підприємницькій діяльності, поширюються загальні норми про договір підряду (§ 1 гл. 61 ЦК).

По-четверте, специфіка побутового підряду проявляється у наявності *переддоговірних обов'язків підрядника*. Ці обов'язки полягають у наданні підрядником необхідної і достовірної інформації про запропоновану роботу, про ціну і форму оплати та інших відомостей (ст. 868 ЦК). Згідно зі ст. 867 ЦК підрядник не має права нав'язувати замовнику включення до договору додаткових оплатних робіт або послуг. Замовник у будь-який час до здачі йому роботи в односторонньому порядку може відмовитися від виконання договору, сплативши замовнику частину встановленої ціни пропорційно виконаній роботі (ч. 2 ст. 867 ЦК). Умови договору, що позбавляють замовника цього права, є нікчемними.

По-п'яте, специфіка цього договору полягає в умовах, які визначаються ще до укладення договору і з якими погоджується його замовник. Зокрема, це стосується ціни, яка визначається прейскурантами, тарифами і кошторисом, однак може й коригуватися за згодою сторін.

Договір повинен укладатися *в простій письмовій формі* (ст. 866 ЦК) шляхом підписання одного документа, видачі квитанції, касового чека, товарного чека, білета встановленої форми (п. 9 Правил). Як виняток договір може укладатися в усній формі, якщо моменти укладення і виконання збігаються. На відміну від загального правила про неприйнятність показань свідків (ч. 1 ст. 218 ЦК), ст. 866 ЦК надає можливість при відсутності у замовника документа посилатися на показання свідків для підтвердження факту укладення договору.

У разі коли замовник у письмово оформленому договорі приєднується до умов формулярів, запропонованих підрядником, договір набуває рис *договору приєднання* (ст. 634 ЦК).

Згідно зі ст. 870 ЦК і п. 17 Правил робота може бути виконана із матеріалів як підрядника (тоді матеріал оплачується замовником при укладенні договору повністю або частково з остаточним розрахунком після закінчення роботи), так і замовника (тоді в квитанції або іншому документі фіксуються точне найменування

²⁹² Див.: Брагинский, М. И. Договор подряда и подобные ему договоры [Текст] / М. И. Брагинский. – М. : Статут, 1999. – С. 92–93.

матеріалу, його кількість і оцінка, здійснена за погодженням сторін; у даному випадку підрядник несе відповідальність за схоронність матеріалу і правильне його використання).

Відповідно до ст. 872 ЦК у разі виявлення під час приймання результату роботи або під час його використання істотних відступів від умов договору, інших істотних недоліків у роботі, яка виконана із матеріалу замовника, останній за своїм вибором може здійснити одне з передбачених у цій статті прав:

- 1) виготовлення іншої речі з однорідного матеріалу такої самої якості;
- 2) розірвання договору та відшкодування збитків.

До істотних відступів від умов договору, істотних недоліків у роботі підрядника, що тягнуть за собою наведені наслідки, належать порушення строків виконання замовлення, втрата, псування чи пошкодження матеріалів²⁹³, невідповідність результату робіт вимогам якості, яку не можна усунути, тощо²⁹⁴.

У тому випадку, коли виявлені недоліки або відступи від умов договору не мають істотного характеру, замовнику надається право за своїм вибором вимагати безоплатного усунення цих недоліків у розумний строк, відшкодування власних витрат на усунення недоліків чи відповідного зменшення плати.

Замовник завжди може вимагати від виготовлювача встановлення гарантійного строку, який може бути зазначений у паспорті або сертифікаті.

Відповідно до ч. 3 ст. 872 ЦК вимога про безоплатне усунення таких недоліків результату роботи, які можуть становити небезпеку для життя чи здоров'я самого замовника та інших осіб, може бути пред'явлена замовником або його правонаступником протягом десяти років з моменту прийняття результату роботи, якщо у встановленому законом порядку не встановлені більш тривалі строки (строки служби). Варто наголосити, що момент виявлення недоліків у даному випадку значення не має, у зв'язку з чим на виявлені недоліки можна посылатися і після закінчення гарантійних строків. Протягом встановленого наведеною нормою десятирічного строку замовнику надається право подавати вимоги про повернення частини ціни, сплаченої за роботу, або відшкодування витрат замовника на усунення недоліків.

По закінченні роботи замовник повинен з'явитися за її результатом. У разі нез'явлення замовника підрядник направляє йому письмове повідомлення і після закінчення двох місяців з дня попередження має право продати предмет договору за розумну ціну, а одержану суму, за відрахуванням усіх належних підряднику платежів, внести в депозит нотаріуса на ім'я замовника (ст. 874 ЦК)²⁹⁵.

§ 3. Будівельний підряд

Будівництво — процес створення нових, а також розширення, реконструкція, технічне переоснащення діючих підприємств, об'єктів виробничого і невиробничого призначення, пускових комплексів.

²⁹³ Гражданский кодекс Украины [Текст] : комментарий (с изм. и доп. по состоянию на 1 сент. 2003 г.). – Т. 2. – Харьков : Одиссей, – С. 451.

²⁹⁴ Необхідно зауважити, що визначення поняття «істотний недолік» дається у ст. 1 Закону України «Про захист прав споживачів»: це недолік, який робить неможливим чи недопустимим використання товару відповідно до його цільового призначення, виник з вини виробника (продавця, виконавця), після його усунення проявляється знову з незалежних від споживача причин і при цьому наділений хоча б однією з нижченаведених ознак: а) він узагалі не може бути усунутий; б) його усунення потребує понад чотирнадцять календарних днів; в) він робить товар суттєво іншим, ніж передбачено договором.

²⁹⁵ Див. статті 85, 86 Закону України «Про нотаріат», Інструкцію про порядок обліку депозитних операцій у державних нотаріальних конторах та в приватних нотаріусів, затверджену наказом Міністерства юстиції України від 18 лютого 2003 р. № 13/5.

Серед способів здійснення будівництва, таких як підрядний, господарський та змішаний, основним є *підрядний*, при якому будівельні роботи, по-перше, проводяться спеціалізованими професійними організаціями, наслідком чого є скорочення строків будівництва; по-друге, цей спосіб має раціональну систему побудови відносин між замовником і підрядником, які пов'язані один з одним, починаючи з першої до останньої стадії — здачі об'єкта будівництва.

Регулюванню підрядних відносин у будівництві присвячений § 3

гл. 61 ЦК (статті 875–886) «Будівельний підряд», який за ЦК 1963 р. іменувався «Договором підряду на капітальне будівництво».

Виходячи з того, що всі види підрядних договорів мають єдиний уніфікований режим правового регулювання, до будівельного підряду застосовуються загальні положення ЦК про підряд, якщо спеціальні норми не містять особливостей стосовно того чи іншого положення, зокрема, це стосується положень про структуру договірних зв'язків (ст. 838 ЦК), ощадливості підрядника (ст. 845 ЦК), зобов'язань сторін стосовно інформації (ст. 862 ЦК) тощо.

Між тим будівельний підряд, окрім родових ознак договору підряду, має свої кваліфікаційні ознаки: *специфічний предмет — будівельні роботи; характер здійснення цих робіт, які нерозривно пов'язані з місцезнаходженням об'єкта* (ч. 2 ст. 875 ЦК); *організацію виконання будівельних робіт*, що дає змогу розглядати його як самостійний вид договору підряду.

Норми, що регулюють відносини будівельного підряду, містяться в нормативно-правових актах, які утворюють законодавство в галузі будівництва, що за своєю суттю є комплексним, включаючи не тільки норми цивільного права, а й адміністративного, земельного, фінансового тощо.

В умовах ринкової економіки будівельне законодавство суттєво оновилося, хоча цей процес триватиме і надалі. До нормативно-правових актів у галузі будівництва належать закони України «Про інвестиційну діяльність»²⁹⁶, «Про основи містобудування»²⁹⁷, «Про архітектурну діяльність»²⁹⁸, «Про здійснення державних закупівель»²⁹⁹, Положення про державний архітектурно-будівельний контроль³⁰⁰, Порядок затвердження інвестиційних програм і проектів будівництва та проведення їх комплексної державної експертизи³⁰¹, Порядок державного фінансування капітального будівництва³⁰², Загальні умови укладення та виконання договорів підряду в капітальному будівництві³⁰³ тощо.

²⁹⁶ Відом. Верхов. Ради України. – 1991. – № 47. – Ст. 646.

²⁹⁷ Там само. – 1992. – № 52. – Ст. 683.

²⁹⁸ Там само. – 1999. – № 31. – Ст. 246.

²⁹⁹ Там само. – 2010. – № 33. – Ст. 471.

³⁰⁰ ЗП України. – 1993. – № 9. – Ст. 179 (із змін. і доп.).

³⁰¹ Офіц. вісн. України. – 2007. – № 84. – Ст. 3106.

³⁰² Офіц. вісн. України. – 2001. – № 52. – Ст. 2374.

³⁰³ Юрид. вісн. України. – 2005. – № 38.

Характерною особливістю законодавства в галузі будівництва є те, що воно включає в себе нормативно-технічні акти, до яких відносять будівельні норми та правила³⁰⁴, державні стандарти, які регламентують техніко-економічні основи будівництва з урахуванням особливостей будівельних робіт.

Рекомендаційний характер мають відомчі нормативні акти, зокрема, Положення про підрядні контракти в будівництві України, затверджене науково-технічною радою Міністерства України у справах будівництва і архітектури (протокол від 15 грудня 1993 р. № 9)³⁰⁵, Положення про взаємовідносини організацій — генеральних підрядників зі супідрядними організаціями, затверджене науково-технічною радою Державного комітету України у справах містобудування і архітектури (протокол від 14 грудня 1994 р. № 4)³⁰⁶.

Поняття та значення договору будівельного підряду. Поняття договору будівельного підряду дається в ч. 1 ст. 875 ЦК, відповідно до якої *за цим договором підрядник зобов'язується збудувати і здати у встановлений строк об'єкт або виконати інші будівельні роботи відповідно до проектно-кошторисної документації, а замовник зобов'язується надати підрядникові будівельний майданчик (фронт робіт), передати затверджену проектно-кошторисну документацію, якщо цей обов'язок не покладається на підрядника, прийняти об'єкт або закінчені будівельні роботи та оплатити їх.*

Звертає на себе увагу той факт, що в легальному визначенні не міститься вказівка, що підрядник здійснює роботу на свій ризик, хоча законодавець не виключає можливості в договорі вказати, що робота виконується на ризик підрядника (ч. 3 ст. 882 ЦК).

Аналіз легального визначення дає підставу вважати цей договір *двостороннім, оплатним та консенсуальним.*

Відповідно до ч. 2 ст. 875 ЦК договір будівельного підряду укладається на проведення нового будівництва, капітального ремонту, реконструкції (технічного переоснащення) підприємств, будівель (зокрема, житлових будинків), споруд, виконання монтажних, пусконаладжувальних та інших робіт, нерозривно пов'язаних з місцезнаходженням об'єкта. Таким чином, законодавець відповідно до характеру будівельних робіт і сфери їх виконання виділяє декілька *видів договору будівельного підряду: договір на проведення нового будівництва (новобудови), при якому воно здійснюється на новому майданчику на підставі початкової затвердженої проектно-кошторисної документації; договір капітального ремонту будівель (споруд), яким охоплюються ремонтні роботи основних засобів, внаслідок чого збільшується строк їх служби або поліпшуються якісні характеристики (потужність, продуктивність та ін.); договір на реконструкцію (технічне переоснащення) підприємств, будівель (зокрема, житлових будинків) споруд; договір на виконання монтажних, пусконаладжувальних та інших робіт.*

Сторонами договору будівельного підряду є *підрядник і замовник.*

Підрядник — особа, що спеціалізується на виконанні будівельних робіт і у випадках, передбачених законом, має ліцензію на їх здійснення.

Замовник — юридична чи фізична особа.

Умови договору будівельного підряду. Істотними умовами договору слід вважати *предмет, ціну та строк* договору. Предмет — це кінцевий результат діяльності підрядника, тобто відповідний об'єкт будівництва (будівельні роботи).

³⁰⁴ Див., наприклад, Правила визначення вартості будівництва ДБН Д.1.1-1-2000, затверджені наказом Державного комітету будівництва, архітектури та житлової політики України від 27 серпня 2000 р. № 174.

³⁰⁵ Все о бухгалтерском учете. – 1999. – 10 трав. (№ 43).

³⁰⁶ Там само.

Ціна договору визначається кошторисом (ч. 1 ст. 877 ЦК).

Строк — це час, необхідний для виконання передбачених договором робіт. У договорі будівельного підряду визначається не тільки початок і закінчення робіт у цілому, строки завершення окремих етапів робіт, а й гарантійні строки експлуатації об'єкта.

Права та обов'язки сторін за договором. Ураховуючи специфіку договору, законодавець суттєво розширив права та обов'язки сторін договору порівняно з тими, що закріплені ЦК у загальних положеннях про підряд. При цьому ЦК зберіг загальний для всього підряду принцип розподілу ризиків між сторонами. Так, відповідно до ст. 880 ЦК ризик випадкового знищення або випадкового пошкодження об'єкта будівництва до його прийняття замовником несе підрядник, крім випадків, коли це сталося внаслідок обставин, що залежать від замовника. Це повністю відповідає положенням ст. 876 ЦК, відповідно до якої власником об'єкта будівництва або результату інших будівельних робіт до їх здачі замовникові є підрядник. Ризик підрядника відносно результатів робіт припиняється з моменту прийняття робіт замовником. Так, відповідно до ч. 3 ст. 882 ЦК замовник, який попередньо прийняв окремі етапи робіт, несе ризик їх знищення або пошкодження не з вини підрядника, у тому числі у випадках, коли договором будівельного підряду передбачено виконання робіт на ризик підрядника.

У разі руйнування або пошкодження об'єкта будівництва внаслідок непереборної сили до спливу встановленого договором будівельного підряду строку здачі об'єкта, а також у разі неможливості завершити будівництво (будівельні роботи) з інших причин, що не залежать від замовника, підрядник не має права вимагати від замовника плати за роботу або оплати витрат, якщо інше не встановлено договором (ч. 5 ст. 879 ЦК).

На замовника покладається *специфічний обов'язок*, який не зустрічається в інших видах договорів підрядного типу, метою якого є *створення належних умов для виконання робіт*. Відповідно до закону замовник зобов'язаний *надати підрядникові підготовлений будівельний майданчик (фронт робіт)*, тобто *отримати дозвіл на виконання будівельних робіт* — документ, яким посвідчується право забудовника (замовника) та генерального підрядника на виконання будівельних робіт з нового будівництва, реконструкції, реставрації та капітального ремонту будинків, споруд та інших об'єктів, розширення і технічного переоснащення їх, відповідно до затвердженої проектної документації, підключення до інженерних мереж та споруд тощо. Надання дозволу регулюється відповідним Положенням про порядок надання дозволу на виконання будівельних робіт, яке затверджене наказом Державного комітету будівництва, архітектури та житлової політики України від

5 грудня 2000 р. № 273³⁰⁷ і яке обов'язкове для застосування всіма суб'єктами будівництва незалежно від відомчої належності, джерел фінансування тощо. Виконання будівельних робіт без вищезазначеного дозволу забороняється, хоча на певні будівельні роботи дозвіл не вимагається, зокрема на поточний ремонт будівель та споруд без зміни призначення приміщень, відновлення або улаштування нових тротуарів тощо (п. 4 вказаного Положення).

Замовник зобов'язаний *передати затверджену проектно-кошторисну документацію*, якщо цей обов'язок не покладено на підрядника. Проектно-кошторисна документація — це сукупність документів, які визначають економічне і виробничо-технічне обґрунтування майбутнього будівництва, тобто обсяг і зміст робіт та інші вимоги, які ставляться до робіт та до кошторису. До такої документації входять креслення, пояснювальні записки, кошторис та інші матеріали. Ця документація не тільки техніко-економічна, а й юридична підстава

³⁰⁷ Офіц. вісн. України. — 2000. — № 52. — Ст. 2298.

будівництва. У договорі будівельного підряду мають бути визначені склад і зміст цієї документації, а також яка із сторін і в який строк зобов'язана надати відповідну документацію (ч. 2 ст. 877 ЦК).

Договором може бути покладено на замовника обов'язок *матеріально-технічного забезпечення будівництва* (ч. 1 ст. 879 ЦК). За правилом це забезпечення технологічним, енергетичним, електротехнічним обладнанням і апаратурою, хоча не виключається, що це можуть бути і матеріали.

Замовник повинен *сприяти підрядникові у забезпеченні будівництва водопостачанням, електроенергією тощо, а також у наданні інших послуг*³⁰⁸ (ч. 1 ст. 879 ЦК). У договорі можуть бути передбачені випадки і порядок надання підряднику в користування необхідних для здійснення робіт споруд і будівель, забезпечення транспортування вантажів тощо.

Замовник, якщо це встановлено в договорі, повинен *застрахувати об'єкт будівництва або комплекс робіт*.

У разі необхідності консервації будівництва з незалежних від сторін обставин замовник повинен *оплатити підрядникові виконані до консервації роботи та відшкодувати йому витрати, пов'язані з цим* (ч. 6 ст. 879 ЦК).

Головним обов'язком замовника є *прийняття об'єкта або закінчених будівельних робіт та їх оплата*. Стадія передання та прийняття робіт — одна з найголовніших стадій договору будівельного підряду, в якій повинні брати участь обидві сторони. При отриманні від підрядника повідомлення про виконання робіт і готовність їх передання замовник негайно повинен розпочати їх прийняття, тобто організувати та здійснити прийняття робіт за свій рахунок, якщо інше не встановлено договором. У випадках, встановлених законом або іншими нормативно-правовими актами, у прийнятті робіт повинні брати участь представники органів державної влади та органів місцевого самоврядування.

Прийняття робіт можливо як після повного їх завершення, так, якщо це передбачено договором, і після завершення окремих етапів робіт

ЦК передбачає, що передання і прийняття виконаних робіт оформляється актом, підписаним обома сторонами. У разі відмови однієї зі сторін від підписання акта про це вказується в акті і він підписується другою стороною. Між тим, якщо суд визнає мотиви відмови від підписання акта обґрунтованими, цей акт може бути визнаний судом недійсним.

Можливі випадки, коли з характеру робіт впливає необхідність попереднього їх випробування. Для таких випадків встановлено спеціальний порядок прийняття, а саме, воно може здійснюватися лише у разі позитивного результату попереднього випробування. Такий порядок може бути встановлено в договорі.

Замовнику надається право відмовитися від прийняття робіт у разі виявлення недоліків, які виключають можливість використання об'єкта для вказаної в договорі мети і які не можуть бути усунені ні підрядником, ні замовником. Причому закон під неможливістю усунення таких недоліків передбачає не тільки ті випадки, коли сторони договору не можуть провести відповідні роботи, але й не можна знайти третю особу, яка це могла б зробити (ч. 6 ст. 882 ЦК).

Оплата робіт провадиться після прийняття замовником збудованого об'єкта (виконаних робіт), хоча договором може встановлюватися й інший порядок розрахунків. Так, у договорі може бути встановлено право замовника сплатити передбачену договором частину ціни робіт, визначеної у кошторисі, після закінчення гарантійного строку (ч. 5 ст. 884 ЦК).

На замовника покладається обов'язок *заявити підряднику в розумний строк про виявлені протягом гарантійного строку експлуатації об'єкта будівництва недоліки* (ч. 4 ст. 884 ЦК).

Замовник має такі права:

³⁰⁸ Ці послуги замовник завжди надавав підряднику, а перелік їх містився у пп. 28–36 Правил про договори підряду на капітальне будівництво 1986 р. (СП СРСР. – 1987. – № 4. – Ст. 19).

– вносити зміни до проектної-кошторисної документації до початку робіт або під час їх виконання за умови, що додаткові роботи, викликані такими змінами, за вартістю не перевищують 10 % визначеної у кошторисі ціни і не змінюють характеру робіт, визначених договором (ч. 1 ст. 878 ЦК);

– здійснювати контроль та нагляд за будівництвом, приймаючи від свого імені відповідні рішення³⁰⁹. Слід зазначити, що закон дозволяє здійснювати це право замовнику не тільки особисто, а й із залученням для цього спеціалізованої організації або спеціаліста, для чого замовнику надається право укласти з ними договір про надання такого виду послуг (договір доручення тощо). Застосування фігури «інженера» («інженерної фірми») при виконанні будівельних робіт, включаючи й етап прийняття виконаної роботи, добре відоме міжнародній практиці³¹⁰, на сьогодні знайшло застосування і в оновленому цивільному законодавстві, наприклад, РФ (ст. 749 ЦК РФ). Функції та повноваження такого спеціаліста (спеціалізованої організації) визначаються в договорі будівельного підряду (ч. 3 ст. 881 ЦК).

До обов'язків підрядника закон відносить:

– матеріально-технічне забезпечення будівництва, якщо в договорі не встановлено інше. У цьому випадку він несе ризик неможливості використання наданого ним матеріалу (деталей, конструкцій) або устаткування без погіршення якості робіт;

– надання замовникові проектної-кошторисної документації, якщо це передбачено в договорі;

– здійснення будівництва та пов'язані з ним будівельні роботи відповідно до проектної документації;

– виконання усіх робіт, визначених у проектній-кошторисній документації;

– повідомлення замовника про виявлені в ході будівництва невраховані необхідні додаткові роботи, здійснення яких тягне за собою збільшення кошторису, і в разі недержання від останнього в розумний строк відповіді — зупинення відповідних робіт з віднесенням збитків, завданих цим зупиненням, на замовника. Замовник звільняється від відшкодування цих збитків, якщо доведе, що у проведенні цих робіт немає необхідності (ч. 3 ст. 877 ЦК). Між тим, якщо підрядник виконає додаткові роботи без згоди на це замовника, він не позбавляється права на їх оплату і відшкодування завданих цим збитків, якщо доведе, що це було необхідним в інтересах замовника, зокрема у зв'язку з тим, що зупинення роботи могло призвести до знищення або пошкодження об'єкта будівництва (ч. 4 ст. 877 ЦК). Таким чином, законом встановлені особливості проведення додаткових робіт при договорі будівельного підряду, бо за загальним правилом (§ 1 цієї глави) питання про їх проведення теж вирішується замовником за попередженням підрядника, але якщо останній цього не зробить, він зобов'язаний виконати договір підряду за ціною, встановленою договором (ч. 4 ст. 844 ЦК);

– страхування об'єкта будівництва або комплексу робіт, якщо інше не встановлено договором, з наданням замовнику в порядку, встановленому договором, доказів укладення цього договору, включаючи відомості про страховальника, розмір страхової суми та застраховані ризики. При цьому страхування не зменшує зобов'язань та відповідальності сторін за договором;

– усувати за свій рахунок недоліки робіт або використовуюваного для робіт матеріалу, якщо вони допущені з його вини (або з вини субпідрядника). Договором може бути передбачений обов'язок підрядника усувати на вимогу замовника та за його рахунок недоліки, за які підрядник не відповідає. Але підрядник має

³⁰⁹ Якщо будівельні роботи виконуються за рахунок коштів Державного бюджету України, республіканського бюджету АРК, місцевих бюджетів, коштів державних і комунальних підприємств, установ та організацій, встановлюється контроль за дотриманням сторонами договірних зобов'язань, що здійснюється спеціальними органами (див. Порядок здійснення контролю за дотриманням сторонами зобов'язань за договором підряду про виконання робіт на будівництві об'єктів, затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 12 травня 2004 р.).

³¹⁰ Див.: Международное частное право [Текст] : сб. нормат. док. / сост. Н. Ю. Ерпылева. – М., 1994. – С. 181 та наст.

право відмовитися від виконання цього обов'язку, якщо усунення недоліків не пов'язано безпосередньо з предметом договору або не може бути здійснено підрядником з незалежних від нього причин (ст. 885 ЦК).

Специфіка договору будівельного підряду відбивається і на *правах підрядника*. Так, підрядник *може відмовитися від договору* у таких випадках: коли, *по-перше*, прийде до висновку про неможливість використання матеріалу (деталей, конструкцій) або устаткування, наданого замовником, без погіршення якості виконуваних робіт. При цьому він також має право *вимагати від замовника сплати ціни роботи пропорційно її виконаній частині*, а також *відшкодування збитків, не покритих цією сумою* (ч. 3 ст. 879 ЦК); *по-друге*, коли замовник прагне внести зміни до проектно-кошторисної документації, що потребують додаткових робіт, вартість яких перевищує 10 % визначеної у кошторисі ціни (ч. 2 ст. 878 ЦК) та вимагати відшкодування збитків.

Відповідальність сторін. Відповідальність сторін за невиконання або неналежне виконання договору визначається статтями 883 та 886 ЦК і настає при наявності загальних підстав цивільно-правової відповідальності. Між тим особливістю відповідальності підрядника в договорі будівельного підряду є відповідальність за дії інших осіб («чужу» вину), бо саме в цьому договорі широко застосовується система генерального підряду, при якій підрядник відповідає перед замовником за порушення субпідрядником свого обов'язку, а перед субпідрядником — за невиконання або неналежне виконання замовником своїх обов'язків.

За невиконання або неналежне виконання своїх зобов'язань підрядник і замовник несуть встановлену договором або законом³¹¹ відповідальність, яка реалізується в стягненні неустойки (пені) і відшкодуванні збитків у повному обсязі, тобто заподіяних (реальних) збитків і упущеної вигоди, якщо не доведуть, що ці порушення сталися не з їх вини.

Відповідно до ЦК *підрядник* відповідає: за *недоліки збудованого об'єкта*, за *прострочення передання його замовникові*; за *інші порушення* договору.

Законодавець зберіг положення, яке передбачалося і в раніше діючому законодавстві: суми неустойки (пені), сплачені підрядником за порушення строків виконання окремих робіт, повертаються підрядникові у разі закінчення всіх робіт до встановленого договором граничного терміну (ст. 883 ЦК).

Якщо інше не встановлено в договорі, підрядник гарантує досягнення об'єктом будівництва визначених у проектно-кошторисній документації показників і можливість експлуатації об'єкта відповідно до договору протягом гарантійного строку. Гарантійний строк становить десять років від дня прийняття об'єкта замовником, якщо більший гарантійний строк не встановлений договором або законом. Гарантійний строк продовжується на час, протягом якого об'єкт не міг експлуатуватися внаслідок недоліків, за які відповідає підрядник.

Підрядник відповідає за дефекти, виявлені у межах гарантійного строку, якщо він не доведе, що вони сталися внаслідок: природного зносу об'єкта або його частин; неправильної його експлуатації або неправильності інструкції щодо його експлуатації, розроблених самим замовником або залученими ним іншими особами; неналежного ремонту об'єкта, який здійснено самим замовником або залученими ним третіми особами (ч. 2 ст. 884 ЦК).

³¹¹ Так, при виконанні робіт на будівництві об'єктів, що здійснюються за рахунок коштів Державного бюджету України, республіканського бюджету Автономної Республіки Крим, місцевих бюджетів, коштів державних і комунальних підприємств, установ та організацій, загальні правові засади майнової відповідальності встановлені в Законі України «Про майнову відповідальність за порушення умов договору підряду (контракту) при виконанні робіт на будівництві об'єктів» від 6 квітня 2000 р. Відповідно до цього Закону на сторони договору покладається обов'язок стягувати неустойку (пеню) та вимагати відшкодування збитків із винної сторони.

§ 4. Підряд на проектні та пошукові роботи

За договором підряду на проведення проектних та пошукових робіт підрядник зобов'язується розробити за завданням замовника проектну або іншу технічну документацію та (або) виконати пошукові роботи, а замовник зобов'язується прийняти та оплатити їх (ч. 1 ст. 887 ЦК).

Здійсненню будівельних робіт завжди передують проведення пошукових і проектних робіт. Пошукові роботи полягають в інженерно-геологічних, гідрометеорологічних, екологічних (та інших залежно від призначення об'єкта) розвідках і узгодженні їх результатів, підготовці виділеної під забудову земельної ділянки з визначенням на місцевості прив'язки до розташування об'єкта, підборі матеріалів і визначенні найбільш оптимальних умов майбутнього будівництва. Подальше проектування будівництва може здійснюватись з урахуванням всіх умов зведення майбутнього об'єкта, позитивного економічного обґрунтування будівництва і наявності згоди та висновків всіх необхідних інстанцій. Після цього розробляються проект і кошторис будівництва. Проектна документація складається з урахуванням результатів, отриманих у ході проведення пошукових робіт.

Проект будівництва, як правило, підлягає державній експертизі, яка проводиться спеціалізованими установами. За умови позитивного висновку державної експертизи проект і кошторис виконавець обговорює із замовником, який має право прийняти їх без обмовок і застережень або висловити побажання щодо його доопрацювання і внесення відповідних змін. За умови відсутності суттєвих розбіжностей стосовно змісту проекту між проектувальником і замовником складається та підписується акт прийому-передачі проектно-кошторисної документації. У подальшому будівництво повинно здійснюватись у відповідності до цієї документації, з урахуванням будівельних норм і правил, а також інших умов договору та чинного законодавства.

Залежно від бажання замовника і ступеня складності об'єкта будівництва виконання всіх робіт може здійснюватись однією організацією (генеральним підрядником). Як правило, такий обов'язок за договором може брати на себе спеціалізована будівельна організація, яка здійснює весь комплекс пошукових, проектних і будівельних робіт. Ураховуючи це, таку організацію іменують генеральним підрядником. Він може залучати до проведення окремих видів робіт субпідрядні організації і використовувати інші варіанти побудови договірних зв'язків з контрагентами. Замовник може також укласти договори з декількома контрагентами, які спеціалізуються на виконанні окремих видів указаних робіт.

Договір на виконання пошукових і проектних робіт є одним із різновидів договору підряду, а тому є консенсуальним, двостороннім та відплатним.

Сторони, їх права, обов'язки та відповідальність

Сторони у договорі — замовник і підрядник.

Підрядником виступає спеціалізований суб'єкт: юридичні і фізичні особи, які мають статус суб'єкта підприємницької діяльності і отримали відповідну ліцензію на здійснення таких видів робіт. Досить часто — це спеціалізовані проектно-пошукові організації, основна мета діяльності яких — виконання зазначених робіт.

Замовниками можуть бути фізичні особи, котрі, як правило, мають статус підприємця, а також юридичні особи приватного і публічного права та держава.

Обов'язки замовника полягають у такому:

– якщо інше не встановлено договором підряду на проведення проектних та пошукових робіт, передати підрядникові завдання на проектування, а також інші вихідні дані, необхідні для проектування і складання проектно-кошторисної документації. Завдання на проектування може бути підготовлене за дорученням замовника підрядником. У цьому разі завдання стає обов'язковим для сторін з моменту його затвердження

замовником. Оскільки формулювання завдання досить часто є складним для замовника, це потребує наявності спеціальних знань. Тому замовник може з цією метою скористатися послугами інших осіб, у тому числі і самого підрядника. В останньому випадку завдання стає обов'язковим для сторін з моменту його затвердження замовником;

- сплатити підрядникові встановлену ціну після завершення всіх робіт чи сплатити її частинами після завершення окремих етапів робіт або в іншому порядку, встановленому договором чи законом;

- використовувати проектно-кошторисну документацію, одержану від підрядника, лише для цілей, встановлених договором, не передавати проектно-кошторисну документацію іншим особам і не розголошувати дані, що містяться у ній, без згоди підрядника;

- надавати послуги підрядникові у виконанні проектних та пошукових робіт в обсязі та на умовах, встановлених договором;

- сприяти підряднику у виконанні робіт за договором, зокрема шляхом надання необхідної додаткової інформації;

- брати участь разом з підрядником у погодженні готової проектно-кошторисної документації з уповноваженими органами державної влади та органами місцевого самоврядування;

- відшкодувати підрядникові додаткові витрати, пов'язані зі зміною вихідних даних для проведення проектних та пошукових робіт внаслідок обставин, що не залежать від підрядника;

- залучити підрядника до участі у справі за позовом, пред'явленим до замовника іншою особою у зв'язку з недоліками складеної проектно-кошторисної документації або виконаних пошукових робіт.

Обов'язки підрядника полягають у такому (ст. 890 ЦК):

- виконувати роботи відповідно до вихідних даних для проведення проектування та згідно з договором. Підрядник зобов'язаний додержуватися вимог, що містяться у завданні та інших вихідних даних для проектування й виконання пошукових робіт, і має право відступити від них лише за згодою замовника;

- погоджувати готову проектно-кошторисну документацію із замовником, а у разі необхідності — також з уповноваженими органами державної влади та органами місцевого самоврядування;

- передати замовникові готову проектно-кошторисну документацію та результати пошукових робіт;

- не передавати без згоди замовника проектно-кошторисну документацію іншим особам;

- гарантувати замовникові відсутність в інших осіб права перешкодити або обмежити виконання робіт на основі підготовленої за договором проектно-кошторисної документації.

Відповідальність сторін. Підрядник несе відповідальність за недоліки проектно-кошторисної документації та виконаних робіт (ст. 891 ЦК). Він відповідає за недоліки проектно-кошторисної документації та пошукових робіт, включаючи вади, виявлені згодом у ході будівництва, а також у процесі експлуатації об'єкта, створеного на основі виконаної проектно-кошторисної документації і результатів пошукових робіт. У разі виявлення недоліків у проектно-кошторисній документації або у пошукових роботах підрядник на вимогу замовника зобов'язаний безоплатно переробити проектно-кошторисну документацію або здійснити необхідні додаткові пошукові роботи, а також відшкодувати завдані збитки, якщо інше не встановлено договором або законом.

Відповідальність замовника визначається положеннями договору. Договором може бути передбачена відповідальність замовника за несвоєчасну оплату виконаних робіт. Зокрема, він може нести відповідальність за затримку виплати підряднику авансу та інших, обумовлених договором, платежів (наприклад, необхідних для фінансування проведення пошукових робіт).

1. Питання та ознаки договору підряду.
2. Умови договору підряду.
3. Сторони договору підряду.
4. Зміст договору підряду.
5. Ризик у підрядних відносинах.
6. Договір побутового підряду і його характерні ознаки.
7. Договір будівельного підряду і його характерні ознаки.
8. Договір підряду на виконання проектних та пошукових робіт і його характерні ознаки.

ГЛАВА 44

ДОГОВІР НА ВИКОНАННЯ НАУКОВО-ДОСЛІДНИХ АБО ДОСЛІДНО-КОНСТРУКТОРСЬКИХ ТА ТЕХНОЛОГІЧНИХ РОБІТ

§ 1. Поняття та загальна характеристика договору

За договором на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт підрядник (виконавець) зобов'язується провести за завданням замовника наукові дослідження, розробити зразок нового виробу і конструкторську документацію на нього, нову технологію тощо, а замовник зобов'язується прийняти виконану роботу та оплатити її (ст. 892 ЦК).

Правова характеристика договору — консенсуальний, двосторонній, оплатний.

Договір на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт (далі — договір на виконання НД або ДКТР) є однією з договірних конструкцій, за допомогою якої здійснюється науково-технічна діяльність, у результаті чого створюється науково-технічна продукція. Про це свідчить, зокрема, ст. 1 Закону України «Про наукову і науково-технічну діяльність»³¹², відповідно до якої *науково-технічна діяльність* — інтелектуальна творча діяльність, спрямована на одержання і використання нових знань у всіх галузях техніки і технологій. Її основними формами (видами) є науково-дослідні, дослідно-конструкторські, проектно-конструкторські, технологічні, пошукові та проектно-пошукові роботи, виготовлення дослідних зразків або партій науково-технічної продукції, а також інші роботи, пов'язані з доведенням наукових і науково-технічних знань до стадії практичного їх використання.

Договір на виконання НД або ДКТР може охоплювати весь цикл проведення наукових досліджень, розроблення та виготовлення зразків або його окремі етапи. Фактично договір на виконання НД або ДКТР включає два досить тісно пов'язаних між собою договори: договір на виконання науково-дослідних робіт і договір на виконання дослідно-конструкторських та технологічних робіт.

За договором на виконання науково-дослідних робіт виконавець зобов'язується провести за завданням замовника наукові дослідження, а замовник зобов'язується прийняти виконану роботу та оплатити її. Зазначені наукові дослідження можуть мати як фундаментальний, так і прикладний характер.

Фундаментальні наукові дослідження — це наукова теоретична та (або) експериментальна діяльність, спрямована на одержання нових знань про закономірності розвитку природи, суспільства, людини, їх взаємозв'язку.

³¹² Відом. Верхов. Ради України. — 1999. — № 2–3. — Ст. 20. Закон діє у редакції від 1 грудня 1998 р.

Прикладні наукові дослідження — наукова і науково-технічна діяльність, спрямована на одержання і використання знань для практичних цілей.

За договором на виконання дослідно-конструкторських та технологічних робіт виконавець зобов'язується за завданням замовника розробити зразок нового виробу і конструкторську документацію на нього, нову технологію тощо, а замовник зобов'язується прийняти виконану роботу та оплатити її.

У цьому разі діяльність має науково-технічний характер, тобто полягає у застосуванні нових знань для вирішення різноманітних проблем забезпечення функціонування науки, техніки і виробництва як єдиної системи.

Розмежування договору на виконання науково-дослідних робіт і договору на виконання дослідно-конструкторських та технологічних робіт обумовлено як характером, так і результатом робіт, що проводяться за завданням замовника. Зокрема, для отримання результату наукового дослідження необхідне більш творче виконання завдання замовника, ніж при досить конкретному завданні щодо розроблення зразка нового виробу, конструкторської документації на нього чи нової технології.

При укладенні договору на виконання науково-дослідних робіт ставиться завдання з'ясування принципової можливості вирішення задачі, а тому наслідком її розв'язання є результат, який повинен вказати шлях досягнення поставленої мети. Це можуть бути висновки, теорії, гіпотези, рекомендації тощо.

Договір на виконання дослідно-конструкторських та технологічних робіт переслідує прагматичніші завдання, пов'язані зі створенням зразка нового виробу, конструкторської документації на нього, нової технології тощо, і ставить за мету дати відповідь, як саме науковий результат використати у практичній діяльності, запропонувати технічні засоби втілення наукової ідеї у виробничий процес.

Хоча науково-дослідні, дослідно-конструкторські та технологічні роботи — це два самостійних етапи, однак вони становлять ланки єдиного науково-технічного процесу. Інколи розв'язання однієї і тієї проблеми охоплює обидва етапи. Оскільки після науково-дослідних робіт, як правило, відбувається виконання дослідно-конструкторських і технологічних робіт, ці договори тісно пов'язані між собою. Наявність певних відмінностей, зумовлених різними предметами, не завадила спільно їх урегулювати як один самостійний договір.

Слід зазначити, що договір на виконання НД або ДКТР не є новим для законодавства України, однак раніше він регламентувався підзаконними нормативними актами, а нині вперше на рівні ЦК.

Договір на виконання НД або ДКТР разом з договором підряду за своєю юридичною природою належить до групи договорів з виконання робіт. Тому в них є певні спільні ознаки: виконання робіт з метою досягнення матеріального результату. Звідси і назва сторін: підрядник (виконавець) і замовник.

Напевно, це стало підґрунтям для того, що деякі науковці розглядають договір на виконання НД або ДКТР як спеціальний вид договору підряду поряд з договором будівельного підряду і договором підряду на проектні та пошукові роботи³¹³.

Однак такий висновок не відповідає дійсності. Характер виконуваних робіт та їх результат, а відповідно і правове регулювання взаємовідносин сторін за даними договорами значно відрізняються, що не дає можливості розглядати договір підряду та договір на виконання НД або ДКТР як єдиний договірний тип. Про це свідчить також законодавче регулювання вказаних правовідносин. Так, договору підряду (і його різновидам — побутовому підряду, будівельному підряду та підряду на проектні і пошукові роботи) присвячена гл. 61 ЦК, а договору на виконання НД або ДКТР — гл. 62 ЦК.

Між договором підряду та договором на виконання НД або ДКТР є низка суттєвих відмінностей.

³¹³ Див.: Цивільне право України. Академічний курс [Текст] : підручник : у 2 т. / за заг. ред. Я. М. Шевченко. – Т. 2. Особлива частина. – К. : Вид. дім «Ін Юре», 2003. – С. 116–120.

По-перше, характер робіт: за договором підряду виконуються звичайні виробничі роботи, а за договором на виконання НД або ДКТР — науково-дослідні, проектно-конструкторські, технологічні та інші роботи, для яких характерний творчий пошук.

Заради справедливості слід зазначити, що творчий характер притаманний і такому різновиду договору підряду, як договір на виконання проектних робіт. Однак у цьому випадку він тісно пов'язаний з будівництвом і становить лише один із його етапів.

По-друге, можливість гарантувати результат робіт: результати робіт договору підряду можна чітко передбачити, а договору на виконання НД або ДКТР — не можна. Пояснюється це специфікою останнього із зазначених договорів. Вона полягає у неможливості чітко визначити конкретні параметри майбутнього результату у зв'язку з його творчим характером. Тому при укладенні договору сторони погоджують, як правило, лише загальні вимоги стосовно очікуваного результату. До того ж результат договору на виконання науково-дослідних робіт може бути абсолютно протилежний очікуваному.

По-третє, для належного виконання договору підряду завжди необхідне досягнення обумовленого результату. У випадку відсутності останнього відпадає потреба оплати проведених робіт, а для договору на виконання науково-дослідних робіт негативний результат є одним із можливих варіантів виконання договору, за що необхідно заплатити.

Для договору на виконання дослідно-конструкторських та технологічних робіт характерне своєрідне проміжне положення: для оплати повинен бути обов'язково позитивний результат, однак, на відміну від договору підряду, він може бути не лише матеріальний, а й нематеріальний.

По-четверте, за договором підряду ризик випадкового знищення предмета договору або неможливості закінчення роботи несе підрядник, а тому він не отримує плату в разі відсутності результату. Ризик неможливості одержати очікуваний результат за договором на виконання НД або ДКТР несе замовник, а тому він зобов'язаний оплатити проведені науково-дослідні роботи чи відшкодувати витрати, понесені виконавцем у ході виконання дослідно-конструкторських та технологічних робіт.

По-п'яте, на відміну від договору підряду, у процесі реалізації договору на виконання НД або ДКТР можуть бути створені об'єкти інтелектуальної власності (наукові твори, винаходи, корисні моделі, промислові зразки тощо), умови використання яких потребують спеціального узгодження сторонами, а у разі відсутності визначаються законодавством.

Таким чином, договір на виконання НД або ДКТР є самостійним і поряд з договором підряду належить до групи договорів на виконання робіт.

Стосовно **предмета** договору на виконання НД або ДКТР у науковій літературі відсутня єдина позиція. На думку одних науковців, предметом є саме результат робіт³¹⁴, а інших — роботи як такі (тобто сам процес)². Хоча дане питання є дискусійним, видається, що предметом договору є результат робіт.

Оскільки за договором на виконання НД або ДКТР можуть проводитися як фундаментальні, так і прикладні наукові дослідження, то внаслідок його виконання можуть бути отримані наукові і науково-прикладні результати.

Відповідно до ст. 1 Закону України «Про наукову і науково-технічну діяльність»³ *науковий результат* — це нове знання, одержане у процесі фундаментальних або прикладних наукових досліджень та зафіксоване на носіях наукової інформації у формі звіту, наукової праці, наукової доповіді, наукового повідомлення про

³¹⁴ Див.: Гражданское право [Текст] : учебник. Ч. 2 / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. – М. : Проспект, 1997. – С. 365; Цивільне право України [Текст] : підручник: у 2 кн. Кн. 2 / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. – К. : Юрінком Інтер, 2002. – С. 208.

² Див.: Брагинский, М. И. Договорное право [Текст]. Кн. 3. Договоры о выполнении работ и оказании услуг / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. – М. : Статут, 2002. – С. 187.

³ Відом. Верхов. Ради України. – 1999. – № 2–3. – Ст. 20. Закон діє у редакції від 1 грудня 1998 р.

науково-дослідну роботу, монографічного дослідження, наукового відкриття тощо; *науково-прикладний результат* — нове конструктивне чи технологічне рішення, експериментальний зразок, закінчене випробування, розробка, яка впроваджена або може бути впроваджена в суспільну практику. Науково-прикладний результат може бути у формі звіту, ескізного проекту, конструкторської або технологічної документації на науково-технічну продукцію, натурального зразка тощо.

Таким чином, *результатом* робіт за договором на виконання НД або ДКТР можуть бути звіти про виконання наукових досліджень, зразки нового виробу, нової техніки, конструкторська документація до них, створення нової технології та інші науково-технічні досягнення.

Сторонами договору є виконавець та замовник. Ними можуть бути як фізичні, так і юридичні особи.

Досить часто *підрядником (виконавцем)* є науково-дослідні, проектно-конструкторські, конструкторські і технологічні організації, наукові центри, навчальні заклади, а також юридичні особи, які мають у своєму складі наукові, конструкторські та інші подібні підрозділи.

Замовником можуть бути фізичні чи юридичні особи, яким необхідне проведення відповідних наукових досліджень і розробок.

Ціна визначається за згодою сторін і може встановлюватися шляхом складання кошторису. Сторони можуть передбачити підвищення або зменшення ціни за наявності певних обставин (наприклад, залежно від строку виконання робіт, досягнутого результату тощо). Зокрема, встановлена договором плата за виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт може бути зменшена замовником залежно від фактично одержаних результатів порівняно з результатами, передбаченими договором, якщо це не залежало від замовника, а можливість такого зменшення та його межі були встановлені домовленістю сторін (ч. 2 ст. 894 ЦК).

Строк виконання робіт за договором визначається сторонами залежно від їх складності та інших факторів.

§ 2. Права та обов'язки сторін

Договір на виконання НД або ДКТР є двостороннім, а тому оскільки обов'язки однієї сторони кореспондують правам іншої, то з метою усунення дублювання доцільно розглянути саме обов'язки сторін.

Обов'язки замовника за договором на виконання НД або ДКТР закріплені у ст. 898 ЦК.

По-перше, замовник повинен видати виконавцеві технічне завдання та погодити з ним програму (техніко-економічні показники) або тематику робіт. Безумовно, замовник повинен чітко поставити перед виконавцем завдання. Тому технічне завдання є невід'ємною частиною договору і визначає технічні, економічні та інші параметри і нормативи, відповідно до яких відбувається виконання договірних робіт і оцінка отриманих результатів. До речі, підготовка технічного завдання може бути покладена і на виконавця. У цьому разі існує потреба його узгодження замовником.

Одночасно з переданням технічного завдання погоджується програма з техніко-економічними показниками, яким повинен відповідати очікуваний результат роботи. При виконанні науково-дослідних робіт у завданні чітко визначається їх тематика.

По-друге, замовник зобов'язаний передати виконавцеві необхідну для виконання робіт інформацію. Мова йде про надання відомостей, що слугуватимуть підґрунтям для проведення робіт виконавцем. До того ж інформація має відповідати дійсності і бути достатньою для виконання роботи: крім наданих вихідних даних, замовник повинен у процесі виконання договору повідомляти інформацію, яка стала у подальшому йому відома і може вплинути на результат робіт.

По-третьє, прийняти виконані роботи та оплатити їх. За загальним правилом обов'язок замовника здійснити оплату виникає після передачі йому виконавцем результату повністю завершених науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт. Однак договором можуть бути передбачені прийняття та оплата окремих етапів робіт або інший спосіб оплати. Саму процедуру здачі-приймання виконаних робіт сторони узгоджують у договорі.

Договором можуть бути передбачені й інші обов'язки замовника.

Обов'язки виконавця за договором на виконання НД або ДКТР встановлені ст. 897 ЦК.

По-перше, він повинен виконати роботи відповідно до погодженої із замовником програми (техніко-економічних показників) або тематики і передати замовникові результат у строк, встановлений договором.

Постає потреба з'ясувати питання можливості залучення інших осіб до виконання робіт. За загальним правилом виконавець зобов'язаний провести наукові дослідження особисто, якщо інше не встановлено договором. Необхідність особистого виконання робіт зумовлена наявним творчим пошуком, унікальністю дослідницької діяльності і пов'язаним з цим підвищеним ступенем ризику одержання договірною результату.

Однак все залежить від характеру робіт. Оскільки науково-дослідним роботам притаманний великий ступінь творчості, виконавець має право залучати інших осіб до їх виконання лише за згодою замовника. Навпаки, коли мова йде про проведення дослідно-конструкторських та технологічних робіт, виконавець має право залучати інших осіб (субвиконавців), якщо це не заборонено договором (ст. 893 ЦК). Різниця у законодавчому підході до вирішення цього питання зумовлена неоднаковим ступенем творчості виконуваних робіт і практичною потребою передоручення окремих з них.

Слід звернути увагу на те, що у разі покладення виконавцем проведення окремих робіт (завдань, етапів тощо) на інших осіб (наприклад, спеціалізовані організації) виконавець бере на себе відповідальність перед замовником за їх дії.

По-друге, виконавець повинен додержуватися вимог, пов'язаних з охороною прав інтелектуальної власності. Особливість договору на виконання НД або ДКТР полягає у тому, що його результатом можуть бути охороноздатні творчі досягнення, однак і при реалізації договору інколи існує необхідність скористатися уже існуючими об'єктами інтелектуальної власності. Така потреба більше характерна для договорів на виконання дослідно-конструкторських робіт. У цьому випадку необхідно подбати про патентну чистоту результату робіт, для чого слід узгодити відносини з особою, якій належать виключні майнові права інтелектуальної власності (наприклад, отримати відповідний дозвіл). Питання використання творчих досягнень, що належать іншим особам, доречно обумовлювати у договорі. На виконавця покладається обов'язок гарантувати, що переданий ним результат робіт не порушує виключних прав інших осіб.

По-третьє, виконавець повинен утримуватися від публікації без згоди замовника науково-технічних результатів, одержаних при виконанні робіт. Такий обов'язок обумовлений перш за все дотриманням умов про конфіденційність.

По-четверте, виконавець зобов'язаний вживати заходів для захисту одержаних при виконанні робіт результатів, що підлягають правовій охороні, та інформувати про це замовника. Мова йде, зокрема, про патентоспроможні винаходи, корисні моделі, промислові зразки тощо.

По-п'яте, виконавець повинен своїми силами та за свій рахунок усувати допущені з його вини недоліки у технічній документації, які можуть викликати відступи від техніко-економічних показників, передбачених у технічному завданні замовника або у договорі.

Цей обов'язок спрямований на забезпечення належної якості виконуваних робіт. Оскільки виконавець повинен виконати роботи відповідно до поставлених перед ним завдань, то, якщо є його вина у певних упущеннях, які можуть вплинути на результат, він зобов'язаний самостійно їх усунути.

По-шосте, виконавець зобов'язаний негайно інформувати замовника про виявлену неможливість одержати очікувані результати або недоцільність продовжувати роботу. Це обумовлено тим, що сторони повинні прийняти рішення стосовно подальших дій. Тому до отримання від замовника необхідних вказівок виконавець змушений призупинити роботи.

На виконавця договором можуть бути покладені й інші обов'язки.

Конфіденційність відомостей про договір є однією з особливостей договору на виконання НД або ДКТР. Виконавець і замовник зобов'язані забезпечити конфіденційність відомостей щодо предмета договору, ходу його виконання та одержаних результатів, якщо інше не встановлено договором (ст. 895 ЦК).

Це один із способів захисту комерційних інтересів сторін від незаконного використання іншими особами. Сторони самі вирішують обсяг відомостей, що належать до конфіденційних. Це можуть бути відомості, якими сторони володіють на момент укладання договору, і відомості, отримані у процесі виконання робіт за договором.

Конфіденційна інформація — це відомості, які перебувають у володінні, користуванні або розпорядженні окремих фізичних чи юридичних осіб і поширюються за їх бажанням відповідно до передбачених ними умов (ст. 30 Закону України «Про інформацію»³¹⁵ від

2 жовтня 1992 р.). Сторони встановлюють механізми захисту такої інформації і режим доступу до неї. Зокрема, ознайомлення співробітників, які мають доступ до інформації, з правилами дотримання конфіденційності.

Обов'язок забезпечити конфіденційність відомостей для сторін договору є законодавчо встановленим. А тому сторони повинні дотримуватися правил щодо конфіденційності навіть за відсутності умов про це у договорі. Навпаки, якщо сторони хочуть виключити такий обов'язок, про це необхідно прямо зазначити у договорі.

Порушення обов'язку щодо збереження конфіденційності відомостей може відбуватися шляхом вчинення активних дій (розголошення і пряма передача конфіденційних відомостей однієї із сторін договору іншим зацікавленим особам) чи пасивних дій (невжиття заходів до охорони з метою виключити вільний доступ до відомостей і можливість їх витоку).

Права сторін на результати робіт. Творчий характер виконуваних робіт обумовлює необхідність узгодження питання розподілу прав на отриманий результат.

Договір укладається сторонами з метою досягнення певного результату. При цьому замовника перш за все цікавить можливість користуватися досягненням, за що він і сплачує кошти. Тому законодавчо передбачено, що замовник за договором на виконання НДР або ДКТР має право використовувати передані йому результати робіт у межах і на умовах, встановлених договором.

Звичайно, виконавця цікавить насамперед плата за договором. Однак, оскільки він, як правило, займається такими видами діяльності на професійній основі, то у нього також є інтерес стосовно врахування отриманих досягнень у своїй подальшій роботі. Виходячи з наведеного, за загальним правилом, яке можна змінити договором, закріплено, що виконавець має право використати одержаний ним результат робіт також для себе. А от передавати результати робіт іншим особам він може лише у випадку, коли таке право надане йому договором (ст. 896 ЦК).

Таким чином, якщо сторони не вирішили питання розподілу прав на виконання робіт, то кожна з них має право лише використовувати і позбавлена можливості розпорядження. Щоб не допустити таких наслідків, сторонам у договорі доцільно узгодити умови використання отриманих результатів. Зокрема, розподіл прав на створені у процесі виконання робіт охороноздатні творчі досягнення, можливість розпорядження кожною зі

³¹⁵ Відом. Верхов. Ради України. – 1992. – № 48. – Ст. 650.

сторін її правами шляхом видачі ліцензії чи передачі прав іншим особам, межі використання у власній діяльності.

При цьому необхідно враховувати, що права на охоронювані як об'єкти інтелектуальної власності елементи, що містяться в отриманих за договором результатах, повинні кореспондувати правам на використання результатів у цілому, оскільки в іншому випадку вони не зможуть бути реалізовані правовласником.

§ 3. Ризики та відповідальність сторін за договором

Оскільки договір підяду і договір на виконання НД або ДКТР — це два самостійних цивільно-правових договори, то в них по-різному вирішується питання розподілу ризиків та відповідальності сторін.

Зокрема, на відміну від договору підяду ризик випадкової неможливості виконання договору на виконання НД або ДКТР несе замовник. Це означає, що замовник повинен оплатити роботи чи відшкодувати витрати виконавця навіть тоді, коли виконавцем з незалежних від нього обставин не досягнутий очікуваний результат.

Такий підхід законодавця до вирішення цього питання зумовлений тим, що творчий характер виконуваних робіт підвищує вірогідність отримання негативного результату чи неотримання його взагалі. Відповідно у протилежному випадку виконавець був би змушений використовувати традиційний підхід до вирішення питання, для якого характерний менший, порівняно з творчою діяльністю, ризик. Таким чином, покладення ризику на замовника відповідає інтересам як виконавця, так і замовника.

У зв'язку з цим, на відміну від договору підяду, договір на виконання НД або ДКТР вважається виконаним і тоді, коли експериментально чи теоретично доведена неможливість вирішення поставленого завдання, тобто отримано негативний результат.

Покладення ризику випадкової неможливості виконання договору на замовника обмежено правилами стосовно наслідків недосягнення очікуваних результатів. Різний ступінь творчості НД або ДКТР має значення при вирішенні питання стосовно ситуації, що виникає при неможливості виконання. Тому слід звернути увагу, що існує принципова різниця щодо розподілу ризику не лише порівняно з договором підяду, а й усередині договору на виконання НД або ДКТР.

Як уже зазначалось, договір на виконання НД або ДКТР фактично включає два досить тісно пов'язаних між собою договори: договір на виконання науково-дослідних робіт і договір на виконання дослідно-конструкторських та технологічних робіт, а тому він може охоплювати весь цикл проведення наукових досліджень, розроблення та виготовлення зразків або його окремі етапи.

Якщо у ході *науково-дослідних робіт* виявляється неможливість досягнення результату внаслідок обставин, що не залежать від виконавця, замовник зобов'язаний оплатити роботи, проведені до виявлення неможливості отримати передбачені договором результати, але не вище відповідної частини ціни робіт, визначеної договором (ч. 1 ст. 899 ЦК).

Якщо під час **виконання дослідно-конструкторських та технологічних робіт** виявляється неможливість досягнення результату внаслідок обставин, що виникли не з вини виконавця, замовник зобов'язаний відшкодувати витрати виконавця (ч. 2 ст. 899 ЦК).

Таким чином, у випадку неможливості виконання договору матеріальні наслідки для замовника різні. За негативний результат науково-дослідних робіт він зобов'язаний пропорційно оплатити виконані роботи, а дослідно-конструкторських та технологічних робіт — відшкодувати лише фактичні витрати виконавця.

Специфіка договору накладає відбиток і на вирішення питання про підстави та обсяг **відповідальності сторін** за порушення своїх обов'язків. Якщо замовник несе відповідальність за невиконання та неналежне виконання на загальних підставах, то відповідальність виконавця має певні особливості.

Виконавець відповідає перед замовником за порушення договору на виконання НД або ДКТР, якщо не доведе, що порушення сталося не з його вини (ч. 1 ст. 900 ЦК). Таким чином, нормативно закріплена презумпція вини виконавця у випадку неналежного виконання договору.

Законодавчо встановлено склад і граничний розмір збитків, які повинен відшкодувати замовнику виконавець. Доречно зауважити, що в цьому разі має місце передбачений нормативними актами випадок обмеженої відповідальності. Так, відповідно до ч. 2 ст. 900 ЦК виконавець зобов'язаний відшкодувати замовнику реальні збитки у межах ціни робіт, у яких виявлено недоліки, якщо договором встановлено, що вони підлягають відшкодуванню у межах загальної ціни робіт за договором.

Таким чином, за загальним правилом відповідальність виконавця обмежується вартістю робіт з недоліками, однак сторони можуть розширити її до загальної вартості робіт за договором.

Оскільки відповідальність виконавця за договором на виконання НД або ДКТР обмежена реальними збитками, то упущена вигода підлягає відшкодуванню лише у випадках, встановлених законом. Ця норма є імперативною, і сторони не можуть змінити у договорі закріплене нею правило.

Слід звернути увагу на те, що законодавчо обмежений розмір відповідальності виконавця тільки стосовно виявлених недоліків у результаті робіт. Обмежена відповідальність не поширюється на інші випадки невиконання та неналежного виконання договору, відповідальність за які настає на загальних підставах (наприклад, при порушенні режиму конфіденційності, включенні в результат робіт об'єктів інтелектуальної власності, права на які належать іншим особам, тощо).

Як уже зазначалося, на виконавця покладено обов'язок своїми силами та за свій рахунок усувати допущені з його вини недоліки у технічній документації, які можуть спричинити відступи від техніко-економічних показників, передбачених у технічному завданні замовника або у договорі. Цей обов'язок спрямований на забезпечення належної якості виконуваних робіт. Оскільки виконавець повинен провести роботи відповідно до поставлених перед ним завдань, то, якщо є його вина у певних упущеннях, які можуть вплинути на результат, він зобов'язаний самостійно їх усунути. Однак він звільняється від цього обов'язку, якщо доведе, що недоліки в роботах обумовлені діями замовника (наприклад, складанням неякісного технічного завдання, наданням неповної інформації тощо). Проте у договорі сторони можуть передбачити, що навіть у цьому разі виконавець зобов'язаний їх усунути, але вже за умови компенсування замовником необхідних витрат.

Питання для самоконтролю

1. Поняття і правова характеристика договору.
2. Зміст договору.
3. Ризики та особливості відповідальності сторін за договором.

РОЗДІЛ XII

ЗОБОВ'ЯЗАННЯ, ЩО ПОВ'ЯЗАНІ З НАДАННЯМ ПОСЛУГ

ГЛАВА 45

ДОГОВІР ПРО НАДАННЯ ПОСЛУГ

§ 1. Поняття послуги та договорів про надання послуг

ЦК України вперше закріплює норми, які визначають загальні положення щодо договорів про надання послуг (статті 901–907 ЦК). У цивільному праві послуги розглядаються як окремий вид об'єктів цивільних прав (ст. 177 ЦК), які відрізняються від інших об'єктів (речей, результатів робіт, нематеріальних об'єктів тощо). У зв'язку з особливостями послуг як об'єктів усі договори, предметом яких вони виступають, поєднуються в єдиний тип цивільно-правових договорів, а саме — договори про надання послуг.

Послугам притаманна своєрідна природа і спільні характерні ознаки. Для всіх послуг характерним є те, що вони:

- 1) мають нематеріальний характер, а їх результат не набуває уречевлюваного вигляду;
- 2) тісно пов'язані з особою виконавця та процесом вчинення ним певних дій (здійснення певної діяльності);
- 3) не збігаються із самими діями (здійсненням діяльності) виконавця, а існують як окреме явище — певне нематеріальне благо.

Перш за все послуги характеризуються тим, що мають нематеріальний характер. Цим вони відрізняються від такого виду об'єктів, як речі, бо згідно зі ст. 179 ЦК річчю є предмет матеріального світу. Водночас нематеріальність послуг не зменшує їх значення в цивільному обороті. Навпаки, останнім часом спостерігається розширення кола договорів, предметом яких є саме нематеріальні об'єкти — послуги. Для послуг характерним також є те, що вони тісно пов'язані з особою виконавця та процесом виконання ним певних дій або здійсненням певної діяльності. Це означає, що послуга існує тільки тоді, коли вона надається. У цьому полягає різниця між послугами та результатами робіт, стосовно яких виникають договори підрядного типу. Для останніх важливим є не процес, а саме результат дії — збудований будинок, відремонтована річ тощо. Послуги, навпаки, не мають результату, який би мав окремий уречевлюваний вигляд, матеріальне втілення.

У частині 1 ст. 901 ЦК сказано, що послуга споживається в процесі вчинення певної дії або здійснення певної діяльності. Отже, відповідно до закону послуга не зводиться до самої дії або діяльності, а розглядається як окреме явище. Характерні ознаки послуги можна продемонструвати на такому прикладі. Відповідно до ч. 1 ст. 936 ЦК за договором зберігання одна сторона (зберігач) зобов'язується зберігати річ, яка передана їй другою стороною (поклажодавцем), і повернути її поклажодавцеві у схоронності. На виконання цього договору зберігач буде виконувати певні дії, спрямовані на зберігання майна, наприклад тримати річ у відведеному для цього і спеціально обладнаному приміщенні, забезпечувати необхідні технічні засоби зберігання, охорону речі тощо. У виконанні таких дій буде проявлятися процес надання послуги, сама ж послуга полягатиме у збереженні речі. Тобто збереження, схоронність речі — це послуга, а дії зберігача — це спосіб її надання. Причому для поклажодавця самі дії (діяльність) зберігача не мають вирішального значення. Зберігач може навіть не надавати поклажодавцеві усієї інформації щодо здійснення процесу зберігання. Наприклад, якщо банк надає поклажодавцеві індивідуальний банківський сейф, що охороняється банком (ст. 970 ЦК), він не повинен інформувати його про всі особливості охоронної системи банку та здійснення ним охоронної діяльності. Хоча для поклажодавця спосіб надання йому послуги є важливим, у першу чергу його турбує корисний ефект дій зберігача — збереження речі, тобто сама послуга. Хоча послуга та процес її надання за ЦК — це різні речі, вони між собою невід'ємно пов'язані. З наведеного прикладу видно, що послуга (збереження речі) споживається саме в процесі виконання зберігачем відповідних дій щодо зберігання. Як тільки зберігач поверне річ поклажодавцеві, тобто припинить дії по зберіганню, припиниться і сама послуга.

На цьому прикладі можна також спостерігати нематеріальний характер послуги. Якщо річ, яка передається зберігачу, має цілком матеріальну природу, то її схоронність (послуга), яка досягається внаслідок дій зберігача в процесі зберігання (надання послуги), — це вже явище нематеріальне. Поки річ перебуває у зберігача, вона не змінюється, не перетворюється, а зберігається. Саме заради зберігання, схоронності речі укладається між сторонами договір, а не заради внесення змін до цієї речі або здійснення інших дій, результат яких мав би окремий, уречевлюваний вигляд.

Для замовника за договором послуга, незважаючи на її нематеріальну сутність, виступає як певне благо, заради якого він і вступає у договірні відносини. Якби послуга не мала такої якості, то вона не виступала би предметом багатьох видів договорів. Саме для отримання нематеріального корисного ефекту дій (діяльності) виконавця до нього і звертається замовник.

Отже, *послуга* — це певне нематеріальне благо, яке надається однією особою (виконавцем) і споживається іншою особою (замовником) у процесі вчинення виконавцем певних дій або здійснення певної діяльності.

Існує багато різноманітних видів договорів про надання послуг. Деякі з них безпосередньо закріплені в ЦК (пойменовані договори). До них, зокрема, належать договори перевезення, транспортного експедирування, зберігання, страхування, доручення, комісії тощо. Однак усі види договорів про надання послуг неможливо передбачити в ЦК, бо їх існує велика кількість. Наприклад, лише відповідно до Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» від 12 липня 2001 р. № 2664-III до фінансових належать такі послуги, як обслуговування платіжних документів, платіжних карток та дорожніх чеків; довірче управління фінансовими активами; діяльність з обміну валют; залучення фінансових активів із зобов'язанням щодо наступного їх повернення; фінансовий лізинг; надання коштів у позику, у тому числі і на умовах фінансового кредиту; переказ грошей; послуги у сфері страхування та накопичувального пенсійного забезпечення; торгівля цінними паперами; факторинг тощо.

Це зумовило необхідність закріплення в законі норм, які б мали загальний характер і стосувалися всіх видів договорів про надання послуг — медичних, юридичних, туристичних, освітніх, комунальних та інших, які не знайшли свого безпосереднього визначення у законі (непоіменовані договори). Таким чином, якщо певний договір про надання послуг не має спеціальної правової регламентації в ЦК, тобто є непоіменованим договором, то слід застосовувати загальні положення гл. 63 ЦК та у разі його наявності спеціальне законодавство, норми якого регулюють певний вид договорів про надання послуг. У свою чергу, акти законодавства, які стосуються окремих видів договорів про надання послуг (аудиторських, туристичних, комунальних тощо), мають базуватися на загальних положеннях гл. 63 ЦК і не можуть вміщувати норми, які б їм суперечили.

У зв'язку з цим виникає питання щодо поширення правил гл. 63 ЦК на окремі види договорів про надання послуг, які, навпаки, спеціально закріплені у ЦК. Відповідно до ч. 2 ст. 901 ЦК положення гл. 63 ЦК можуть застосовуватися до всіх видів договорів про надання послуг, якщо це не суперечить суті зобов'язання. З цього можна зробити висновок, що норми гл. 63 ЦК можуть застосовуватися і до окремих видів договорів, які спеціально врегульовані ЦК (перевезення, зберігання, страхування тощо), якщо у цьому є потреба і якщо ці норми відповідають суті конкретного зобов'язання.

Договори про надання послуг можуть належати до так званих **публічних договорів** (ст. 633 ЦК). Серед договорів про надання послуг до цієї групи належать договори про перевезення транспортом загального користування, послуги зв'язку, медичне, готельне, банківське обслуговування тощо. З урахуванням значення певних послуг для задоволення інтересів широкого кола споживачів деякі види договорів можуть визначатися тільки як публічні договори. У зв'язку з цим, якщо підприємець хоче здійснювати певну діяльність, він має взяти на себе обов'язок надавати послуги кожному, хто до нього звернеться. У деяких нормах ЦК, які регулюють відносини щодо надання послуг, містяться спеціальні правила, які свідчать, що даний договір за своєю природою є публічним. Наприклад, у ч. 1 ст. 940 ЦК прямо вказано, що професійний зберігач, який зберігає речі на складах (у камерах, приміщеннях) загального користування, не має права відмовитися від укладення договору зберігання за наявності у нього такої можливості (ч. 1 ст. 940 ЦК). Відповідно до ч. 2 ст. 957 ЦК договір складського зберігання, укладений складом загального користування, є публічним договором.

Важливою рисою публічних договорів, і зокрема договорів про надання послуг, є те, що їх умови встановлюються однаковими для всіх споживачів, крім тих, кому за законом надані відповідні пільги (ч. 2 ст. 633 ЦК). Наприклад, перевезення пасажирів може здійснюватися як за загальними правилами, так і з певними винятками. Відповідно до п. 3 ч. 1 ст. 911 ЦК пасажир має право провозити із собою безоплатно одну

дитину віком до шести років і купувати для дітей віком від шести до чотирнадцяти років дитячі квитки за пільговою ціною.

Договори про надання послуг також можуть бути охарактеризовані як *договори приєднання* (ст. 634 ЦК). Останнім часом спостерігається розширення кола цього типу договорів. Це пов'язано із необхідністю спрощення та прискорення процедури укладення договору, коли замовнику пропонується готовий «пакет» послуг або декілька «пакетів» за його вибором. Якщо замовник згоден на укладення договору, йому залишається лише приєднатися до його умов. Прикладом договорів такого типу може бути договір про надання доступу до мережі Інтернет, який укладається між провайдером та абонентом. Провайдери пропонують потенційним замовникам умови договору, вміщують у ньому вичерпну інформацію щодо послуги, яка пропонується, та умов її надання. Як правило, провайдери пропонують окремі пакети послуг. Потенційному абоненту достатньо вибрати найбільш сприйнятні для себе умови та підписати договір. Внесення будь-яких інших умов, ніж ті, що пропонуються провайдером, договором не передбачається. Практично всі проекти договорів, що пропонуються провайдерами, містять вказівку на те, що акцептування (підписання) договору означає: абонент згоден з усіма його положеннями.

§ 2. Поняття та умови договору про надання послуг

Згідно з ч. 1 ст. 901 ЦК *за договором про надання послуг одна сторона (виконавець) зобов'язується за завданням другої сторони (замовника) надати послугу, яка споживається в процесі вчинення певної дії або здійснення певної діяльності, а замовник зобов'язується оплатити виконавцеві зазначену послугу, якщо інше не встановлено договором.*

Договір про надання послуг є *консенсуальним*. Він може мати як *оплатний, так і безоплатний характер*. *Оплатний договір про надання послуг є двостороннім договором*. Договір вважається укладеним, якщо сторони в належній формі досягли згоди з усіх істотних умов договору (ч. 1 ст. 638 ЦК). Після цього кожна зі сторін набуває права та обов'язки, які становлять його зміст. Виконавець зобов'язується вчинити певні дії або здійснити певну діяльність, а замовник оплатити виконавцеві зазначену послугу, а коли договір має безоплатний характер — відшкодувати всі фактичні витрати, необхідні для виконання договору.

Суб'єктами договору про надання послуг є виконавець та замовник. ЦК не висуває будь-яких вимог до особи виконавця. Разом з тим у деяких випадках виконавцем за таким договором може виступати лише особа, яка отримала ліцензію на здійснення певної діяльності у відповідних органах ліцензування. Наприклад, ліцензуванню підлягає діяльність з надання охоронних послуг, послуг радіо- та телефонного зв'язку, туроператорська, турагентська, аудиторська діяльність тощо³¹⁶. Залежно від характеру послуги, що надається, у деяких випадках можуть виникати вимоги не тільки до особи виконавця, а й замовника. Наприклад, освітні послуги вищих навчальних закладів можуть надаватися лише особам, які мають середню освіту та успішно склали відповідні іспити.

Згідно із ч. 1 ст. 638 ЦК істотними умовами договору, в першу чергу є умови про предмет договору. *Предметом* договору про надання послуг є сама нематеріальна послуга, тобто те нематеріальне благо, яке отримує замовник у процесі вчинення виконавцем певних дій або здійснення певної діяльності. Для договорів

³¹⁶ Стаття 9 Закону України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності» від 01.06.2000 р. № 1775-III зі змінами та доповненнями.

цього типу важливе значення має якість послуг, що надаються. Це стосується всіх видів послуг — медичних, юридичних, освітніх, туристських, готельних тощо. Учиняючи договір з тим чи іншим виконавцем, замовник вправі розраховувати на певний рівень якості послуги, що буде йому надана. Умова щодо предмета договору — послуги впливає і на інші його умови — розмір плати та строк дії.

Як вже зазначалося, відповідно до ЦК договір про надання послуг може бути як **оплатним**, так і **безоплатним**. Визначення цього аспекту договору залежить від волі сторін. Якщо виконавцем за договором про надання послуги є суб'єкт підприємницької діяльності, то договір зазвичай має відплатний характер, а розмір плати визначається відповідно до ставок та преїскурантів, які ним пропонуються (договір про надання послуг телефонного зв'язку, послуг, що надаються туристичними агентствами, послуг готелів тощо). У деяких випадках для забезпечення загальних інтересів споживачів свобода виконавця щодо визначення розміру плати за свої послуги може бути обмежена законодавством. Наприклад, згідно зі ст. 66 Закону України «Про телекомунікації» від 18 листопада 2003 р. тарифи на загальнодоступні послуги та тарифи на надання в користування каналів електрозв'язку операторів телекомунікацій, які займають монополіне (домінуюче) становище на ринку цих послуг, підлягають державному регулюванню. Таке регулювання здійснюється шляхом встановлення граничних або фіксованих тарифів, за межі яких оператори та провайдери телекомунікацій виходити не можуть.

Для задоволення інтересів певних верств населення послуги можуть також надаватися безоплатно. Згідно із Законом України «Про соціальні послуги» від 19 червня 2003 р. особам, які з різних причин перебувають у складних життєвих ситуаціях (безробіття, похилий вік, хвороба, інвалідність при відсутності рідних, які повинні забезпечити догляд та допомогу, сирітство та безпритульність дітей, конфлікти і жорстоке ставлення у сім'ї тощо), можуть бути надані певні соціально-побутові, психологічні, медичні, юридичні та інші послуги, які називаються соціальними послугами (забезпечення продуктами харчування, гарячим харчуванням, транспортними послугами, здійснення соціально-побутового патронажу, виклик лікаря, придбання та доставка медикаментів, працетерапія, надання консультацій з питань законодавства тощо). Такі послуги надаються державними та комунальними суб'єктами безоплатно в обсягах, визначених державними стандартами соціального обслуговування (ст. 7).

Плата за договором про надання послуг може не бути фіксованою, а визначатися сторонами у процесі укладення договору. У такому порядку може, наприклад, встановлюватися плата за договором про надання окремих освітніх послуг: навчання іноземним мовам, математиці, біології тощо. Хоча договори про надання послуг відповідно до ЦК і можуть бути безвідплатними, навряд чи можна передбачати їх поширення. Безвідплатне надання послуг може мати місце у відносинах між фізичними особами, у першу чергу тих, які пов'язані дружніми, довірчими стосунками (перевезення речей, прогулянки з домашньою твариною або догляд за домівкою сусіда тощо).

Згідно зі ст. 905 ЦК **строк** за договором про надання послуг встановлюється за домовленістю сторін, якщо інше не встановлено законом або іншими нормативно-правовими актами. Строк може мати важливе значення в договорі про надання послуг, у зв'язку з чим сторони зазвичай обумовлюють його в договорі. Наприклад, у договорі на проведення аудиту та надання інших аудиторських послуг поряд з іншими умовами визначається строк проведення аудитором перевірки. У даному випадку строк відіграє суттєву роль, бо з отриманням юридичною особою результатів аудиторської перевірки можуть бути пов'язані умови щодо вчасного надання нею звітів, отримання грошей за кредитним договором у банківській установі тощо.

§ 3. Зміст договору про надання послуг та його виконання

Зміст договору про надання послуг становлять права та обов'язки сторін. Основним обов'язком виконавця є надання замовнику певної послуги, яка обумовлена договором. За загальним правилом виконавець повинен надати послугу особисто. У зв'язку з тим, що послуга є невід'ємною від здійснення певних дій або діяльності виконавця, його особа має велике значення для замовника. Прикладом може бути договір про надання освітніх послуг. У результаті успішного закінчення освітнього курсу слухач одержує відповідне свідоцтво (диплом, атестат тощо), яке свідчить про обсяг знань, які були йому надані в процесі навчання. Ця обставина може мати вирішальне значення для подальшого працевлаштування особи, її професійного зростання тощо. Відомо, що «вагомість» диплома того чи іншого навчального закладу може бути зовсім різною. Тому для замовника важливим є саме особисте виконання договору виконавцем. Якщо виконавцем за договором є юридична особа, то замовник може ставити питання щодо особи конкретного працівника, який здійснюватиме дії з надання послуги. Наприклад, відповідно до ч. 2 ст. 284 ЦК фізична особа, яка звернулася за наданням їй медичної допомоги, має право на вибір лікаря.

Особливістю договорів про надання послуг є те, що в деяких випадках замовник має не тільки «пасивно» споживати послугу, а й здійснювати певні власні дії. Це безпосередньо стосується, наприклад, освітніх послуг. Виконавець (навчальний заклад або вчитель) може надавати високий рівень освітньої послуги, однак за відсутності необхідних активних дій з боку самого замовника (студента, учня) будь-якого корисного ефекту може і не виникнути. Ця обставина не змінює загального правила: якщо виконавець надав якісну послугу, яка була обумовлена договором, вважатиметься, що він виконав умови щодо якості.

Якщо договір має оплатний характер, замовник зобов'язаний оплатити виконавцеві надану йому послугу в розмірі, у строки та в порядку, що встановлені договором. Якщо договір про надання послуг мав безоплатний характер, то розрахунки сторін можуть стосуватися лише відшкодування фактичних витрат виконавця, які були зроблені ним для виконання договору. Наприклад, сторони домовилися, що виконавець здійснить перевезення речей в інше місто безоплатно. У такому випадку він має право на відшкодування витрат, які пов'язані з проїздом автомобіля (вартість бензину, амортизація машини).

Законодавство передбачає певні **наслідки невиконання або неналежного виконання договору про надання послуг**. У першу чергу вирішується питання щодо неможливості виконання оплатного договору про надання послуг. Такі наслідки пов'язуються з наявністю або відсутністю вини однієї із сторін — виконавця або замовника (ч. 2 ст. 903 ЦК). У разі неможливості виконати договір, що виникла не з вини виконавця, замовник зобов'язаний виплатити виконавцеві розумну плату. Наприклад, фізичні особи домовилися про те, що один з них (виконавець) за відповідну плату відвезе речі замовника у сусіднє місто. У зв'язку з поганими погодними умовами виконавець не зміг виконати умови договору. У цьому випадку його вини немає. Відповідно до ч. 2 ст. 903 ЦК за таких обставин замовник зобов'язаний виплатити виконавцеві розумну плату. Така плата може бути пов'язана з тим, що виконавець хоча і не надав замовнику обумовлену послугу, все ж таки здійснював певні дії та фактичні витрати, необхідні для виконання договору. Якщо неможливість виконання договору виникла з вини самого замовника, він зобов'язаний виплатити виконавцеві плату в повному обсязі, якщо інше не встановлено договором або законом. Якщо, наприклад, замовник для перевезення своїх речей мав забезпечити виконавця транспортним засобом, але не надав його, то виконавець має право на отримання плати за договором у повному обсязі, незважаючи на те, що послуга надана не була. Якщо стало неможливим виконання безоплатного договору про надання послуг, то замовник зобов'язаний

відшкодувати витрати виконавця, якщо така неможливість виникла з його вини або внаслідок непереборної сили (ч. 2 ст. 904 ЦК).

Унаслідок невиконання або неналежного виконання договору про надання послуг замовник може зазнати збитків (ст. 22 ЦК). Законодавство регулює відносини по їх відшкодуванню з урахуванням особи виконавця. Якщо виконання договору здійснював суб'єкт підприємницької діяльності, то він відповідає за збитки незалежно від наявності своєї вини. Звільнити від відповідальності такого виконавця може тільки непереборна сила, якщо інше не встановлено договором або законом. Таким чином, для суб'єкта підприємницької діяльності встановлений підвищений рівень відповідальності. Якщо виконавцем за договором є інша особа (не суб'єкт підприємницької діяльності), то вона зобов'язана відшкодувати замовнику збитки у повному обсязі лише при наявності своєї вини, якщо інше не встановлено договором сторін. Наприклад, відповідно до ч. 1 ст. 950 ЦК за втрату (нестачу) або пошкодження речі, прийнятої на зберігання, зберігач відповідає на загальних підставах. Це означає, що зберігач нестиме відповідальність лише при наявності вини (ч. 1 ст. 614 ЦК). Зберігач буде звільнений від відповідальності за відсутності вини, якщо доведе, що він зробив все можливе для виконання договору (забезпечив технічні умови зберігання, витримав необхідний температурний та світловий режим зберігання тощо). Інші правила стосуються професійного зберігача, тобто організації, яка здійснює підприємницьку діяльність у цій сфері (зернохосовища, елеватори, морозильники тощо). Професійний зберігач відповідає за втрату (нестачу) або пошкодження речі, якщо не доведе, що це сталося внаслідок непереборної сили або через такі властивості речі, про які зберігач, приймаючи її на зберігання, не знав і не міг знати, або внаслідок умислу чи грубої необережності поклажодавця (ч. 2 ст. 950 ЦК). У всіх інших випадках, навіть якщо вини зберігача немає, він зобов'язаний відшкодувати збитки поклажодавцеві.

Інший порядок відшкодування збитків передбачено в законі для безоплатних договорів про надання послуг. Згідно із ч. 2 ст. 906 ЦК збитки, завдані невиконанням або неналежним виконанням договору про безоплатне надання послуг, підлягають відшкодуванню виконавцем у розмірі, що не перевищує двох неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. Наприклад, сусідки домовилися, що під час від'їзду однієї з них в інше місто друга буде доглядати її квіти, що залишилися в квартирі. Якщо виконавиця договору не здійснила взятий на себе обов'язок, внаслідок чого квіти загинули, то перша сторона (замовник) може вимагати відшкодування завданих їй збитків. За загальним правилом відшкодування здійснюється у розмірі двох неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. Сторони можуть передбачити й інший розмір відповідальності виконавця.

Договір про надання послуг за загальним правилом може бути **розірваний** за згодою обох сторін (ст. 907, ч. 1 ст. 651 ЦК). Разом з тим особливістю цього договору є те, що він може бути розірваний також шляхом відмови від договору лише однієї із сторін (ст. 907 ЦК). Порядок та підстави такої відмови залежать від особливостей конкретного договору про надання послуг і встановлюються законом або домовленістю сторін. Наприклад, особа, яка надає туристичні послуги (туроператор, турагент), не може змінювати ціну туристичного продукту, погоджену з туристом, на свій розсуд. Така зміна можлива лише у випадках, передбачених договором, і тільки при істотній зміні обставин (уведення нових або підвищення діючих ставок податків і зборів та інших обов'язкових платежів, різка зміна курсу національних валют тощо). У разі перевищення ціни туристичного продукту більше, ніж на 5 %, турист має право відмовитися від договору, а туроператор (турагент) зобов'язаний повернути йому всі раніше сплачені кошти (ст. 20 Закону «Про туризм» в редакції від 18 листопада 2003 р.).

Домовленістю сторін або законом встановлюються також порядок і наслідки розірвання договору про надання послуг. Сторони можуть передбачити в договорі розмір та порядок відшкодування збитків або інші наслідки розірвання договору.

Питання для самоконтролю

1. Сформулюйте поняття послуги та розкрийте її правову природу.
2. Визначте систему договорів про надання послуг.
3. Надайте юридичну характеристику договору про надання послуг.
4. Охарактеризуйте суб'єктний склад договору про надання послуг.
5. У чому полягає зміст договору про надання послуг?
6. Назвіть наслідки невиконання або неналежного виконання договору про надання послуг.
7. Назвіть підстави припинення договору про надання послуг.

ГЛАВА 46

ДОГОВІР ПЕРЕВЕЗЕННЯ

§ 1. Загальні положення про перевезення

Транспорт є сполучною ланкою економіки, галуззю виробничої інфраструктури. За його допомогою задовольняються потреби у перевезеннях суспільного виробництва держави, а також її населення.

Перевезення — один із видів підприємницької діяльності, яка не супроводжується створенням яких-небудь предметів матеріального світу. Основний економічний ефект, який сторони одержують у результаті транспортної діяльності, — це переміщення вантажів, пасажирів, багажу й пошти.

Існують такі основні види транспорту: транспорт загального користування (залізничний, морський, автомобільний, повітряний, річковий (внутрішній — водний), місцевий електротранспорт, у тому числі метрополітен; промисловий залізничний транспорт; відомчий транспорт; трубопровідний та шляхи сполучення загального користування. Усі вони тісно взаємопов'язані і становлять єдину транспортну систему країни (ст. 21 Закону України «Про транспорт»). Разом з цим технічна характеристика перевізних засобів і організація перевезень даними видами транспорту багато у чому відрізняються одне від одного.

У главі 64 ЦК міститься перелік низки договорів, що опосередковують відносини з перевезення вантажів, пасажирів, багажу й пошти. Серед них такі:

- а) перевезення вантажу (ст. 909 ЦК);
- б) перевезення пасажирів і багажу (ст. 910 ЦК);
- в) чартеру (фрахтування) — ст. 912 ЦК тощо.

Проте сам перевізний процес не вичерпується відносинами, що виникають з договору перевезення (ст. 908 ЦК). Обов'язки перевізника з подачі рухомого состава, а відправника — з надання для навантаження вантажу також належать до процесу перевезення. Перевізними також є відносини, що виникають з договорів про організацію роботи із забезпечення перевезення вантажів. Вони, зокрема, охоплюють: вузлові угоди, договори на централізоване завезення (вивезення) вантажів, на експлуатацію залізничних під'їзних колій, на подачу і прибирання вагонів, подачу заявок і замовлень, вчинення інших дій учасниками перевізного процесу як до укладення договору перевезення вантажів, так і після його виконання. Це стосується, наприклад, виконання залізницею додаткових операцій, пов'язаних з перевезенням вантажів, як-от: навантаження, розвантаження, зважування, експедирування тощо, які здійснюються на підставі окремих цивільно-правових договорів — ст. 22 Статуту залізниць України (далі — СЗУ).

Отже, відомі чинному цивільному законодавству договори, що опосередковують перевізний процес, становлять єдину систему договорів, предметом яких є надання послуг з перевезення вантажів, пасажирів, багажу й пошти. Усю систему цих договорів можна поділити на два види: основні й допоміжні. Основні опосередковують головну сферу взаємовідносин перевізників і клієнтури, допоміжні — нормальну організацію перевізного процесу. Відповідно до видів та кількості транспортних організацій (перевізників), які беруть участь у перевезеннях, перевезення поділяються на міські, приміські, міжміські та міжнародні, у прямому та прямому змішаному сполученні. При здійсненні перевезень морським транспортом розрізняють каботажні перевезення, які здійснюються між портами України суднами, що плавають під Державним прапором України, а також суднами, що плавають під іноземним прапором за умови одержання на це дозволу Міністерства транспорту України, та міжнародні перевезення, що здійснюються між портами України й іноземними портами.

Основними нормативно-правовими актами, що визначають загальні умови перевезення, є: ЦК України, Закони України «Про транспорт» (від 10 листопада 1994 р.) і «Про залізничний транспорт» (від 4 липня 1996 р.), «Про автомобільний транспорт» (від 5 квітня 2001 р.) та відповідні транспортні кодекси і статuti: Повітряний кодекс України від 4 травня 1994 р. (далі — ПК), Кодекс торговельного мореплавства України від 9 грудня 1994 р. (далі — КТМ), Статут залізниць України від 6 квітня 1998 р. (далі — СЗУ). Транспортні кодекси й статuti детально не регламентують ні діяльності самого транспорту, ні взаємовідносин транспортних організацій з клієнтурою. Ці відносини конкретизуються у відомчих нормативно-правових актах, так званих Правилах перевезення, які існують на кожному виді транспорту (наприклад, Правила перевезення пасажирів, багажу, вантажобагажу і пошти залізничним транспортом України, затверджені наказом Міністерства транспорту України від 28 липня 1998 р. № 297; Правила перевезення вантажів

§ 2. Правова характеристика договорів перевезення

Договір перевезення вантажу. У системі цивільно-правових договорів, що опосередковують перевізний процес, особливе місце посідає договір перевезення вантажу (ст. 909 ЦК). У силу цього договору перевізник зобов'язується доставити довірений йому відправником вантаж у пункт призначення і видати його уповноваженій на одержання вантажу особі (одержувачеві), а відправник зобов'язується сплатити за перевезення вантажу встановлену плату. Проте з урахуванням специфіки перевезень кожним із видів транспорту в нормативних актах, що закріплюють їх діяльність, дається своє визначення договору перевезення (ст. 22 СЗУ, ст. 133 КТМ, ст. 61 ПК, ст. 52 Закону України «Про автомобільний транспорт» та ін.).

Перевізником може виступати тільки суб'єкт підприємницької діяльності, основним напрямом діяльності якого є перевезення вантажів (залізниця, морське пароплавство, автогосподарство, річкове пароплавство, а також фізичні особи, котрі мають право на експлуатацію перевізних транспортних засобів, тощо). Перевезення вантажів у пункт призначення за домовленістю з іншими особами, на праві власності або іншому титульному володінні яких перебувають транспортні засоби, транспортними статутами та кодексами не регулюється. Такі правовідносини необхідно класифікувати як відносини, котрі регулюються договором підряду. Як **відправник** може виступати будь-яка особа (фізична або юридична).

Одержувачем може бути або сам відправник, або інша особа, зазначена останнім у перевізних документах. З огляду на те, що одержувач за договором перевезення набуває певного обсягу прав та обов'язків, якщо відправник не є одночасно й одержувачем вантажу, такий договір розглядається як договір на користь третьої особи.

Під вантажем (товаром) необхідно розуміти майно, що транспортується чи підлягає транспортуванню повітряним, наземним, морським (річковим) транспортом або щодо якого відбуваються операції, передбачені відповідними Правилами перевезень вантажів відповідними видами транспорту.

Договір перевезення вантажів належить до *двосторонніх, оплатних і реальних*.

Договір перевезення вантажу укладається в письмовій формі (Закон України «Про автомобільний транспорт», ст. 23 СЗУ, ст. 134 КТМ). Так, на залізничному, повітряному і внутрішньоводному транспорті договір перевезення укладається шляхом оформлення накладної, яка є основним перевізним документом, де зазначені всі умови перевезення, а саме: найменування й місцезнаходження сторін договору; найменування вантажоодержувача; найменування й кількість вантажу; умови з перевезення і строки перевезення; назва місць навантаження й розвантаження; вартість перевезення тощо.

Відповідно до ст. 23 СЗУ, ст. 60 ПК, ст. 67 Статуту внутрішнього водного транспорту СРСР (далі — СВВТ) договір перевезення вантажів вважається укладеним з моменту здачі відправником перевізникові вантажу разом з накладною. Прийняття вантажу для перевезення засвідчується на накладній календарним штемпелем перевізника й видачею ним відправникові квитанції. З цього моменту всі умови, викладені у накладній, стають умовами договору перевезення. На залізничному і внутрішньоводному транспорті при прийнятті вантажу для перевезення разом з накладною оформлюється дорожня відомість і вантажна квитанція. Відомість складається перевізником після прийняття вантажу для перевезення разом з накладною і містить усі дані про вантаж, відправника, одержувача тощо. Вона прямує разом з вантажем і після видачі його одержувачеві залишається у перевізника. Дорожня відомість має певне правове значення: а) засвідчує факт видачі вантажу одержувачеві і б) є документом, на підставі якого провадяться розрахунки з провізної плати, штрафів за прострочення доставки вантажу та з інших зборів. Вантажна квитанція видається відправникові як посвідчення прийняття

вантажу для перевезення. У випадку втрати вантажу вантажна квитанція надає право відправникові або одержувачеві пред'явити претензію й позов до перевізника про відшкодування вартості втраченого вантажу, а також інші правомочності під час здійснення перевізного процесу (статті 23, 43, 48 СЗУ України).

На автомобільному транспорті договір перевезення оформлюється товарно-транспортною накладною, яка за своїм змістом не відрізняється від накладної, що оформлюється на інших видах транспорту (підп. 1, 16.10 Правил перевезення вантажів автомобільним транспортом в Україні від 14 жовтня 1997 р.). До основних документів на перевезення вантажів цим транспортом належить також подорожній лист вантажного автомобіля. Товарно-транспортна накладна і подорожній лист автомобіля вважаються документами суворої звітності, форма й порядок заповнення яких визначаються відповідними нормативними актами.

Основні права та обов'язки перевізника і вантажовідправника по договору перевезення визначені законом (ст. 909 ЦК України), в якому дається загальне визначення договору перевезення вантажу, а звідси вони на всіх видах транспорту в принципі однакові. Тому права та обов'язки перевізника, вантажовідправника та вантажоодержувача розглянемо відповідно до діючого транспортного законодавства в межах одного виду транспорту — залізничного. Зокрема, перевізник зобов'язаний доставити ввірений йому вантаж в обумовлений пункт призначення; забезпечити схоронність вантажу та здійснити доставку його в зазначений термін; видати вантаж зазначеному в накладній одержувачу, виконати вказівки відправника або одержувача вантажу про переадресування доставки вантажів, особливо це стосується перевезення вантажів у прямому або прямому змішаному, у тому числі і міжнародному, сполученні. Вантажовідправник, у свою чергу, повинен сплатити залізниці провізну плату; прийняти вантаж після його доставки в пункт призначення при умові, якщо відправник вказав себе як одержувача вантажу. Вантажоодержувач зобов'язаний прийняти вантаж та вивезти зі станції призначення; очистити вагони від залишків будь-якого вантажу, виявлених у вагоні; сплатити всі додаткові платежі, у тому числі за розвантаження вантажу тощо. **За договором перевезення пасажир** перевізник зобов'язується перевезти пасажирів у пункт призначення, а в разі здачі багажу — також доставити останній у пункт призначення й видати уповноваженій на його одержання особі; пасажир зобов'язується сплатити встановлену плату за проїзд, а за наявності багажу — також плату за його перевезення (ст. 910 ЦК). Укладення договору перевезення пасажирів засвідчується проїзним документом встановленого зразка (пасажирським квитком), який підтверджує право пасажирів на проїзд відповідним видом транспорту, а перевезення ним багажу — багажною квитанцією.

У проїзному квитку, за винятком квитків на повітряному транспорті, не вказується прізвище пасажирів. Втрачені проїзні квитки не відновлюються, не повертається також їх вартість.

Як впливає з визначення цього договору, він є *двостороннім, оплатним і консенсуальним*. Так, згідно зі ст. 52 Закону «Про автомобільний транспорт» договір перевезення пасажирів автомобільним транспортом загального користування вважається укладеним з моменту придбання пасажиром квитка на право проїзду. Проте в окремих, передбачених законодавством, випадках такий договір також може бути й *реальним* (наприклад, при перевезенні пасажирів у туристичних поїздах або за замовленням). Ці договори вважаються укладеними з моменту посадки пасажирів у транспортний засіб.

Договір перевезення багажу, на відміну від договорів перевезення пасажирів, завжди є *реальним*. Багаж приймається для перевезення за встановленими нормами відповідно до правил перевезення відповідним видом транспорту. Наприклад, при залізничному перевезенні вага окремого вантажного місця не повинна перевищувати 75 кг та не може бути довше 3 м.

Перевізник зобов'язаний доставити багаж у зазначений строк з урахуванням часу його перевантаження на шляху прямування. За запізнення доставки багажу перевізник сплачує штраф. Він же відповідає й за цілість

багажу в межах його вартості, а якщо багаж приймається для перевезення з оголошеною вартістю — то у межах останньої. Загальна сума оголошеної вартості зазначається у багажній квитанції.

До основних умов договору перевезення пасажирів належать:

а) найменування й місцезнаходження перевізника; б) вид і маршрут перевезення; в) вартість проїзду; г) час відправлення і час прибуття у пункт призначення.

Сторони в такому договорі користуються відповідними правами й обов'язками. Основний обов'язок перевізника полягає у тому, що він повинен забезпечити доставку пасажира в пункт призначення, а основний обов'язок пасажира — у сплаті перевізникові проїзної плати. Даним обов'язкам кореспондують певні права сторін договору. Так,

ст. 911 ЦК та відповідні норми транспортного законодавства містять перелік прав пасажирів, до яких, зокрема, належать:

- а) зайняти місце у транспортному засобі відповідно до вказаного у проїзному квитку;
- б) провозити із собою дітей безкоштовно або на пільгових умовах;
- в) провозити безкоштовно ручну поклажу в межах норм, встановлених транспортним законодавством;
- г) зробити не більше однієї зупинки у дорозі з подовженням дійсності проїзних документів до десяти діб, а у випадку хвороби — на весь її строк;
- д) відмовитися від поїздки, повернути квиток і одержати повну або часткову його вартість згідно з правилами перевезення на відповідному виді транспорту тощо.

Перевізник, у свою чергу, має право: а) обмежувати або припиняти перевезення у випадках стихійного лиха, епідемії, епізоотії або іншої непередбаченої ситуації; б) вимагати від пасажира дотримання правил поведіння громадян на відповідному виді транспорту і правил протипожежної безпеки; в) відмовити пасажиру в проїзді у разі пред'явлення недійсного проїзного квитка; г) випроводити пасажира з проїзного засобу (рухомого состава) у випадках, передбачених правилами перевезення; д) відмовити пасажирів у поверненні платежів за недійсний проїзний документ у випадках, передбачених правилами, та ін.

Договір чартеру (фрахтування). За даним договором одна сторона (фрахтівник) зобов'язується надати іншій (фрахтувальникові) за плату всю або частину місткості одного чи декількох транспортних засобів на один або декілька рейсів для перевезення пасажирів, вантажів, багажу, пошти чи з іншою метою, якщо це не суперечить закону або іншим нормативно-правовим актам (ст. 912 ЦК). Порядок укладення чартерного договору (фрахтування), а також його форма встановлюються транспортними кодексами (статутами). Цей вид договору застосовується на морському й повітряному транспорті (статті 133, 134 КТМ, ст. 61 ПК). Вони мають низку специфічних особливостей, обумовлених насамперед характером і видом перевезень.

Договір чартеру (фрахтування) є *двостороннім, оплатним і консенсуальним*. При перевезенні вантажу на умовах надання відправникові всього корабля, його частини або окремих певних суднових приміщень укладається особливий договір щодо фрахтування судна — рейсовий чартер. Може бути укладений договір перевезення вантажу і без надання відправникові відповідної частини корабля, якщо такий вантаж перевозиться невеликими партіями або поштучно.

Основними документами, що підтверджують наявність і зміст договору морського перевезення вантажу, є: 1) рейсовий чартер; 2) коносамент — якщо договір не передбачає умов рейсового чартеру та інші письмові докази. Правовідносини між перевізником і одержувачем вантажу визначаються коносаментом, котрий після прийняття вантажу до перевезення перевізник або капітан судна зобов'язаний видати відправникові, що є доказом прийняття ним вантажу до перевезення. Коносамент складається за встановленою законом формою на підставі підписаного відправником документа, який містить всі необхідні дані для його заповнення і є товарно-розпорядчим документом та цінним папером. Коносамент підписується тільки капітаном судна або

іншим представником перевізника, а вантажовідправник коносамент не підписує. Коносаменти поділяються на іменні, ордерні та на пред'явника.

До основних умов договору чартеру (фрахтування) відносять: а) найменування судна, якщо вантаж прийнято для перевезення; б) найменування перевізника; в) назву місця прийняття або навантаження вантажу; г) найменування відправника; д) найменування одержувача вантажу (іменний коносамент) або без найменування (ордерний коносамент чи коносамент на пред'явника); е) найменування вантажу, його маркування, кількість місць або кількість відповідної міри (маси, об'єму), а у деяких випадках з описом його зовнішнього вигляду й особливостей; є) фрахт або інші належні перевізникові платежі; ж) вказівку на час й місце видачі коносаменту тощо. Особливості предмета цивільно-правового зобов'язання за таким договором визначають і специфіку прав та обов'язків сторін — його учасників.

Доставлений вантаж здається зазначеному в коносаменті одержувачеві. Якщо для перевезення вантажу було надано не все судно і у порту призначення одержувач не отримав вантаж, не розпорядився ним або відмовився від нього, перевізник вправі здати вантаж на зберігання на склад чи в інше надійне місце за рахунок і на ризик відправника вантажу, повідомивши його про це. Якщо для перевезення вантажу було зафрахтовано все судно, капітан у разі неявки одержувача у порту призначення або відмови його від прийняття вантажу зобов'язаний негайно сповістити про це відправника. Розвантаження і здача вантажу на склад провадяться капітаном лише після закінчення термінів розвантаження й контрсталійного (понад обумовлений договором) часу, а також за умови, що протягом цього строку не надійшло іншого розпорядження від відправника. Якщо протягом двох місяців з дня прибуття судна у порт зданий на збереження вантаж не буде витребуваний і відправник не оплатить усі необхідні для перевезення суми, перевізник має право продати цей вантаж (ст. 167 КТМ).

Винагорода, яка сплачується за договором перевезення морським транспортом, називається фрахтом. Її розмір визначається або за встановленим тарифом, або за згодою сторін. Усі належні перевізникові платежі сплачуються відправником (фрахтувальником). Проте у випадках, передбачених домовленістю між відправником (фрахтувальником) і перевізником, припускається переказ платежів на одержувача. Так, відповідно до ст. 163 КТМ при прийнятті вантажу одержувач зобов'язаний відшкодувати витрати, які поніс перевізник, за рахунок вантажу, внести плату за простій судна у порту розвантаження, а також сплатити фрахт і плату за простій у порту навантаження, якщо це передбачено коносаментом або іншим документом, на підставі якого перевозився вантаж.

Перевезення у прямому змішаному сполученні. Перевезення пасажирів, вантажу, багажу й пошти може здійснюватися декількома видами транспорту за єдиним транспортним документом, складеним на весь шлях слідування. Взаємовідносини перевізників у процесі такого перевезення за єдиним документом різними видами транспорту визначаються законодавством і відповідними договорами (вузловими угодами) між перевізниками, розроблення та укладення яких здійснюється в порядку, встановленому Кабінетом Міністрів України. Отже, перевезення пасажирів, вантажу, багажу й пошти від пункту відправлення до пункту призначення за участю не менше двох видів транспорту за одним перевізним документом, складеним на весь шлях прямування, називається прямим змішаним перевезенням. Таке перевезення регулюється транспортними статутами, кодексами, законами України, а також Правилами перевезень у прямому змішаному сполученні (розділ 5 СЗУ, ст. 56 Закону «Про автомобільний транспорт», ст. 13 КТМ, Правила перевезення вантажів у прямому змішаному залізнично-водному сполученні від 28 травня 2002 р. тощо). Зокрема, відповідно до ст. 106 САТ УРСР автомобільний транспорт загального користування здійснює перевезення вантажів, пасажирів, багажу в тісній взаємодії з іншими видами транспорту — залізничним, морським, річковим, повітряним, організовуючи систему прямих змішаних сполучень: автомобільно-залізничних, автомобільно-водних, автомобільно-водно-залізничних, автомобільно-повітряних та інших сполучень.

При прямих змішаних перевезеннях перевізник пункту відправлення укладає договір перевезення від свого імені й одночасно від імені інших перевізників, котрі беруть участь у перевезенні як їх законний представник. У силу цього виникає зобов'язання з множинністю осіб на стороні перевізника. При цьому кожен перевізник виконує його на ділянці свого шляху з урахуванням меж своєї діяльності, а саме цивільно-правове зобов'язання є частковим.

Вантажі мають бути придатні не тільки для перевезення, а й для перевантаження з одного виду транспорту на інший. Тому не приймаються до перевезення вантажі, які перевозяться шляхом наливу, вибухові й сильнодіючі отруйні речовини (ст. 83 СЗУ).

При прямих змішаних перевезеннях термін перевезення визначається за сукупністю термінів доставки різними видами транспорту з урахуванням також часу, відведеного на перевантаження. Він розраховується на підставі Правил, що діють на певних видах транспорту.

Під час прямого змішаного перевезення вантажів відправник сплачує плату за перевезення тому перевізникові, який прийняв вантаж до перевезення, а одержувач — усім іншим перевізникам.

Досить важливим є питання стосовно відповідальності за порушення умов договору перевезення у прямому змішаному сполученні, зокрема, про те, хто з перевізників відповідає за прийнятий до перевезення вантаж. Відповідальність за цілісність вантажу до моменту фактичної його передачі лежить на стороні, яка здає вантаж, а після фактичної передачі — на тій, котра його приймає. Передача вантажу, багажу, пошти у пункті перевантаження від одного перевізника другому проводиться за передаточною відомістю, складеною перевізником, який передає вантаж, і підписується перевізником, який його здає і приймає. У разі виявлення при передачі недоліків (вад) у переданому об'єкті перевезення складається комерційний акт.

Вантажі у прямому змішаному сполученні приймаються до перевезення відповідно до плану, затвердженого у встановленому порядку на підставі замовлення й договорів на організацію перевезень (ст. 81 СЗУ, ст. 109 САТ УРСР).

Довгостроковий договір. При здійсненні систематичних перевезень власник (володілець) вантажу і перевізник можуть укласти довгостроковий договір, що у теорії і на практиці прийнято називати *договором про організацію перевезень вантажів*. За даним договором перевізник вантажу зобов'язується у встановлені строки приймати, а власник — передавати для перевезення вантаж у встановленому обсязі. У договорі про організацію перевезення вантажів визначаються терміни й умови надання транспортних засобів і пред'явлення вантажів для перевезення, порядок розрахунків, а також інші умови організації систематичного перевезення (ст. 914 ЦК).

За правовою природою такі договори є *двосторонніми, оплатними і консенсуальними*. Вони застосовуються на всіх видах транспорту. Особливе значення для безперебійної роботи транспорту має місячне планування перевезення вантажів. Так, планування перевезення вантажів залізницею здійснюється на підставі заявок, розроблених виробниками продукції, а також її власниками (Тимчасове положення про порядок місячного планування перевезень вантажів залізничним транспортом України від 2 березня 1995 р.).

Перевезення транспортом загального користування. Договір перевезення транспортом загального користування є публічним (ч. 2 ст. 915 ЦК). З урахуванням цього до нього застосовуються уніфіковані норми, що містяться у ст. 633 ЦК, а також спеціальні правила ст. 915 ЦК, які конкретизують окремі загальні положення про такий договір з урахуванням специфіки перевезення.

Об'єктами перевезення транспортом загального користування можуть бути пасажирів, вантажі, багаж і пошта. Суб'єктом договору з боку перевізника може виступати юридична особа, яка одержала ліцензію у встановленому законодавством порядку на здійснення перевезення. Так, згідно зі ст. 40 Закону «Про автомобільний транспорт» пасажирським перевізником має право бути суб'єкт підприємницької діяльності,

який за законодавством відповідно до ліцензії може надавати послуги за договором перевезення пасажирів автомобільним транспортом загального користування, що використовується на законних підставах. Відносини пасажирського перевізника автобусного маршруту загального користування з власниками автовокзалів та автостанцій визначаються договором, який укладається в обов'язковому порядку і передбачає право перевізника укласти від їх імені договір з пасажиром про перевезення. Предметом договору пасажирського перевізника з власниками автовокзалів та автостанцій є надання послуг, пов'язаних з відправленням і прибуттям пасажирів автобусних маршрутів загального користування (крім міських) відповідно до розкладу прямування.

§ 3. Відповідальність сторін за договором перевезення

Відповідальність сторін за договором перевезення будується за принципом вини, виходячи з презумпції вини зобов'язаної сторони. При цьому сторони такого договору не вправі своєю угодою змінювати встановлену законодавством цивільно-правову відповідальність. Відповідальність за цими договорами диференціюється залежно від об'єктів перевезення. Так, на відміну від загальних положень цивільно-правової відповідальності у ЦК України та транспортному законодавстві в першу чергу передбачена відповідальність перевізника за втрату, нестачу, псування або пошкодження вантажу, вантажобагажу та багажу. За незбереження (втрату, нестачу, псування або пошкодження) прийнятого до перевезення вантажу, багажу, вантажобагажу перевізник відповідає у межах фактично понесених збитків (крім неотриманих доходів) у випадку втрати вантажу або у формі виключної неустойки, наприклад, за прострочення доставки вантажу, якщо не доведе, що це відбулося з незалежних від нього причин (ст. 924 ЦК, ст. 113 СЗУ, ст. 68 Закону «Про автомобільний транспорт»). Так, за втрату або нестачу вантажу перевізник відповідає у розмірі дійсної вартості втраченого вантажу чи його нестачі; за втрату вантажу, який був зданий до перевезення з оголошеною вартістю, — у розмірі оголошеної вартості, а якщо залізниця доведе, що оголошена вартість перевищує дійсну, — у розмірі дійсної вартості; за псування і пошкодження вантажу — у розмірах тієї суми, на яку було знижено його вартість. Втрата вантажу — це не лише фізична загибель, знищення або крадіжка вантажу, прийнятого до перевезення. Згідно зі ст. 919 ЦК України вантаж, не виданий одержувачу на його вимогу протягом тридцяти днів після спливу строку його доставки, якщо більш тривалий строк не встановлений договором, транспортними кодексами (статутами), а відповідно до ст. 117 СЗУ відправник або одержувач має право вважати вантаж втраченим, якщо вантаж не було видано одержувачу на його вимогу протягом 30 днів з моменту закінчення строку доставки. Стосовно до ст. 140 САГ вантаж вважається втраченим, якщо він не був виданий: при міському, приміському перевезенні протягом 10 днів з дня прийняття вантажу, при міжміському перевезенні — протягом 30 днів, а при перевезенні в прямому змішаному сполученні — по закінченні 4-х місяців з дня прийняття вантажу до перевезення. Необхідно зазначити, що ст. 923 ЦК України передбачає відшкодування збитків за прострочення доставки вантажу, якщо інші форми відповідальності не встановлені договором, транспортними кодексами (статутами). Відповідно ж до ст. 116 СЗУ за несвоєчасну доставку вантажів залізниця сплачує одержувачу штраф (якщо не доведе, що прострочення сталося не з її вини). Транспортне законодавство передбачає примірний перелік обставин (причин), що звільняють перевізника від відповідальності, якщо він доведе їх існування. Крім того, ЦК України і транспортним законодавством передбачена відповідальність за порушення договорів про організацію перевезень вантажів, зокрема відповідальність перевізника за ненадання транспортних засобів і відправника за невикористання наданого транспортного засобу (ст. 921 ЦК). Відправник відповідає за

невчасну сплату провізної плати та інших належних перевізникові платежів. Одержувач відповідає за невчасне розвантаження транспортних засобів на своїх під'їзних коліях і на коліях загального користування, якщо це передбачено договором перевезення, а також за нахождення вантажів понад строк безкоштовного нахождення у зазначених пунктах. У разі здавання одержувачем, портом після вивантаження неочищеного рухомого складу або контейнерів одержувач, порт сплачують залізниці штраф у розмірі, передбаченому ст. 123 СЗУ. Відправник також відповідає за наслідки недоліків тари і внутрішньої упаковки, які призвели до бою, пошкодження, деформації, протікання, псування вантажу, порушення термінів доставки, за додаткові витрати у пунктах перевалки на підготовку вантажу для подальшого перевезення або його реалізації. Перевізник відповідає за затримку відправлення пасажирів, вантажу, вантажобагажу і багажу, а також за порушення строків їх доставки в пункт призначення (ст. 922 ЦК).

Питання для самоконтролю

1. Поняття та загальна характеристика договору перевезення.
2. Нормативно-правове регулювання правовідносин за договором перевезення.
3. Види договорів перевезення.
4. Права та обов'язки сторін за договорами перевезення.
5. Правова характеристика договорів перевезення вантажів.
6. Перевізні документи та їх юридичне значення.
7. Договір перевезення пасажирів і багажу.
8. Договір перевезення у прямому змішаному сполученні.
9. Цивільно-правова відповідальність за порушення транспортних договорів.

ГЛАВА 47

ДОГОВІР ТРАНСПОРТНОГО ЕКСПЕДИРУВАННЯ

§ 1. Поняття та загальна характеристика договору транспортного експедирування

Правова природа транспортного експедирування була предметом обговорення радянських учених-цивілістів протягом довгого часу. Найбільш бурхливі дискусії про природу договору транспортної експедиції відбувалися в 70-ті рр.³¹⁷

Деякі автори не згодні були із включенням договору транспортної експедиції до поняття транспортних договорів³¹⁸. Договору транспортної експедиції традиційно відводилася вузька допоміжна роль у перевезенні вантажів³¹⁹. Інакше й не могло бути, оскільки функцією транспорту було не стільки регулювання цивільного обороту, скільки раціоналізація розподілу матеріальних цінностей в умовах планової економіки. Хоча номінально транспортне право і належало до сфери цивілістики, фактично регулювання мало скоріше адміністративний характер.

Незважаючи на відмінності у поглядах вчених, радянська правова доктрина була одноголосна в тому, що договір експедиції істотно відрізняється від договору перевезення рядом ознак, зокрема: консенсуальною природою цього договору, допоміжним характером експедиції стосовно перевезення, посередницькою сутністю цього типу договору тощо.

На практиці операції з перевезення й експедиції були чітко розмежовані. Експедитор не міг бути визнаний перевізником за жодних умов.

О. С. Иоффе виділяв в окрему категорію договір повного транспортно-експедиційного обслуговування, зауважуючи, однак, що такі договори зустрічаються порівняно рідко³²⁰. За цим типом договору експедитор приймає на себе виконання всього циклу робіт із транспортування вантажу, діючи від свого імені.

Думки вчених вплинули на практику, тому що інститут експедиції законодавчо закріплений не був.

У французькому праві інститутом, що відповідає експедиції, є інститут транспортної комісії. Що ж являє собою інститут комісії на транспорті? По-перше, він відрізняється від власне договору комісії насамперед тим, що комісіонер повинен бути професіоналом, здійснювати повний цикл транспортування від відправника вантажу до вантажоодержувача й мати певну свободу у виборі маршруту й способу здійснення перевезень. На відміну від перевізника транспортний комісіонер не зобов'язується сам здійснювати перевезення. Комісіонер одержує від комітента відшкодування понесених збитків і винагороду. До того ж комісіонер має заставне право на перевезений вантаж³²¹.

Розвиток економічних відносин перш за все пов'язаний з рухом товарів, а тому відповідно зі здійсненням різноманітних перевезень. У свою чергу, перевезення як послуга може надаватися разом з додатковими послугами, зокрема забезпеченням відправки і одержанням вантажу, а також іншими послугами, які прямо не належать до власне перевезення, але пов'язані з ним. Ці специфічні послуги надаються численними комерційно-підприємницькими структурами, які займаються бізнесом, у тому числі у сфері транспортного експедирування. Автотранспортні підприємства чи спеціально створювані транспортно-експедиційні

³¹⁷ Див., наприклад: Иоффе, О. С. Обязательственное право [Текст] / О. С. Иоффе. – М. : Юрид. лит., 1975; Хаснутдинов, А. И. О соотношении договора экспедиции и договора на пересылку почтовой и телеграфной корреспонденции [Текст] / А. И. Хаснутдинов // Правоведение. – 1973. – № 3; Александров-Дальник, М. Содержание договора экспедиции [Текст] / М. Александров-Дальник // Сов. государство и право. – 1970. – № 11.

³¹⁸ Див.: Хаснутдинов, А. И. Понятие транспортного договора [Текст] / А. И. Хаснутдинов // Правоведение. – 1990. – № 3.

³¹⁹ Див.: Мартемьянов, В. Хозяйственное право [Текст] / В. Мартемьянов. – 1994. – Т. II. – С. 120.

³²⁰ Иоффе, О. С. Обязательственное право [Текст] / О. С. Иоффе. – М. : Юрид. лит., 1975. – С. 547–548.

³²¹ Див.: Якушев, В. Экспедитор и перевозчик в российском праве: прошлое, настоящее и будущее [Текст] / В. Якушев // Хозяйство и право. – 1996. – № 1. – С. 86.

організації беруть на себе весь комплекс операцій з відправлення вантажів залізничним, водним та повітряним транспортом, одержання від них вантажів і доставки їх одержувачам, проведення розрахунків за перевезення тощо. Відносини цих організацій з клієнтурою та іншими транспортними підприємствами оформлюються договором транспортного експедирування.

Смисл цього договору в тому, щоб звільнити відправника і одержувачів від виконання невласливих їм операцій з організації й супроводу процесу перевезення вантажу. Відповідно *основна функція*, покладена на експедитора, полягає в тому, щоб за дорученням клієнта відправляти або одержувати вантажі, а також надавати інші супутні цьому послуги.

Поширеність цих послуг обумовила закріплення в гл. 65 ЦК України договору транспортного експедирування як самостійного цивільно-правового договору.

Норми, що регламентують договір транспортного експедирування, містяться також у Господарському кодексі України та у Законі України «Про транспортно-експедиторську діяльність» від 1 липня 2004 р. Крім того, окремі питання, що виникають у ході здійснення транспортно-експедиторської діяльності, врегульовані законами України «Про транзит вантажів» від 20 жовтня 1999 р., «Про транспорт» від 10 листопада 1994 р., «Про залізничний транспорт» від 4 липня 1996 р., «Про автомобільний транспорт» від 5 квітня 2001 р., Кодексом торговельного мореплавства від 23 травня 1995 р., Правилами перевезення вантажів автомобільним транспортом в Україні, затвердженими наказом Міністерства транспорту України від 14 жовтня 1997 р., Статутом залізниць України, затвердженим постановою Кабінету Міністрів України від 6 квітня 1998 р. та нормативно-правовими актами, що видані відповідно до статуту залізниць, Статутом внутрішнього водного транспорту Союзу РСР, затвердженим постановою РМ СРСР від 15 жовтня 1955 р. та іншими актами законодавства України.

Відповідно до ч. 1 ст. 929 ЦК *за договором транспортного експедирування одна сторона (експедитор) зобов'язується за плату і за рахунок другої сторони (клієнта) виконати або організувати виконання визначених договором послуг, пов'язаних з перевезенням вантажу.*

Договір транспортного експедирування (від лат. *expeditio* — послання, відправлення) відносять до договорів про надання послуг. В юридичній літературі договори про надання послуг прийнято поділяти на такі категорії: 1) договори про надання юридичних послуг — тобто такі, які пов'язані зі встановленням, зміною або припиненням цивільних прав та обов'язків замовника та з наданням замовнику допомоги в реалізації належних йому прав або виконанні обов'язків (договори доручення, комісії); 2) договори з приводу надання фактичних послуг, тобто послуг, що споживаються в процесі їхнього надання і не пов'язані зі встановленням, зміною або припиненням прав та обов'язків замовника (договір зберігання); 3) договори з приводу надання послуг, що поєднують у собі ознаки юридичних та фактичних послуг (договір транспортного експедирування)³²². Як зазначає О. С. Кужко, юридичні та фактичні дії, які здійснює експедитор за договором транспортного експедирування, не створюють певного матеріального результату та не відокремлені від діяльності експедитора. Тобто договір транспортного експедирування належить до договорів про надання послуг, а саме послуг юридичного та фактичного характеру³²³.

Договір транспортного експедирування є *двостороннім, взаємним, оплатним та консенсуальним*.

Договір транспортного експедирування належить до *двосторонніх* договорів. Двостороннім він є тому, що експедитор зобов'язується виконати чи організувати виконання визначених договором транспортного

³²² Див.: Красавчиков, О. А. Советское гражданское право [Текст] : в 2 т. / О. А. Красавчиков. — М. : Высш. шк., 1968. — Т. 2. — С. 490.

³²³ Кужко, О. С. Особливості послуг, що надаються за договором транспортного експедирування [Текст] / О. С. Кужко // Хмельницький : Вид-во Хмельницького університету управління та права. — 2007. — № 1. — С. 148.

експедирування послуг за винагороду та за рахунок клієнта. Однак обов'язки останнього не обмежуються здійсненням оплати послуг експедитора, оскільки клієнт бере на себе також обов'язок надання експедитору документів та іншої необхідної інформації, зокрема, про властивості вантажу та умови перевезення. При цьому виконання експедитором свого обов'язку має відносно виконання обов'язку клієнта зустрічний характер (ч. 3 ст. 933 ЦК: у разі ненадання клієнтом документів та необхідної інформації експедитор має право відкласти виконання своїх обов'язків за договором транспортного експедирування до надання документів та інформації в повному обсязі).

Договір транспортного експедирування є *оплатним* договором. Частина 5 ст. 626 ЦК закріплює презумпцію оплатності цивільно-правового договору. *Оплатним* визнається договір, за яким сторона повинна одержати плату чи інше зустрічне надання за виконання своїх обов'язків. У свою чергу, зустрічне надання — це благо, що передається однією стороною іншій стороні у силу визначених, передбачених договором чи законом підстав³²⁴. Таким чином, експедитор за договором зобов'язаний надати клієнту транспортно-експедиційні послуги, а останній контрагенту — встановлену договором або законом плату за ці послуги.

Консенсуальний характер договору транспортного експедирування полягає в тому, що за указаним договором експедитор зобов'язується за винагороду й за рахунок іншої сторони виконати або організувати виконання визначених договором транспортного експедирування послуг, пов'язаних з перевезенням вантажу. Отже, зобов'язання виникають через самий факт підписання відповідної угоди між експедитором і клієнтом, законодавство ніяк не зв'язує момент виникнення вказаних правовідносин з необхідністю передачі вантажу експедитору, що могло б бути ознакою реального договору.

Щодо ознаки консенсуальності й реальності в теорії ведуться дискусії дотепер. Деякі автори характеризують даний договір як з погляду консенсуального характеру, так і реального, зазначаючи при цьому, що договір транспортного експедирування «може бути або консенсуальним, коли експедитор організує виконання експедиційних послуг, або реальним, коли він виконує їх із ввіреним йому вантажем (зокрема, коли експедитором виступає перевізник)»³²⁵. Таким чином, ознака реальності розуміється автором саме в тому ракурсі, що з переданням вантажу укладається договір. Але така думка перш за все суперечить самому визначенню договору транспортного експедирування, що дається в законодавстві (ч. 1 ст. 929 ЦК). Цей приклад підтверджує консенсуальний характер договору транспортного експедирування.

При наданні послуг експедитор вправі виступати від свого імені або від імені клієнта (абз. 2 ч. 1 ст. 929 ЦК). Не можна погодитися з думкою Є. М. Ворожейкіна про те, що експедитор завжди діє від імені клієнта³²⁶. Необхідно чітко розмежовувати два ряди правових відносин, у яких в різній якості може брати участь одна й та сама особа (наприклад, професійна експедиторська організація). Така організація має право від власного імені відправляти або одержувати вантажі, що належать іншим особам. Для цього вона укладає договір перевезення вантажу з перевізником і набуває стосовно нього статус сторони договору перевезення — відправника або, якщо мова йде про одержання вантажу, третьої особи, на користь якої укладений договір. У цьому випадку така особа вправі відправляти або одержувати вантаж від свого імені. Не виступаючи від

³²⁴ Див.: Новікова, В. В. Безоплатні договори у цивільному праві України [Текст] / В. В. Новікова. – Х. : Ксилон, 2008. – С. 17.

³²⁵ Див.: Гражданское право [Текст] : учебник : в 3 т. Т. 2. / Е. Ю. Валявина, И. В. Елисеєв и др. ; отв. ред. А. П. Сергеев, Ю. К. Толстой. – 4-е изд., перераб. и доп. – М. : ТК Велби : Проспект, 2004. – С. 479.

³²⁶ Ворожейкин, Е. М. Обязательство по транспортно-экспедиционному обслуживанию [Текст] / Е. М. Ворожейкин. – М., 1957. – С. 87–94.

імені клієнта, вона зберігає статус експедитора у відносинах з ним в іншому договорі — договорі експедиції, за умовами якого йому доручено відправляти або одержувати вантаж від свого імені.

Але можлива й інша ситуація, коли експедитор не вступає в договір перевезення вантажу й відправляє або одержує вантаж від імені клієнта. При такому положенні він виступає тільки як суб'єкт договору транспортного експедирування.

§ 2. Елементи договору транспортного експедирування

Сторонами договору транспортного експедирування є клієнт (кредитор) та експедитор (боржник). Однак ЦК не встановлює спеціальних вимог до сторін договору транспортного експедирування. Детальніше це питання врегульоване у Законі України «Про транспортно-експедиторську діяльність» від 1 липня 2004 р.³²⁷ Зокрема, вказаний Закон містить визначення понять клієнта та експедитора. Так, відповідно до ст. 1 Закону **клієнт** — це споживач послуг експедитора (юридична або фізична особа), який за договором транспортного експедирування самостійно або через представника, що діє від його імені, доручає експедитору виконати чи організувати або забезпечити виконання визначених договором транспортного експедирування послуг та оплачує їх, включаючи плату експедитору. Аналіз законодавства дає підстави зробити висновок, що клієнтом може бути як юридична, так і фізична особа. Хоча на практиці зазвичай клієнтами виступають саме юридичні особи або фізичні особи — підприємці, які мають необхідність у здійсненні систематичних перевезень. Клієнтом у договорі транспортного експедирування може бути як відправник, так і одержувач вантажу, а також інші особи: власник вантажу, перевізник та інші суб'єкти, інтереси яких пов'язані з перевезенням внаслідок наявності договірних відносин з відправником чи одержувачем вантажу. **Експедитор** (транспортний експедитор), у свою чергу, визначається як суб'єкт господарювання, який за дорученням клієнта та за його рахунок виконує або організовує виконання транспортно-експедиторських послуг, визначених договором транспортного експедирування. Таким чином, експедитором може бути лише юридична особа, яка спеціалізується у транспортно-експедиційному обслуговуванні та має організаційні, матеріально-технічні та інші передумови для надання транспортно-експедиційних послуг іншим учасникам цивільних відносин.

Експедиторська діяльність підпадає під регулювання п. 35 ст. 9 Закону України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності», відповідно до якого ліцензуванню підлягає здійснення господарської діяльності з надання послуг по перевезенню пасажирів, вантажів залізничним транспортом, якщо такі послуги надаються юридичними або фізичними особами (роз'яснення ВГСУ у листі від 25 жовтня 2000 р. № 01-8/570).

Ліцензування перевезень вантажів і пасажирів в Україні обумовлено насамперед специфікою цих послуг, надання яких повинне передбачати виконання правил екологічної, пожежної безпеки, схоронність перевезених вантажів, захист здоров'я людей, охорону праці, санітарно-епідеміологічне благополуччя населення й безпеку руху, особливо під час перевезення небезпечних вантажів. Мета ліцензування полягає в тому, щоб на ринку надання транспортних послуг працювали тільки ті підприємства, які можуть виконувати вимоги ліцензійних умов і гарантувати якість та безпеку при перевезеннях, забезпечити безпеку господарської діяльності на транспорті.

Отже, відповідно до чинного законодавства підприємства, що займаються експедируванням вантажів, а також виконують транспортні операції в інтересах клієнтів на залізничних коліях не загального

³²⁷ Відом. Верхов. Ради України. – 2004. – № 52. – Ст. 562.

користування, зобов'язані мати ліцензію на надання послуг з перевезення вантажів у частині організації перевезення вантажів і розрахунків за ці перевезення, але перевезення вантажів і виконання технологічних операцій, пов'язаних з перевізним процесом в інтересах самого підприємства, ліцензуванню не підлягає.

Від сторін договору транспортного експедирування необхідно відрізнити учасників транспортно-експедиторської діяльності. Коло останніх не обмежується лише експедитором та клієнтом, оскільки до нього належать усі особи, задіяні у процесі перевезення вантажу, обслуговування якого здійснюється на підставі договору транспортного експедирування.

Закон України «Про транспортно-експедиторську діяльність» до учасників транспортно-експедиторської діяльності відносить клієнтів, перевізників, експедиторів, транспортних агентів, порти, залізничні станції, об'єднання та спеціалізовані підприємства залізничного, авіаційного, автомобільного, річкового та морського транспорту, митних брокерів та інших осіб, що виконують роботи (надають послуги) при перевезенні вантажів.

Предметом договору транспортного експедирування є транспортно-експедиційні послуги. Відповідно до ст. 1 Закону України «Про транспортно-експедиторську діяльність» *транспортно-експедиторська послуга* — це робота, що безпосередньо пов'язана з організацією та забезпеченням перевезень експортного, імпортного, транзитного або іншого вантажу за договором транспортного експедирування. Наведене визначення має ряд недоліків. У цивільному праві визначається, що послуги та результати робіт — це окремі об'єкти цивільних прав (ст. 177 ЦК). Традиційно розмежування між роботами та послугами прийнято проводити за критерієм наявності чи відсутності уречевленого результату. Такий поділ бере свій початок ще в римському праві, в якому застосовувалося два окремих види договорів: договір найму послуг (*locatio-conductio operarum*) і договір найму робіт (*locatio-conductio operas*).

За договором транспортного експедирування експедитор вчиняє комплекс дій, пов'язаних із перевезенням вантажу. Для цих дій характерною є відсутність уречевленого результату, а їх корисний ефект полягає у задоволенні потреб клієнта в організації перевезення. Отже, такі дії слід відносити саме до послуг, а не до робіт. Тому визначення транспортно-експедиторських послуг у запропонованій Законом редакції, тобто визначення їх через категорію «роботи», є неправильним, оскільки призводить до змішування різних понять.

Таким чином, предметом договору транспортного експедирування є саме послуги, які пов'язані з перевезенням вантажу та спрямовані на організацію чи забезпечення перевезення вантажу протягом усього етапу або на окремій його стадії (транспортно-експедиторські послуги)³²⁸.

Послуги, що надаються експедитором, поділяються на основні та додаткові. До основних послуг належить організація перевезення вантажу транспортом, включаючи укладення договорів. До додаткових послуг відносять ті, що охоплюють інші питання, пов'язані з перевезенням вантажу.

Закон України «Про транспортно-експедиторську діяльність» містить такий перелік послуг експедитора: забезпечення оптимального транспортного обслуговування, а також організація перевезення вантажів різними видами транспорту територією України та іноземних держав відповідно до умов договорів; фрахтування національних, іноземних суден та залучення інших транспортних засобів і забезпечення їх подачі в порти та на залізничні станції, у склади, термінали або інші об'єкти для своєчасного відправлення вантажів; здійснення робіт, пов'язаних з прийманням, накопиченням, подрібненням, доробкою, сортуванням, складуванням, зберіганням, перевезенням вантажів; ведення обліку надходження та відправлення вантажів; організація охорони вантажів під час їх перевезення, перевалки та зберігання; організація експертизи вантажів; здійснення оформлення товарно-транспортної документації; надання в установленому законодавством порядку учасникам

³²⁸ Див.: Луцик, М. Предмет договору транспортного експедирування [Текст] / М. Луцик // Підприємництво, госп-во і право. — 2007. — № 12. — С. 43.

транспортно-експедиторської діяльності заявки на відправлення вантажів та наряди на відправлення; забезпечення виконання комплексу заходів з відправлення вантажів, що надійшли в некондиційному стані, з браком, у пошкодженій, неміцній, нестандартній упаковці або такій, що не відповідає вимогам перевізника; здійснення страхування вантажів та своєї відповідальності; забезпечення підготовки та додаткового обладнання транспортних засобів і вантажів згідно з вимогами нормативно-правових актів щодо діяльності відповідного виду транспорту; забезпечення оптимізації руху матеріальних потоків від вантажовідправника до вантажоодержувача з метою досягнення мінімального рівня витрат; здійснення розрахунків з портами, транспортними організаціями за перевезення, перевалку, зберігання вантажів; оформлення документів та організація робіт відповідно до митних, карантинних та санітарних вимог та надання інших допоміжних та супутніх перевезенням транспортно-експедиторських послуг, що передбачені договором транспортного експедирування і не суперечать законодавству.

Ціна у договорі транспортного експедирування визначається за домовленістю сторін. Винагорода експедитора визначається, як правило, на підставі встановлених ним тарифів на ті чи інші послуги. Винагороду, що виплачується експедитору, слід відрізнити від компенсації витрат, понесених останнім при здійсненні своєї діяльності

(з оплати провізної плати, здійснення платежів на зберігання вантажу тощо). Якщо в договорі ціна не встановлена, вона визначається виходячи із звичайних цін, що склалися на аналогічні послуги на момент укладення договору (ч. 4 ст. 632 ЦК).

Строк договору транспортного експедирування визначається за домовленістю сторін у договорі. Він може бути нетривалим, необхідним для виконання разового експедиційного доручення. Проте поширена ситуація, коли сторони укладають договір транспортного експедирування на тривалий строк. В останньому випадку договір, як правило, містить загальні умови транспортного експедирування, які конкретизуються у заявках клієнта, де зазначаються найменування вантажу, його характеристики, точний перелік послуг експедитора, що потрібні для доставки саме цього вантажу, а також окремі умови такої доставки (її строк, адреса вантажоодержувача і т. п.).

Згідно зі ст. 9 Закону України «Про транспортно-експедиторську діяльність» договір транспортного експедирування укладається *в письмовій формі*. Водночас відповідно до ч. 1 ст. 218 ЦК недодержання сторонами письмової форми правочину, яка встановлена законом, не має наслідком його недійсність, крім випадків, встановлених законом. Оскільки законодавство України не встановлює такого наслідку, недотримання письмової форми договору транспортного експедирування не тягне за собою його недійсність. Заперечення однією зі сторін факту укладення договору або оспорювання окремих його частин може доводитися письмовими доказами, засобами аудіо- відеозапису та іншими доказами. Проте рішення суду не може ґрунтуватися на показаннях свідків. Якщо договір транспортного експедирування не було укладено, а послуги фактично були надані, факт надання послуги експедитора може підтверджуватися транспортними документами.

Перевезення вантажів супроводжується товарно-транспортними документами, складеними мовою міжнародного спілкування залежно від обраного виду транспорту або державною мовою, якщо вантажі перевозяться в Україні.

Такими документами можуть бути:

- авіаційна вантажна накладна;
- міжнародна автомобільна накладна (СМК);
- накладна СМГС (накладна УМВС);
- коносамент;

- накладна ЦІМ (СІМ);
- вантажна відомість;
- інші документи, визначені законами України.

Факт надання послуги експедитора при перевезенні підтверджується єдиним транспортним документом або комплектом документів (залізничних, автомобільних, авіаційних накладних, коносаментів тощо), які відображають шлях прямування вантажу від пункту його відправлення до пункту його призначення (ст. 9 Закону України «Про транспортно-експедиторську діяльність»).

Відповідно до ч. 1 ст. 207 ЦК письмова форма договору транспортного експедирування вважатиметься дотриманою, якщо його зміст зафіксований в одному або кількох документах, у листах, телеграмах, якими обмінялися сторони, або якщо воля сторін виражена за допомогою телетайпного, електронного або іншого технічного засобу зв'язку.

§ 3. Права та обов'язки сторін

Зміст договору транспортного експедирування становлять права та обов'язки його сторін. Зміст ст. 929 ЦК дає підстави для висновку, що законодавець поділяє обов'язки експедитора на основні та додаткові. *Основними обов'язками експедитора* є організація перевезення вантажу транспортом і за маршрутом, обраним експедитором або клієнтом; укладення від свого імені або від імені клієнта договору перевезення вантажу; забезпечення відправки і одержання вантажу. *Додатковими обов'язками* є перевірка кількості та стану вантажу; його завантаження та вивантаження; сплата мита, зборів і витрат, покладених на клієнта; зберігання вантажу до його одержання у пункті призначення; одержання необхідних для експорту та імпорту документів; виконання митних формальностей тощо. Договором транспортного експедирування можуть бути передбачені й інші обов'язки експедитора, а саме: передача перевізникові заявок клієнта, перевірка правильності заповнення клієнтом транспортних документів, одержання дозволу на завезення вантажу до відправлення, приймання вантажу від клієнта, доставка та передача його перевізникові, укладення договорів перевезення, страхування вантажу, здійснення контролю за рухом вантажу і т. п.

Обов'язками клієнта є: своєчасно надати експедитору повну, точну і достовірну інформацію щодо найменування, кількості, якості та інших характеристик вантажу, його властивостей, умов його перевезення, іншу інформацію, необхідну для виконання експедитором своїх обов'язків за договором транспортного експедирування; документи, що стосуються вантажу, які потрібні для здійснення митного, санітарного та інших видів державного контролю і нагляду; забезпечити безпечні умови перевезення вантажу; сплатити належну плату експедитору; відшкодувати документально підтвержені витрати, понесені експедитором в інтересах клієнта, та інші обов'язки, що будуть передбачені договором.

Сторони у договорі транспортного експедирування мають ряд прав. *Експедитор має право*: обирати або змінювати вид транспорту та маршрут перевезення; обирати або змінювати порядок перевезення вантажу, порядок виконання транспортно-експедиторських послуг, діючи в інтересах клієнта; відступати від вказівок клієнта; на винагороду за надані послуги; на відшкодування додаткових витрат; притримувати вантаж, що перебуває в його володінні, до моменту сплати експедитору і відшкодування витрат (якщо такі матимуть місце і будуть підтвержені документально); не приступати до виконання обов'язків до отримання від клієнта всіх необхідних документів та іншої інформації, необхідної для виконання експедитором обов'язків, передбачених договором; залучити до виконання своїх обов'язків інших осіб.

У свою чергу, *клієнт має право*: визначити маршрут прямування вантажу та вид транспорту; вимагати від експедитора надання інформації про хід перевезення вантажу; давати вказівки експедитору, які не суперечать договору та документам, наданим експедитору; змінювати маршрут доставки вантажу і кінцевого

вантажодержувача, завчасно повідомивши про це експедитора, з відшкодуванням витрат на зміну маршруту відповідно до умов укладеного договору. Договором транспортного експедирування можуть бути передбачені й інші права як експедитора, так і клієнта.

§ 4. Припинення договору транспортного експедирування. Цивільно-правова відповідальність сторін

Припинення договору транспортного експедирування можливе на загальних підставах, передбачених ЦК, а саме: шляхом виконання (ст. 599 ЦК), переданням відступного (ст. 600 ЦК), зарахуванням (ст. 601 ЦК), домовленістю сторін (ст. 604 ЦК), прощенням боргу (ст. 605 ЦК) тощо. Особливість даного договору в тому, що його сторони наділені правом односторонньої відмови від договору, попередивши про це другу сторону в розумний строк. Сторона, яка заявила про таку відмову, зобов'язана відшкодувати другій стороні збитки, завдані їй у зв'язку з розірванням договору (ст. 935 ЦК).

ЦК не дає обгрунтованої відповіді стосовно односторонньої відмови, а саме хто зі сторін має право на односторонню відмову. Деякі вчені зазначають, що одностороння відмова може бути визнана обгрунтованою лише відносно тих договорів транспортного експедирування, по яких експедитор вступає в правовідносини з перевізником та іншими третіми особами від імені клієнта й на основі доручення останнього. У тих же випадках, коли експедитор укладає договори перевезення, здійснює інші правочини й юридичні дії від свого імені в поєднанні з фактичними діями — операціями й послугами (зберігання вантажу, його навантаження й вивантаження й т. п.), договір транспортного експедирування втрачає представницький характер і набуває вигляду звичайного договору з оплатного надання послуг³²⁹. З такою думкою важко погодитися, оскільки: 1) договір транспортного експедирування містить ознаки як фактичного, так і юридичного характеру, тому не можна вказувати, що коли дії експедитора мають фактичний характер, то дані дії не врегульовані договором транспортного експедирування, а будуть розглядатися як договір про надання оплатних послуг; 2) навіть якщо погодитися з даною точкою зору й поділити в такий спосіб надані послуги, то в кожному разі в ЦК закріплена одностороння відмова від договору, тобто одностороння відмова можлива як у главі транспортного експедирування, так і в загальній главі (до якої відсилають автори) про надання послуг. Отже, наше законодавство надає право і експедитору, що здійснює послуги як від свого імені, так і від імені клієнта, і клієнтові в будь-який момент відмовитися від договору і тим самим визнати даний договір розірваним.

Відповідальність сторін за договором транспортного експедирування встановлена ст. 14 Закону України «Про транспортно-експедиторську діяльність» та ЦК. Відповідальність сторін за договором може бути як прямою, так і регресною. Це пов'язано з тією обставиною, що експедитор є посередником між відправником, перевізником і одержувачем, тому порушення ним умов договору, може привести до відповідальності як клієнта перед перевізником, так і експедитора перед перевізником (за умови, що це не одна особа). Експедитор відповідає перед клієнтом за кількість місць, вагу, якщо проводилося контрольне зважування в присутності представника перевізника, що зафіксовано його підписом, відповідність пакування даним товарно-

³²⁹ Див.: Брагинский, М. И. Договорное право [Текст]. Кн. 4. Договоры о перевозке, буксировке, транспортной экспедиции и иных услугах в сфере транспорта / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский (2-й завод). – М. : Статут, 2004. – С. 733.

транспортних документів, які завірені підписом представника перевізника, якщо інше не встановлено договором транспортного експедирування.

За невиконання чи неналежне виконання обов'язків, що передбачені договором та Законом, експедитор та клієнт несуть відповідальність згідно із законодавством України та договором транспортного експедирування. Залежно від характеру порушень, відповідальність за договором транспортного експедирування може мати місце як у формі сплати неустойки, так і відшкодування збитків. Наприклад, у разі порушення клієнтом обов'язку щодо надання документів та інформації про властивості вантажу, умови його перевезення, а також інформації, необхідної для виконання експедитором своїх обов'язків, клієнт відповідає за збитки, завдані експедиторові (ч. 4 ст. 933 ЦК). Також сторона, яка заявила відмову від договору транспортного експедирування, зобов'язана відшкодувати другій стороні збитки, завдані їй у зв'язку із розірванням договору (ст. 935 ЦК). Відповідно до ст. 934 ЦК за порушення зобов'язань за договором транспортного експедирування експедитор відповідає перед клієнтом відповідно до гл. 51.

За дії та недогляд третіх осіб, залучених ним до виконання договору транспортного експедирування, експедитор несе відповідальність у тому ж порядку, що й за власні дії.

Особливості відповідальності експедиторів та клієнтів на окремих видах транспорту також встановлюються транспортними статутами та кодексами. Так, п. 105 Статуту залізниць України, зокрема, вказується, що експедиторські організації несуть матеріальну відповідальність за перевезення у межах і розмірах, передбачених цим Статутом та окремими договорами.

Питання для самоконтролю

1. Поняття та загальна характеристика договору транспортного експедирування.
2. Права та обов'язки сторін за договором транспортного експедирування.
3. Особливості договору транспортного експедирування.
4. Співвідношення договору транспортного експедирування та договору перевезення вантажу.
5. Відповідальність сторін за договором транспортного експедирування.

ГЛАВА 48

ДОГОВІР ЗБЕРІГАННЯ

§ 1. Загальні положення про зберігання

Договір зберігання має широке застосування у цивільному обороті. Він укладається у випадках, коли у власника або іншої особи, яка правомірно володіє належним йому майном, виникає потреба в отриманні з боку інших осіб послуг по забезпеченню його схоронності. Послуги по зберіганню чужих речей можуть надаватись як

при здійсненні підприємницької діяльності, так і у межах інших (зокрема, побутових) відносин. *За договором зберігання одна сторона (зберігач) зобов'язується зберігати річ, що передана їй другою стороною (поклажодавцем), і повернути її відповідно до його умов у схоронності.*

Особливості правового регулювання договірних відносин, які виникають при наданні послуг по забезпеченню збереження чужого майна, обумовлюють специфіку правової характеристики договору зберігання. Аналіз положень ст. 939 ЦК свідчить про те, що договір зберігання може бути як *реальним*, так і *консенсуальним*. Договір є реальним, якщо виникнення договірних відносин поставлено сторонами у залежність від факту передачі речей зберігачу на зберігання. Коли сторони визначають можливість (саме можливість, а не обов'язок поклажодавця) передачі речей на зберігання після його укладення, тобто у майбутньому, — договір є консенсуальним. Як правило, такий договір укладається тоді, коли на стороні зберігача виступає особа, яка надає послуги по забезпеченню зберігання чужих речей, здійснюючи підприємницьку діяльність (професійний зберігач).

Положення ст. 946 ЦК визначають можливість укладення договору зберігання як *безоплатного* або *оплатного*. Це, у свою чергу, визначає його *односторонній* або *двосторонній* (взаємний) характер відповідно. Якщо договір укладається як безоплатний, обов'язок повернути річ, що була предметом зберігання, виникає лише у зберігача, тому договір є одностороннім. Встановлення у договорі зустрічного обов'язку поклажодавця оплатити послуги зберігача обумовлює його двосторонній характер. Обов'язок зберігати річ на оплатних або безоплатних засадах може виникати не тільки з договору, але й на підставі положень актів цивільного законодавства. Наприклад, продавець зобов'язаний зберігати проданий товар, не допускаючи його погіршення, якщо право власності на нього переходить до покупця раніше його передання (ст. 667 ЦК). У свою чергу покупець зобов'язаний відшкодувати необхідні для цього витрати, якщо інше не встановлено договором. Таким чином, такі послуги за загальним правилом є оплатними, але договором між продавцем та покупцем може визначатися їх безоплатний характер.

Договір, умови якого не містять домовленості сторін щодо оплати послуг зберігача, найчастіше укладається між фізичними особами у межах відносин, що не є підприємницькими. Договір зберігання за загальним правилом є строковим договором (ст. 938 ЦК). Якщо строк зберігання у ньому не встановлений і не може бути визначений виходячи з його умов, зберігач зобов'язаний зберігати річ до пред'явлення поклажодавцем вимоги про її повернення. Якщо строк зберігання речі визначений моментом пред'явлення поклажодавцем вимоги про її повернення, зберігач має право зі спливом звичайного за цих обставин строку зберігання вимагати від поклажодавця забрати цю річ у розумний строк.

Сторонами договору зберігання є поклажодавець і зберігач, якими можуть бути будь-які фізичні та юридичні особи. Виняток становлять випадки здійснення зберігання на засадах підприємницької діяльності, яку може здійснювати тільки професійний зберігач (ч. 2 ст. 936 ЦК). В останньому випадку прийняття речі на зберігання визначається як його обов'язок (ст. 940 ЦК). Зокрема, професійний зберігач, який зберігає речі на складах (у камерах схову, інших пристосованих для їх зберігання приміщеннях) загального користування, не має права відмовитися від укладення договору зберігання за наявності у нього такої можливості.

Зберігач у будь-якому випадку повинен мати відповідні умови для забезпечення схоронності переданих на зберігання речей. У випадках, визначених актами цивільного законодавства, обов'язок зберігання речі може бути покладено на одну зі сторін договірних відносин, пов'язаних із розглядуваними. Так, положення ст. 1021 ЦК окремо визначають обов'язок комісіонера зберігати майно комітента. Виконання цього обов'язку не обов'язково може здійснюватися особисто комісіонером. У випадку відсутності умов для забезпечення схоронності майна комітента, наприклад, майно, яке надійшло для комітента відповідно до умов договору, громіздке і для нього у приміщенні комісіонера не вистачає місця, воно може бути передане

останнім на зберігання професійному зберігачу. Суб'єкт обов'язку оплати його послуг визначається договором комісії, а у разі виникнення спору — судом.

Поклаждодавцем, як правило, виступає власник майна. Однак ним може бути також особа, якій власник передав майно на підставах, визначених актами цивільного законодавства. Майно може бути передане поклаждодавцю власником у довірче управління за договорами майнового найму (оренди), позички тощо. Передача майна на зберігання є правом, а не обов'язком поклаждодавця. Але за умови попередньої домовленості про передання речі на зберігання поклаждодавець зобов'язаний відшкодувати зберігачеві збитки, завдані йому у зв'язку з тим, що зберігання не відбулося, якщо він у розумний строк не попередив зберігача про відмову від договору.

§ 2. Зберігання на товарному складі

Відносини, пов'язані зі зберіганням речей на товарному складі, регулюються окремими положеннями ЦК (статті 956–966). Це обумовлено особливостями даного виду зберігання, які полягають у такому. *По-перше*, договір у цьому випадку укладається стосовно речей, які мають ознаки товару, тобто призначені для використання у сфері підприємницької діяльності шляхом подальшої їх реалізації (продажу або обміну). *По-друге*, ст. 956 ЦК визначає товарний склад як організацію, яка зберігає товар і надає пов'язані із цим послуги на засадах підприємницької діяльності. Частина 2 цієї статті визначає статус складу загального користування, якщо відповідно до закону, інших нормативно-правових актів або дозволу (ліцензії) товарний склад зобов'язаний приймати на зберігання товар від будь-якої особи. Згідно з положеннями ч. 2 ст. 957 ЦК у цьому разі договір зберігання набуває ознак публічного договору (ст. 633 ЦК). Підприємницька діяльність, пов'язана зі зберіганням товарів, як правило, здійснюється товарними складами з використанням власних або орендованих приміщень, спеціально пристосованих для цього (зернохосвищ, елеваторів, холодильників). Товарний склад може надавати додаткові послуги, безпосередньо пов'язані зі зберіганням товарів, наприклад транспортні й транспортно-експедиційні послуги. *По-третє*, і зберігачем, і поклаждодавцем за договором зберігання на товарному складі можуть бути лише суб'єкти підприємницької діяльності.

За договором складського зберігання товарний склад зобов'язується за плату зберігати товар, переданий йому поклаждодавцем, і повернути його у схоронності (ст. 957 ЦК). Положення цієї статті дозволяють розглядати його як реальний, оплатний та двосторонній договір. Разом з тим залежно від умов його укладення не виключена можливість визнання цього договору консенсуальним. Договір складського зберігання підлягає обов'язковому укладенню у письмовій формі. Її дотримання має знаходити вираз у складанні відповідних складських документів. Це, зокрема, складська квитанція, а також просте і подвійне складські свідоцтва. Виходячи з положень статей 962–966 ЦК, просте і подвійне складські свідоцтва підлягають розгляду як різновид цінних паперів, а саме товаророзпорядчих цінних паперів (ч. 4 ст. 195 ЦК), оскільки володіння ними дає право розпорядження товаром, що зберігається на товарному складі і зазначений у їх змісті (ч. 1 ст. 963 ЦК). Стаття 962 ЦК визначає особливості подвійного складського свідоцтва як ордерного цінного папера. Кожна з двох частин цього складського документа повинна містити реквізити, визначені ч. 2 названої статті. Документ, який не відповідає вимогам ст. 962 ЦК, не є подвійним складським свідоцтвом. Просте складське свідоцтво видається на пред'явника і повинне містити реквізити, визначені положеннями ст. 965 ЦК. Документ, який не відповідає вимогам, встановленим ч. 3 цієї статті, не є простим складським свідоцтвом.

Положення ст. 959 ЦК визначає обов'язок товарного складу за свій рахунок оглянути товар у момент прийняття його на зберігання з метою визначення його кількості та зовнішнього стану. Дотримання цієї вимоги зменшує імовірність можливих у майбутньому між покладавцем і зберігачем суперечок стосовно кількісних та якісних характеристик переданих на зберігання товарів. Покладавець має право вимагати від товарного складу надання йому можливості оглянути товар або його зразки протягом усього часу зберігання для забезпечення впевненості в його схоронності та належності умов зберігання. Якщо предметом зберігання є речі, визначені родовими ознаками, покладавець має право вимагати від товарного складу взяти проби та вжити заходів, необхідних для забезпечення схоронності товарів. При поверненні товару кожна зі сторін договору зберігання має право вимагати огляду переданих за ним речей та перевірки їх якості. Витрати, пов'язані з оглядом речей, покладаються на сторону, яка його ініціювала (ч. 3 ст. 959 ЦК). Якщо при поверненні товару він не був спільно оглянутий або перевірений товарним складом та покладавцем, останній має заявити про нестачу або пошкодження товару в письмовій формі одночасно з його одержанням. Якщо ж ним були виявлені нестача або пошкодження переданого товарного складу на зберігання товару, які не могли бути виявлені при звичайному способі його прийняття, така заява повинна бути передана зберігачу протягом трьох днів після його одержання. При відсутності такої заяви вважається, що товарний склад повернув товар відповідно до умов договору.

Іноді, враховуючи особливості товару, може виникнути необхідність негайної зміни умов його зберігання. У таких випадках товарний склад зобов'язаний самостійно вжити невідкладних заходів для забезпечення схоронності переданого на зберігання товару та повідомити про них покладавця. У разі необхідності останній має відшкодувати зберігачу пов'язані з цим відповідні витрати. Пошкодження товару під час зберігання тягне за собою обов'язок товарного складу скласти відповідний акт і того ж дня повідомити про це покладавця (ч. 2 ст. 960 ЦК).

§ 3. Спеціальні види зберігання

Положення ЦК забезпечують правове регулювання відносин у сфері здійснення зберігання речей не тільки товарними складами, а й іншими спеціалізованими організаціями, а також визначають випадки обов'язкового забезпечення схоронності речей. Ці види зберігання є спеціальними і мають суттєві особливості.

Зберігання речей у ломбарді (ст. 967 ЦК). Відповідно до ст. 1 Закону України від 12 липня 2001 р. «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг»³³⁰ ломбард є фінансовою установою, основним видом діяльності якої є видача фізичним особам відповідних грошових сум під заставу належного їм майна (заставні операції). Для гарантії виконання грошових зобов'язань фізичної особи перед ломбардом вона може передавати йому в заставу не тільки нерухомі, а й рухомі речі: ювелірні вироби, побутову техніку тощо. Такі речі переходять ломбарду в заклад (ч. 2 ст. 575 ЦК) і передаються йому (як заставодержателю) у володіння, тому для забезпечення їх схоронності приміщення ломбарду повинне бути відповідним чином обладнане. Це обумовлює можливість надання ломбардами додаткової послуги по зберіганню рухомих речей, які не є предметом заставних операцій. Договір зберігання таких речей укладається у письмовій формі, яка полягає у видачі іменної квитанції. В її змісті обов'язково вказуються прізвище, ім'я та по батькові покладавця, фіксуються індивідуальні ознаки речей, переданих на зберігання, визначається їх ціна, а також обумовлюється строк дії та інші умови договору. Додатковою гарантією забезпечення майнових інтересів

³³⁰ Відом. Верхов. Ради України. – 2000. – № 1. – Ст. 1.

поклажодавця є покладення на ломбард як зберігача обов'язку по страхуванню переданих на зберігання речей (ч. 3 ст. 967 ЦК). Речі, передані на зберігання, повинні бути застраховані ломбардом за власний рахунок, виходячи з повної суми їх оцінки, яка визначається за домовленістю сторін.

Ломбард зобов'язаний зберігати передані на зберігання речі протягом визначеного законодавством строку. Якщо поклажодавець не забрав річ із ломбарду після спливу трьох місяців від дня закінчення строку договору зберігання, вона підлягає продажу в порядку, встановленому законом (ч. 1 ст. 968 ЦК). Такі речі, як правило, підлягають реалізації через комісійні магазини, а витрати покриваються за рахунок поклажодавця. Законодавче закріплення такої можливості ломбарду пояснюється тим, що площа належних йому приміщень, яка значно менша порівняно з товарним складом, не дозволяє забезпечувати зберігання не витребуваних своєчасно речей протягом більш тривалих строків. Із суми виторгу, одержаної від продажу речі, вираховуються плата за зберігання, а також відповідні витрати ломбарду. Залишок суми виторгу підлягає поверненню поклажодавцеві.

Зберігання цінностей у банку (ст. 969 ЦК). Право банків надавати послуги з відповідального зберігання цінностей та документів й надання в оренду сейфів для забезпечення їх схоронності й одночасно вільного доступу поклажодавця до них визначається положеннями ст. 47 Закону України «Про банки і банківську діяльність»³³¹. У цьому випадку документи та цінності передаються банку на зберігання з видачею поклажодавцю іменного документа. В останньому зазначаються прізвище, ім'я та по батькові поклажодавця, реквізити банку і умови зберігання та повернення речей. Цей спеціальний вид зберігання може ґрунтуватись на двох окремих договорах. За договором зберігання цінностей у банку останній приймає на зберігання документи, цінні папери, дорогоцінні метали, каміння, інші коштовності та цінності. Договір може укладатись як на певний, узгоджений сторонами строк, так і бути безстроковим. Як правило, такі речі зберігаються без визначення строку їх зберігання і підлягають поверненню на вимогу поклажодавця. Якщо предметом зберігання є цінні папери, банк за уповноваженням поклажодавця може вчиняти правочини з ними. Це, зокрема, можуть бути правочини по управлінню цінними паперами. Вони полягають у відчуженні банком цінних паперів, переданих на зберігання і придбання інших, більш прибуткових і ринково привабливих, з постійним урахуванням і збереженням їх сукупної ринкової вартості. Можливість одночасного зберігання і здійснення правочинів стосовно цінних паперів обумовлена насамперед їх правовою природою і статусом банку як фінансової установи, що може здійснювати операції з ними. Саме це дозволяє поєднувати забезпечення схоронності й управління цінними паперами.

За окремим договором банк може надати поклажодавцеві можливість зберігання цінностей або документів в індивідуальному банківському сейфі. У цьому разі він надає поклажодавцеві можливість користуватися ним (його частиною або спеціальним приміщенням). Умови такого договору також можуть бути різними. В одному випадку банк зобов'язується приймати цінності і документи, що становлять предмет зберігання, а також контролювати забезпечення їх схоронності, поміщення в сейф і одержання поклажодавцем. В іншому випадку поклажодавцеві за договором може бути надане право особистого доступу до сейфа (його частини або спеціального приміщення), що перебуває під охороною. За таким договором поклажодавець має право особисто розміщувати і вилучати цінності, які перебувають у банку на зберіганні. Для цього він отримує ключі від сейфа, а також відповідні документи або картки, які ідентифікують його і посвідчують право доступу до сейфа (або спеціального приміщення) та одержання з нього цінностей. У цьому разі банк позбавлений можливості контролювати вміст сейфа, але зобов'язаний унеможливити проникнення у приміщення, де він знаходиться, осіб, які не мають права доступу до нього. Стаття 971 ЦК передбачає також можливість укладення договору про надання індивідуального банківського сейфа, що не охороняється банком. До

³³¹ Відом. Верхов. Ради України. – 2001. – № 5–6. – Ст. 30.

відносин сторін, які виникають у зв'язку з укладенням такого договору, застосовуються положення про майновий найм (оренду) (гл. 58 ЦК).

Зберігання речей у камерах схову організацій, підприємств транспорту (ст. 972 ЦК). Для забезпечення можливості пасажирів звільнитися від необхідності пильнувати свою поклажу й одночасно бути впевненими в її схоронності в організаціях і на підприємствах транспорту організована робота камер схову. Розташовані на території організацій і підприємств транспорту камери схову зобов'язані приймати на зберігання речі, які належать не тільки пасажирам, а й іншим особам незалежно від наявності у них проїзних документів (ч. 1 ст. 972 ЦК). Це характеризує договірні відносини у даному випадку як такі, що ґрунтуються на публічному договорі. Камери схову можуть бути звичайними, де прийом і видача речей здійснюються відповідальними за це працівниками, і автоматичними, якими можна користуватися без втручання останніх. На підтвердження прийняття речі на зберігання у звичайних камерах схову поклажодавцеві видається квитанція або номерний жетон. Їх наявність в особи дає їй право вимагати видачі поклажі, здійснивши оплату часу її перебування на зберіганні.

ЦК передбачає обов'язок зберігача відшкодувати поклажодавцеві збитки, завдані внаслідок втрати, нестачі або пошкодження речі, зданої до камери схову. Вони відшкодовуються протягом доби з моменту пред'явлення вимоги про їх відшкодування у розмірі суми оцінки речі, здійсненої при передачі її на зберігання. Правила зберігання речей у камерах схову на відповідному виді транспорту, видані відповідно до транспортних кодексів (статутів), визначають граничні строки зберігання таких речей. Ці строки можуть визначатися також за домовленістю сторін. Якщо пасажир або інша особа не забрали належну їм поклажу у встановлені строки, камери схову організацій і підприємств транспорту зобов'язані зберігати річ протягом трьох місяців. Після їх спливу річ може бути продана з відшкодуванням всіх поточних витрат, а залишок суми виторгу повертається поклажодавцю. ЦК визначає обов'язок забезпечити схоронність валіз (сумок), інших особистих речей пасажирів (крім дорогоцінностей і грошей), які він перевозить у спеціально відведеному місці (ст. 974). У поїздах таким спеціально відведеним місцем є багажний вагон, у літаках — багажний відсік, в автобусах міжміського перевезення — багажне відділення.

Зберігання речей у гардеробі організації (ст. 973 ЦК). Гардероб організації — це приміщення, спеціально пристосоване для зберігання верхнього одягу і головних уборів її працівників та відвідувачів протягом робочого дня або на час відвідування. Особливості договірних відносин по зберіганню речей у цьому випадку полягають в тому, що їх предметом можуть бути тільки вказані речі, а зберігачем визнається організація, одне з приміщень якої виділене під гардероб. Одночасно з передачею речей у гардероб поклажодавцю видається номерний жетон або інший знак (ч. 3 ст. 937 ЦК), що посвідчує його право у разі необхідності отримати речі. Як правило, зберігання речей у гардеробі здійснюється безоплатно. Незалежно від оплатності або безоплатності зберігання речей, що були передані поклажодавцем до гардероба, зберігач зобов'язаний вжити всіх необхідних заходів для забезпечення їх схоронності. У випадку втрати жетона або іншого легітиміційного³³² знака, що посвідчує виникнення відносин по зберіганню речей у гардеробі, поклажодавець може претендувати на повернення належних йому речей. Однак, як правило, його вимога може бути задоволена по закінченні робочого дня за умови надання ним доказів приналежності речі саме йому. Такими доказами може бути надання працівнику гардероба інформації щодо індивідуальних ознак речі, які можуть бути відомі лише власнику. Якщо працівник гардероба відмовляється видати речі власнику, який втратив номерний жетон або інший легітиміційний знак, спір підлягає розгляду в судовому порядку.

³³² Від «легітиміція» – посвідчення права, повноваження.

Зберігання речей у готелі (ст. 975 ЦК). Готель як місце, призначене для тимчасового проживання осіб, відповідає за схоронність речей, внесених ними до готелю. Річ вважається внесеною до готелю за умови, якщо вона передана його працівникам або знаходиться у відведеному для особи приміщенні (ч. 1 ст. 975 ЦК). Готель зобов'язаний забезпечити схоронність особистих речей особи, яка проживає у ньому, і за загальним правилом не відповідає за втрату грошей, інших цінностей (цінних паперів, коштовностей). Така відповідальність покладається на готель лише у випадку, коли речі окремо передані йому на зберігання з детальним описом властивих їм індивідуальних особливостей. Як правило, такі речі підлягають оцінці за домовленістю сторін. У разі втрати або пошкодження речей особа має негайно повідомити про це готель, а останній — вжити заходів до їх розшуку або відшкодувати спричинені збитки. Якщо особа заявила про пропажу речей або їх пошкодження після закінчення строку проживання, готель відповідальності за це не несе. Розглянуті положення застосовуються до випадків зберігання речей фізичних осіб у гуртожитках, мотелях, будинках відпочинку, пансіонатах, санаторіях та інших організаціях, у приміщеннях яких особа тимчасово проживає (ч. 4 ст. 975 ЦК).

Зберігання речей, що є предметом спору (секвестр) (ст. 976 ЦК). У разі виникнення між особами спору про право на річ, до його розв'язання вона може бути передана на зберігання третій особі, яка зобов'язується повернути її особі, визначеній за рішенням суду або за погодженням осіб, між якими виник спір. Підставою виникнення відносин секвестру може бути договір або рішення суду. Домовленість про секвестр, за якою річ передається на зберігання третій особі за погодженням сторін спору, називається договірною. Якщо рішення про передачу речі на зберігання третій особі до моменту вирішення спору приймає суд, має місце судовий секвестр. Зберігачем може бути особа, призначена судом або визначена за домовленістю сторін, спір між якими розглядається. Річ, яка є предметом спору, передається на зберігання третій особі за її згодою, якщо інше не визначено законом. Оплату послуг за зберігання переданих за секвестром речей здійснюють сторони, між якими виник спір.

Зберігання автотранспортних засобів (ст. 977 ЦК). Спеціальним видом зберігання положення ЦК визначають забезпечення схоронності автотранспортних засобів. У разі надання такої послуги суб'єктом підприємницької діяльності договір зберігання автотранспортних засобів є публічним. Публічний характер, зокрема, має договір зберігання автотранспортних засобів, який укладається у випадках їх розміщення у боксах, гаражах або на спеціальних автомобільних стоянках. За таким договором зберігач зобов'язується не допускати проникнення в них сторонніх осіб і повинен видати транспортний засіб за першою вимогою покладавця за умови здійснення останнім оплати наданої послуги. Прийняття автотранспортного засобу на зберігання і виникнення договірних відносин посвідчується квитанцією або номером чи жетоном.

Ці відносини не слід плутати з платним паркуванням автомобілів у місцях, визначених рішенням місцевих органів державної влади. Цими рішеннями муніципальна служба паркування уповноважена отримувати визначену плату за надання послуг з паркування автомобілів на вулицях центральної частини міста, поряд з ринками, іншими місцями їх масового скупчення, але не несе відповідальності за їх схоронність.

Відносини за договором зберігання автотранспортних засобів виникають також між гаражно-будівельним чи гаражним кооперативом та його членами, якщо інше не встановлено законом або статутом кооперативу. Зокрема, положення статуту гаражно-будівельного або гаражного кооперативу можуть передбачати, що останній не несе відповідальності за схоронність автомобілів, які розміщені у належних його членам боксах.

Договір охорони (ст. 978 ЦК). Договір охорони є *окремим спеціальним видом надання послуг по забезпеченню недоторканності особи або майна*. За цим договором охоронець зобов'язується забезпечити недоторканність особи або майна, які охороняються. До особливостей, що дозволяють розглядати цей договір як окремий різновид договорів про надання послуг, зокрема, слід віднести його предмет забезпечення саме

недоторканності особи або майна, а також покладення обов'язків за договором не тільки на охоронця, а й на його контрагента — особу, яка охороняється, або власника майна, яке є об'єктом охорони. Володілець переданого під охорону майна або особа, яку охороняють, зобов'язані виконувати передбачені договором правила особистої або майнової безпеки і щомісячно сплачувати охоронцю встановлену плату.

Питання для самоконтролю

1. Поняття і загальна характеристика договору зберігання.
2. Сторони договору зберігання.
3. Специфіка оформлення договору зберігання.
4. Зміст договору зберігання.
5. Особливості зберігання на товарному складі.
6. Загальна характеристика спеціальних видів зберігання.

ГЛАВА 49

ДОГОВІР ДОРУЧЕННЯ

§ 1. Поняття та умови договору доручення

За договором доручення одна сторона (повірений) зобов'язується вчинити від імені та за рахунок другої сторони (довірителя) певні юридичні дії (ст. 1000 ЦК).

Договір доручення є різновидом договорів про надання послуг. Новий ЦК містить окрему главу, норми якої встановлюють загальні положення про надання послуг (гл. 63). У зв'язку з тим, що договір доручення є різновидом договорів про надання послуг, закріплені в гл. 63 ЦК норми безпосередньо стосуються зобов'язань, що виникають із договору доручення. Згідно з ч. 2 ст. 901 ЦК положення цієї глави (гл. 63) можуть застосовуватися до всіх договорів про надання послуг, якщо це не суперечить суті зобов'язання. Отже, до зобов'язань, які виникають із договору доручення, можуть застосовуватися загальні норми про надання послуг (статті 901–907 ЦК), якщо це не суперечить суті зобов'язання, яке виникло на підставі укладення договору доручення.

Серед договорів про надання послуг в окрему групу виокремлюються договори про надання послуг юридичного характеру. У законодавстві закріплено такі види договорів цієї групи: договір доручення (гл. 68 ЦК), договір комісії (гл. 69 ЦК), договір управління майном (гл. 70 ЦК) та агентський договір (гл. 31 ГК). Ці види договорів поєднує те, що вони опосередковують відносини, учасником яких є особа (посередник), яка діє не у власних інтересах, а в інтересах іншої особи. Крім того, усі вказані договори пов'язані із наданням юридичних послуг, тобто здійсненням дій, які мають правові наслідки. Разом з тим кожен із цих договорів має свої власні особливості, що дає підстави розглядати їх як окремі види договорів.

Головною ознакою, яка відрізняє договір доручення від договору комісії та управління майном, є те, що повірений діє від імені довірителя, в той час як комісіонер та управитель майна діють від власного імені, хоча і в інтересах іншої особи (статті 1011, 1029 ЦК). Договір доручення відрізняється і від агентського договору, але не за вказаною вище ознакою. Відповідно до ч. 1 ст. 297 ГК агент також діє від імені особи, яку він представляє. Однак на відміну від договору доручення агент вчиняє не тільки юридичні, але й фактичні дії (надає фактичні послуги).

Відповідно до ч. 1 ст. 1000 ЦК за договором доручення одна сторона (повірений) зобов'язується вчинити від імені та за рахунок другої сторони (довірителя) певні юридичні дії. Правочин, вчинений повіреним, створює, змінює, припиняє цивільні права та обов'язки довірителя.

Договір доручення є однією із підстав виникнення відносин *представництва* (ч. 3 ст. 237 ЦК), сутність яких полягає в тому, що одна особа представляє у правовідношенні інтереси іншої, набуваючи для неї права та обов'язки, розширюючи межі її юридичних дій. Договір доручення опосередковує відносини так званого прямого представництва, коли повірений діє безпосередньо від імені довірителя (ч. 1 ст. 237, ч. 1 ст. 1000 ЦК). На відміну від нього опосередковане представництво виникає у разі, коли одна особа діє в інтересах іншої, але від свого власного імені. За таким принципом моделюються відносини, які виникають із договору комісії або управління майном. За цією ознакою відносини представництва, що виникають із договору доручення, відрізняються і від процесуального представництва. Адвокат, наприклад, хоча і діє в інтересах особи, яку він представляє, має в процесі самостійний статус, власні права та обов'язки.

За договором доручення повірений діє в інтересах довірителя. Хоча у ст. 1000 ЦК немає спеціальної на те вказівки, дана обставина впливає із суті відносин представництва в цілому. Відповідно до ч. 3 ст. 238 ЦК представник не може вчиняти правочин від імені особи, яку він представляє, у своїх інтересах або в інтересах іншої особи, представником якої він одночасно є, за винятком комерційного представництва. Навіть тоді, коли повірений діє як комерційний представник обох сторін договору, він не може порушувати інтереси осіб, яких він представляє, й забезпечувати інтереси одного довірителя за рахунок іншого.

Права та обов'язки за договором, який повірений вчиняє від імені довірителя з третіми особами, виникають у довірителя (ст. 239, ч. 1 ст. 1000 ЦК). У даному разі має місце повторення загального правила, яке встановлено для всіх видів відносин представництва. Воно закріплено в ст. 239 ЦК: правочин, вчинений представником, створює, змінює, припиняє цивільні права та обов'язки особи, яку він представляє. Закріплення аналогічного правила в ч. 1 ст. 1000 ЦК свідчить про принциповість даного положення для зобов'язань, які виникають із договору доручення.

Договір доручення уповноважує повіреного на створення реальних правових наслідків — виникнення, зміну або припинення прав та обов'язків довірителя. У цьому полягає різниця між договором доручення та простим уповноваженням особи на ведення переговорів щодо можливих у майбутньому правочинів (ч. 2 ст. 237 ЦК). Якщо одна особа замовляє іншій знайти потенційних контрагентів за тим чи іншим договором і провести з ними відповідні переговори щодо його вчинення в майбутньому, то між замовником та виконавцем виникають відносини, які опосередковуються не договором доручення, а іншими видами договорів (про надання послуг або договори підряду).

Повірений своїми діями продовжує юридичні можливості довірителя. Тому він може бути уповноважений на вчинення лише тих правочинів, право на вчинення яких має особа, яку він представляє (ч. 1 ст. 238 ЦК). Ще в римському праві було сформульовано правило, відповідно до якого одна особа не може передати іншій більше прав, ніж ті, які вона має сама. Тому неправомірними будуть, наприклад, дії особи, яка доручає іншій продати будинок, який їй не належить на праві власності.

Повірений не може вчиняти правочин, який відповідно до його змісту може бути вчинений лише особисто довірителем (ч. 2 ст. 238 ЦК). Так, довіритель не може уповноважити повіреного скласти від його імені заповіт, бо цей правочин може бути вчинено виключно заповідачем. Не може він укладати й авторські договори, за якими довіритель зобов'язується надати видавництву літературний або художній твір тощо.

За своєю правовою природою договір доручення може бути визначений як *консенсуальний*. Його консенсуальність полягає в тому, що договір вважається укладеним, якщо сторони в належній формі досягли згоди з усіх істотних умов договору (ч. 1 ст. 638 ЦК). Цей договір може мати як *оплатний*, так і *безоплатний характер*. Якщо договір доручення має оплатний характер, то він належить до *двосторонніх* договорів, оскільки за таких обставин кожна із сторін договору має відповідні права та обов'язки. Якщо ж договір доручення є безоплатним, то він має характер одностороннього договору. За таким договором повірений має обов'язки перед довірителем, а довіритель наділений відповідними правами відносно повіреного.

Договір доручення опосередковує *відносини представництва*. Тому, як і в інших відносинах представництва, у даному разі виникає два види правового зв'язку — внутрішній та зовнішній. Перший зв'язок (внутрішні відносини) складається між довірителем та повіреним, а другий — власне представницький — між повіреним та третіми особами (зовнішні відносини). Ця особливість пояснює наявність двох видів правочинів, які опосередковують перший та другий вид юридичного зв'язку. Внутрішні відносини сторін опосередковуються договором доручення (двосторонній правочин), а зовнішні — видачею довіреності на здійснення певних юридичних дій (односторонній правочин).

Важливим є питання щодо співвідношення змісту договору доручення та довіреності. У новому ЦК, як видається, містяться певні неузгодженості відносно цього. Відповідно до ст. 1003 ЦК дії, які належить вчинити повіреному, мають бути визначені в договорі доручення або у виданій на підставі цього договору довіреності. З цього випливає, що зміст доручення може фіксуватися в одному з двох документів. Разом з тим у ч. 1 ст. 1007 ЦК сказано, що довіритель зобов'язаний видати повіреному довіреність на вчинення юридичних дій, передбачених договором доручення без будь-яких винятків.

З цього можна зробити такі висновки. Якщо сторони уклали договір доручення, то довіреність має видаватися довірительом на підставі цього договору, з урахуванням його змісту. При цьому розбіжностей щодо змісту доручення між договором та довіреністю бути не може, бо довіреність видається на вчинення дій, які передбачені договором. Проте не можна зовсім виключити можливість існування розбіжностей між змістом договору та довіреності у разі, коли повірений не має можливості отримати від довірителя необхідних пояснень. Виходом із цього становища може бути виконання повіреним тих дій, характер та обсяг яких збігається в договорі та довіреності. Так, якщо в договорі доручення повноваження повіреного є більш обмеженими порівняно з довіреністю, слід виходити з положень договору, і, навпаки, якщо довіреність надає повіреному менше повноважень, ніж договір доручення, слід враховувати межі, які встановлено довіреністю. Такий підхід захищає інтереси довірителя найкращим чином, не дає він підстав і довірительу пред'являти вимоги до повіреного з приводу того, що той діяв за межами наданих йому повноважень.

Слід враховувати і можливість існування представництва без довіреності, на підставі тільки договору доручення. Таку можливість відкидати не можна, бо вона передбачена, наприклад, ч. 3 ст. 243 ЦК відносно комерційного представника. Якщо повірений діє без довіреності, то зміст доручення відображається тільки в договорі доручення.

Відповідно до ст. 1001 ЦК договір доручення може мати як *строковий*, так і *безстроковий* характер. Вирішення питання щодо встановлення або невстановлення строку дії договору доручення залежить від його учасників. Разом з тим важливо пам'ятати, що повірений у відносинах із третіми особами, як правило, діє за довіреністю, яку йому надає довіритель. У свою чергу, відповідно до ч. 1 ст. 247 ЦК строк довіреності може бути визначеним чи невизначеним за рішенням особи, яку представляють, тобто довірителя. Якщо довіритель встановив строк дії довіреності, а в договорі доручення не вказав на строк його виконання, є підстави вважати, що строк договору буде обмежений строком дії довіреності. У точному розумінні, вчиняючи правочин після припинення строку довіреності, повірений діє без повноважень. У статті 241 ЦК встановлюються наслідки здійснення представником правочинів лише з перевищенням наданих йому повноважень. Разом з тим дії представника, вчинені ним після припинення строку довіреності, важко визнати чимось іншим, ніж діями, які розуміються в ст. 241 ЦК. Тому з певними застереженнями можна вважати, що правила ст. 241 ЦК поширюються і на випадки, коли представник вчинив правочин після припинення строку довіреності, тобто діяв без повноважень. У такому випадку правочин може бути схвалений або не схвалений особою, яку представляв у правовідношенні представник за правилами ст. 241 ЦК. Це правило буде поширюватися і на випадки, коли повірений вчинив правочин після спливу строку дії довіреності. Вирішення питання залежатиме від довірителя: він може схвалити вчинений повіреним правочин і прийняти на себе права та обов'язки за договором, а може і не схвалювати його. В останньому випадку права та обов'язки будуть виникати безпосередньо у повіреного. Якщо строк дії договору встановлений і він більший, ніж строк дії довіреності, то довіритель зобов'язаний видати повіреному нову довіреність, яка б мала силу на період дії договору доручення, який залишився після припинення дії першої довіреності.

Як зазначалося, договір доручення може бути *оплатним* або *безоплатним*. Відповідно до ч. 1 ст. 1002 ЦК повірений має право на плату за виконання свого обов'язку за договором доручення, якщо інше не встановлено договором або законом. Отже, відплатність договору доручення передбачається, і довіритель має сплатити повіреному певну плату за надані послуги. Якщо в договорі доручення не визначено розміру плати або порядок її виплати, вона виплачується після виконання доручення відповідно до звичайних цін на такі послуги (ч. 2 ст. 1002 ЦК). Таким чином, невизначення розміру та порядку виплати такої плати не впливає на дійсність договору доручення. Договір є дійсним, бо розмір плати за відплатним договором доручення не є його

істотною умовою. У разі відсутності в договорі умови про плату вона визначається за цінами, які при подібних умовах можуть бути сплачені за надання аналогічних послуг. Договір доручення є безвідплатним тільки у разі, якщо це встановлено договором або законом.

Договір доручення є *фидуціарним правочином*, тобто таким, що ґрунтується на особливих довірчих відносинах сторін. У першу чергу це стосується довірителя, який наділяє повіреного правом діяти у правовідношенні від його імені та набувати для нього прав та обов'язків. Довірчий характер відносин доручення перш за все проявляється у тому, що, по-перше, цей договір має бути виконано особисто повіреним (ст. 1005 ЦК); по-друге, договір доручення може припинятися при відмові від нього довірителя або повіреного (ч. 1 ст. 1008 ЦК).

Така ознака договору доручення, як його особисто-довірчий характер, у сучасних умовах потребує деяких уточнень. Той факт, що договір доручення має виконуватися повіреним особисто, не є визначальним. Вимога щодо особистого виконання зобов'язань є загальною для всіх договорів про надання послуг. Відповідно до ч. 1 ст. 902 ЦК виконавець повинен надати послугу особисто. Тобто це правило поширюється і на договори зберігання, комісії, страхування, які не ґрунтуються на особисто-довірчих відносинах їх учасників, але належать до договорів про надання послуг. Крім того, і за договором доручення повірений має право у деяких випадках передавати виконання доручення іншій особі (замісникові).

Що ж стосується права сторін відмовитися від договору без будь-яких пояснень, то ця ознака також не є такою, що притаманна виключно договору доручення. Дійсно, за загальним правилом розірвання договору допускається лише за згодою сторін. Разом з тим договором або законом може бути передбачено й інше, зокрема відмова від договору однієї зі сторін. У разі односторонньої відмови від договору, якщо право на таку відмову встановлено договором або законом, договір є відповідно розірваним (частини 1, 3 ст. 651 ЦК). У статті 907 ЦК конкретизує це правило стосовно договорів про надання послуг: договір може бути розірваний, у тому числі шляхом односторонньої відмови від договору, в порядку та на підставах, встановлених ЦК, іншим законом або за домовленістю сторін.

Особисто-довірчий зв'язок учасників договору доручення практично не має значення, коли йдеться про комерційне представництво. Для довірителя в цьому разі головним є професійні якості повіреного, його досвід та вміння діяти на ринку відповідним чином (наприклад, діяльність брокерських фірм або брокерів, які мають статус учасників біржової торгівлі і вчиняють правочини на товарних біржах). Особистих відносин між довірителем і повіреним у цьому разі, як правило, не виникає. Такий підхід є характерним для будь-яких зобов'язань, в яких одна сторона, яка займається підприємницькою діяльністю, зобов'язується виконати певні роботи або надати послуги іншій стороні.

Законодавство не містить спеціальних норм, які б визначали *форму договору доручення*. Тому вона встановлюється відповідно до загальних правил щодо форми правочинів (статті 208, 209 ЦК). Договір доручення може вчинятися у простій письмовій формі або у письмовій формі з відповідним нотаріальним посвідченням.

Сторонами в договорі доручення є довіритель та повірений. Учасниками договору як на одній, так і на іншій стороні можуть бути фізичні та юридичні особи. Важливо підкреслити, що фізичні особи, які беруть участь у договорі доручення, обов'язково мають бути повністю дієздатними. За договором доручення як довіритель, так і повірений — це особи, які здійснюють вольові дії, спрямовані на настання певних юридичних наслідків, тому їх повна дієздатність є необхідною умовою дійсності договору. У разі визнання довірителя або повіреного недієздатним або обмеження його цивільної дієздатності договір доручення припиняється (п. 2 ч. 1 ст. 1008 ЦК).

З урахуванням того, що договір доручення є різновидом договорів про надання послуг, його *предмет* становить надання нематеріальних посередницьких послуг, які полягають у вчиненні однією особою від імені другої юридичних дій. Важливо зазначити, що відповідно до

ч. 1 ст. 1000 ЦК повірений має вчиняти не будь-які, а певні юридичні дії. У статті 1003 ЦК уперше конкретизується, що такі дії мають бути чітко визначені. Крім того, вони мають бути правомірними, конкретними та здійсненими. Невиконання таких умов унеможлиблює здійснення повіреним своїх обов'язків та може призвести до порушення прав довірителя. Для того щоб уникнути непорозумінь, довіритель має конкретно визначити, які саме юридичні дії він доручає виконати повіреному і в якому обсязі — купити або продати річ або інше майно, обміняти одну річ на іншу, передати майно на зберігання, одержати заробітну плату, кореспонденцію тощо. Він може визначити коло контрагентів за договором, який буде вчинятися повіреним, спосіб та порядок здійснення ним дій. Довіритель може надати повіреному виключне право вчиняти всі або частину юридичних дій, передбачених договором. У договорі можуть бути встановлені строк дії такого доручення та (або) територія, у межах якої є чинним виключне право повіреного (ч. 2 ст. 1000 ЦК).

Отже, у межах часу та території, які встановлені довірителем, виключне право діяти від його імені та в його інтересах має тільки особа, яка визначена в договорі як повірений. Водночас довіритель не може доручити іншій особі вчинення дій, які мають протиправний характер (наприклад, купівля-продаж речі, яка була вкрадена). Не може він і ставити завдання, які за своєю природою є нездійсненними (купівля житлового будинку, який не продається, продаж речі, яка не існує).

При здійсненні доручення повірений нерідко виконує цілу низку дій, які не є юридичними в тому сенсі, як це розуміється ч. 1 ст. 1000 ЦК, бо ці дії не спричиняють виникнення прав та обов'язків у довірителя. Наприклад, за договором купівлі-продажу повірений проводить маркетинг ринку товарів та переговори з потенційними продавцями, здійснює сертифікацію та прийомку товару, доставку його довірителю тощо. Указані дії лише супроводжують укладення договору купівлі-продажу, тобто тієї дії, яка становить основний зміст договору доручення. Тому в цьому договорі вони мають не самостійне, а додаткове значення. У разі коли одна особа замовляє іншій виконати такі дії без остаточного вчинення правочину (наприклад, маркетинг ринку певних товарів), то мова може йти про договори підряду (виконання певних робіт) або надання послуг, але не про договір доручення. Однак при розрахунках між сторонами за договором доручення виконання повіреним фактичних дій може впливати на розмір плати, яка йому належить, та обумовлювати необхідність відшкодування довірителем витрат, які виникли у повіреного у зв'язку з виконанням доручення.

§ 2. Зміст договору доручення та його виконання

Зміст договору доручення становлять *права та обов'язки сторін*. Відповідно до ст. 1006 ЦК з урахуванням характеру та особливостей діяльності, яку здійснює повірений, він зобов'язаний: 1) повідомляти довірителеві на його вимогу всі відомості про хід виконання його доручення; 2) після виконання доручення або в разі припинення договору доручення до його виконання негайно повернути довірителеві довіреність, строк якої не закінчився, і надати звіт про виконання доручення та виправдані документи, якщо це вимагається за умовами договору та характером доручення; 3) негайно передати довірителеві все одержане у зв'язку з виконанням доручення.

Обов'язки довірителя визначені в ст. 1007 ЦК. Характерним для цієї норми є те, що вона допускає значну свободу сторін у визначенні своєї поведінки. Безпосередньо в законі встановлено лише один обов'язок

довірителя — видати повіреному довіреність (ч. 1 ст. 1007 ЦК). Обов'язки, які вказані в ч. 2 ст. 1007 ЦК (забезпечити повіреного засобами, необхідними для виконання доручення, відшкодувати повіреному витрати, негайно прийняти від повіреного все одержане ним у зв'язку з виконанням доручення, виплатити повіреному плату), покладаються на довірителя лише в тому випадку, якщо інше не встановлено договором. Слід зазначити, що відповідно до чинного законодавства України обов'язок довірителя негайно прийняти від повіреного все одержане ним у зв'язку з виконанням доручення є таким, що може бути змінений договором сторін. Таким чином, за новим ЦК довіритель може не зобов'язуватися негайно прийняти виконання договору доручення. Сторони, наприклад, можуть вказати, що прийняття від повіреного всього одержаного ним у зв'язку з виконанням доручення буде здійснюватися довірителем не одразу, а через певний час.

З урахуванням особливостей відносин, які виникають із договору доручення, **виконання цього договору** також має певну специфіку.

Повірений зобов'язаний здійснювати дії **відповідно до змісту даного йому доручення** (ч. 1 ст. 1004 ЦК). Це пов'язано з тим, що правочин, який вчиняє повірений, створює, змінює або припиняє права та обов'язки довірителя, який безпосередньо не бере участі в укладенні договору. Тому повірений має діяти лише в тих межах, які встановлені довірителем. Якщо за певних обставин виконання доручення у тому вигляді, як воно закріплено у договорі або довіреності, є неможливим, повірений зобов'язаний звернутися до довірителя і попередити його про ці обставини. Довіритель може відмовитися від договору доручення за новими умовами або надати своєму представникові інші вказівки щодо дій, які той має вчинити. У деяких випадках повірений може відступити від змісту доручення і самостійно укласти договір на інших умовах, ніж ті, що передбачені в договорі. Це можливо тільки за двох обставин: а) повірений не міг попередньо запитати довірителя; б) не одержав у розумний строк відповіді на свій запит. Безумовно, вчиняти правочин із відступом від змісту доручення повірений може тільки у разі, якщо цього вимагають інтереси довірителя. Крім того, він повинен повідомити довірителя про допущені відступи, як тільки це стане можливим (ч. 1 ст. 1004 ЦК).

Особливі правила встановлені для повіреного, який діє як комерційний представник. У зв'язку з тим, що ця особа професійно надає послуги у сфері підприємницької діяльності, вчиняючи правочини від імені довірителя, йому потрібно швидко та адекватно реагувати на ситуацію, яка може скластися на ринку товарів або послуг. Відповідно до цього повірений, який діє як комерційний представник, потребує більш широких повноважень щодо самостійного прийняття рішення. Довірителем може бути надано комерційному представникові право відступати від змісту доручення і без попереднього запиту про це. Крім того, комерційний представник може навіть не повідомляти про це довірителя, якщо таке правило встановлено договором доручення. В інших випадках комерційний представник повинен повідомити довірителя про допущені відступи в розумний строк (ч. 2 ст. 1004 ЦК).

За загальним правилом повірений повинен виконати дане йому доручення **особисто** (ч. 1 ст. 1005 ЦК). Це є цілком виправданим, бо довіритель за власним розсудом обирає особу виконавця доручення. Заміна повіреного може не влаштувати довірителя, тому він має право у будь-який час відхилити замісника, якого обрав повірений. Передоручення — особливий випадок заміни осіб в зобов'язанні, в силу якого представником стає інша особа, яка набуває всіх прав та обов'язків попереднього представника.

Повірений має право передоручити виконання доручення іншій особі (замісникові) тільки у двох випадках, передбачених законом. По-перше, він може це зробити, якщо можливість заміни передбачена договором доручення. Попередня згода довірителя на можливість заміни особи повіреного може мати різні прояви. Так, довіритель вправі безпосередньо визначити в договорі особу замісника. У цьому разі повірений не відповідає за вибір замісника та за вчинені ним дії. В іншому випадку довіритель може надати можливість заміни повіреного, не визначаючи конкретно його особи. У цьому разі повірений вправі обрати свого замісника

самостійно. По-друге, передоручення може статися, якщо повірений був вимушений до цього обставинами, з метою охорони інтересів довірителя (хвороба повіреного, неочікувані обставини особистого характеру тощо).

Повірений, який передав виконання доручення замісникові, повинен негайно повідомити про це довірителя. Це дає змогу довірителю визначитися щодо продовження дії договору доручення на майбутнє. Якщо особа замісника не задовольняє довірителя, він вправі припинити дію договору або визначити іншу особу представника, якому мають бути передані права та обов'язки повіреного за договором. Якщо повірений негайно не сповістить довірителя про свою заміну, він відповідає за дії замісника як за свої власні. І навпаки, якщо повірений вчасно повідомить довірителя про зроблену ним заміну, він відповідає лише за вибір замісника, але не за його дії.

Передоручення має супроводжуватися видачею замісникові документа, який підтверджує його повноваження. Незалежно від форми основної довіреності, яка була надана первісному представнику (проста письмова чи нотаріально посвідчена), довіреність, що видається у порядку передоручення, підлягає нотаріальному посвідченню (ч. 2 ст. 245 ЦК).

Припинення договору доручення здійснюється на підставах та в порядку, передбачених законом. Відповідно до ч. 1 ст. 1008 ЦК договір доручення припиняється на загальних підставах, які встановлені для припинення договору. Хоча в цій нормі вказується на загальні підстави припинення саме договору, насправді маються на увазі підстави припинення не договорів, а зобов'язань (гл. 50 ЦК). Відповідно до цього договір доручення припиняється на тих же підставах, що й інші зобов'язання, якщо це не суперечить його суті. Так, договір припиняється у разі виконання зобов'язання, яке з нього виникає, проведеного належним чином (ст. 599 ЦК); за домовленістю сторін (ст. 604 ЦК); через неможливість виконання зобов'язання (ст. 607 ЦК) тощо. Разом з тим договір доручення не може припинятися переданням кредитором відступного або внаслідок зарахування зустрічних однорідних вимог (статті 600, 601 ЦК), бо це не відповідає суті відносин, які виникають із договору доручення.

Окрім загальних, договір доручення може припинятися за спеціальними підставами. Перш за все до них належить відмова довірителя або повіреного від договору (п. 1 ч. 1 ст. 1008 ЦК). Характерною ознакою договору доручення, як і інших договорів про надання послуг, є те, що довіритель або повірений мають право відмовитися від договору доручення у будь-який час. Причому відмова від права на відмову від договору доручення є нікчемною (ч. 2 ст. 1008 ЦК). Тому сторони не вправі включати в договір положення, відповідно до яких довіритель та повірений можуть розірвати договір тільки за взаємною згодою і не можуть відмовитися від нього в односторонньому порядку. Така домовленість є нікчемною, тобто недійсною в силу прямого припису закону. Навіть якщо сторони включають її у договір, вона не буде мати жодного правового значення.

Існує спеціальне правило щодо припинення договору доручення за участю повіреного, який діє як підприємець. Воно, зокрема, передбачає, що для припинення договору сторона, яка відмовляється від нього, має про це повідомити другу сторону не пізніше як за один місяць до його припинення, якщо триваліший строк не встановлений договором (ч. 3 ст. 1008 ЦК). Попередження сторони щодо припинення договору заздалегідь спрямовано на забезпечення інтересів як довірителя, так і повіреного. Воно враховує особливості підприємницької діяльності повіреного. Ще одна особливість припинення договору доручення пов'язана з випадками, коли під час дії договору припиняється юридична особа, яка діє як комерційний представник. Зрозуміло, що юридична особа внаслідок цього припиняє свою діяльність і не може виконувати обов'язки, які впливають із договору доручення (ст. 104 ЦК). Закон охороняє інтереси довірителя і надає йому в цьому випадку право припинити договір доручення без попереднього попередження повіреного — комерційного представника (ч. 3 ст. 1008 ЦК).

Договір доручення припиняється у разі визнання довірителя або повіреного недієздатним, обмеження його цивільної дієздатності або визнання безвісно відсутнім (п. 3 ч. 1 ст. 1008 ЦК). Це правило пояснюється особливостями відносин представництва, які виникають із договору (договірне представництво). Таке представництво передбачає, що не тільки представник, але й особа, яку представляють, мають мати повну цивільну дієздатність. Повірений потребує цього передусім тому, що, вчиняючи правочин з третіми особами, він здійснює вольові дії, які мають юридичне значення. Довіритель висловлює власну волю під час вчинення договору доручення і формулювання змісту того завдання, здійснення якого він покладає на повіреного. Зрозуміло, що за таких обставин обидві сторони мають розуміти значення своїх дій і їх правові наслідки, тобто бути повністю дієздатними особами. Обмеження цивільної дієздатності або визнання особи недієздатною за правилами цивільного законодавства (статті 36, 39 ЦК) спричиняє припинення договору доручення.

У випадках, передбачених законом (ст. 43 ЦК), особа може бути визнана безвісно відсутньою. Ця обставина слугуватиме самостійною підставою припинення договору доручення. За цим договором повірений має діяти самостійно. Визнання повіреного в судовому порядку безвісно відсутнім унеможливує виконання договору. Договір доручення буде припинятися й у разі визнання безвісно відсутнім самого довірителя. Це пояснюється тим, що довіритель має право спостерігати за ходом виконання свого доручення, перевіряти дії повіреного та у будь-який час відмовитися від договору. Відсутність довірителя та визнання його безвісно відсутнім робить нездійсненними належні йому права. Тому за таких обставин договір доручення припиняється.

Останньою підставою припинення договору доручення є смерть довірителя або повіреного (п. 3 ч. 1 ст. 1008 ЦК). Цей договір має особисто-довірчий характер і не передбачає правонаступництва, тобто можливості передання прав та обов'язків сторін іншим особам. Тому смерть однієї з них є підставою для припинення дії договору. Закон передбачає, що у разі смерті повіреного його спадкоємці повинні повідомити довірителя про припинення договору та вжити заходів, необхідних для охорони майна довірителя (ч. 1 ст. 1010 ЦК).

Якщо договір доручення припиняється внаслідок його виконання, повірений передає довірителеві все одержане у зв'язку з виконанням доручення, а також звіт про виконання та виправдані документи, якщо це було обумовлено умовами договору та характером доручення. Довіритель у свою чергу приймає все одержане повіреним, відшкодовує йому витрати та виплачує плату, яка обумовлена договором (за відплатним договором).

Законодавство визначає також наслідки припинення договору доручення до його повного виконання повіреним (ст. 1009 ЦК). Якщо виконання договору було перервано, довіритель повинен: а) відшкодувати повіреному витрати, пов'язані з виконанням доручення; б) виплатити йому плату пропорційно виконаній роботі (за відплатним договором).

Перший обов'язок довірителя визначається сутністю договору доручення. Відповідно до ч. 1 ст. 1000 ЦК повірений діє не тільки від імені, але і за рахунок довірителя. Тому всі його витрати, які були зроблені під час виконання доручення, відшкодовуються довірителем, навіть у разі передчасного припинення договору. Відносно другого обов'язку довірителя — виплатити повіреному певну плату, то її розмір визначається з урахуванням обсягу виконаних повіреним дій. Виходячи з того, що повірений у цьому разі доручення повністю не виконав, оплата по суті буде проводитися не за виконання договору. Вона може визначатися за правилами, які встановлені для договорів про виконання певних робіт або надання послуг (маркетинг ринку, ведення переговорів, тестування товару тощо). Указані правила не поширюються на випадки, коли повірений довідався або міг довідатися про припинення договору доручення, але продовжив його виконання. У цьому разі повірений діє на свій розсуд і бере на себе певний ризик. Відповідно до закону довіритель може не відшкодувати йому витрати, пов'язані з виконанням доручення, і не оплачувати виконані ним дії.

Припинення договору доручення за ініціативою сторін до його виконання є правомірною дією. У зв'язку з цим відмова довірителя від договору за загальним правилом не є підставою для відшкодування збитків, завданих повіреному. Інше правило стосується випадків, коли повірений діє як комерційний представник. З урахуванням особливостей діяльності повіреного у сфері підприємницької діяльності у законі встановлено спеціальне правило: якщо при відмові довірителя у повіреного (комерційного представника) виникають збитки, вони підлягають відшкодуванню довірителем. Аналогічно вирішується питання при відмові від договору доручення повіреного, який діє як комерційний представник. Якщо від договору доручення відмовляється повірений, який не є комерційним представником, то збитки довірителю відшкодовуються лише у випадку, коли внаслідок відмови довіритель позбавлений можливості забезпечити свої інтереси іншим чином.

Питання для самоконтролю

1. Дайте визначення договору доручення.
2. Визначте юридичну характеристику договору доручення.
3. Охарактеризуйте суб'єктний склад та структуру договірних зв'язків за договором доручення.
4. Визначте співвідношення договору доручення та довіреності.
5. У чому полягають зміст договору комісії та умови його виконання?
6. Назвіть випадки, коли повірений може вийти за межі доручення і самостійно укласти договір на інших умовах.
7. Назвіть підстави припинення договору доручення.

ГЛАВА 50

ДОГОВІР КОМІСІЇ

§ 1. Поняття та умови договору комісії

Відповідно до ст. 1011 ЦК *за договором комісії одна сторона (комісіонер) зобов'язується за дорученням другої сторони (комітента) за плату вчинити один або кілька правочинів від свого імені, але за рахунок комітента.*

Договір комісії належить до групи договорів про надання юридичних послуг. Поряд із комісією до цієї групи входять також договір доручення (гл. 68 ЦК) та договір про управління майном (гл. 70 ЦК). У ГК містяться норми щодо агентського договору (гл. 31 ГК). Головною спільною рисою вказаних договорів є те, що вони опосередковують відносини з надання юридичних послуг, сутність яких полягає в тому, що одна особа діє в інтересах іншої, створюючи для неї певні юридичні наслідки (виникнення, зміну або припинення прав та обов'язків). Дана обставина пояснює певний зв'язок цих договорів, їх спільну правову природу і дає підставу для віднесення їх до однієї групи.

Конструкція договору комісії забезпечує юридичну форму відносин, в яких одна сторона (комісіонер) діє за дорученням другої сторони (комітента), вчинюючи правочини в її інтересах та за її рахунок, але від свого імені. Той факт, що комісіонер діє від власного імені, є принциповим. Для третьої особи, з якою комісіонер укладає правочин, фігура комітента не має значення. Не зобов'язаний він і перевіряти повноваження комісіонера, відповідність його дій змісту того завдання, яке йому було надано комітентом.

У цьому аспекті також існує різниця і між діями комісіонера та управителя в договорі управління майном (гл. 70 ЦК). Хоча управитель вчиняє правочини від власного імені, що поєднує конструкції договору управління майном та комісії, він все ж таки зобов'язаний повідомляти осіб, з якими вчиняє правочин, про те, що є управителем, а не власником майна (ч. 2 ст. 1038 ЦК). На відміну від цього, комісіонер у правовідносинах виступає як самостійна особа, він не повинен повідомляти контрагента про те, що діє в інтересах іншої особи і вчиняє правочин не для себе, а для комітента. Навіть якщо комітент був названий у договорі або прийняв від третьої особи виконання договору, все ж таки за договором, укладеним з третьою особою, права набуває комісіонер (ч. 2 ст. 1016 ЦК).

Договір комісії належить до числа *посередницьких договорів*. На його підставі виникає два види відносин: внутрішні (між комітентом та комісіонером) та зовнішні (між комісіонером та третьою особою). Разом з тим договір комісії, на відміну від агентського договору або договору доручення, не є підставою виникнення відносин представництва. Для представництва той факт, що одна особа вчиняє певні дії в інтересах іншої, не є достатнім. Необхідна і друга ознака: вчинення правочину від імені іншої особи. У частині 2 ст. 237 ЦК прямо сказано, що особа, яка хоча і діє в чужих інтересах, але від власного імені, не є представником. Це пояснюється тим, що у відносинах представництва представник своїми діями безпосередньо створює права та обов'язки для іншої особи, а комісіонер є самостійним учасником правовідносин і набуває прав та обов'язків для себе. Найбільше, про що можна говорити за таких обставин, це так зване опосередковане представництво. Слід, однак, зазначити, що термін «опосередковане представництво» має умовний характер і належить до випадків, коли особа по суті нікого не представляє, бо діє власноруч. Деякі риси представницької природи відносин тут виявляються лише в тому, що особа діє в інтересах іншої та за її рахунок. Проте для виникнення представництва в повному розумінні цього слова (прямого представництва) цього недостатньо.

Договір комісії є *консенсуальним та двостороннім*. Він вважається укладеним з моменту, коли сторони дійшли згоди з усіх істотних умов договору (ч. 1 ст. 638 ЦК).

Договір комісії має *оплатний* характер. Комітент повинен виплатити комісіонерові плату в розмірі та порядку, встановлених у договорі комісії (ст. 1013 ЦК). Як правило, розмір плати визначається у певному відсотку до загальної ціни договору комісії. Разом з тим сторони можуть і не визначати ці положення в договорі. У такому випадку оплата буде проводитися після виконання договору, виходячи із звичайних цін за відповідні посередницькі послуги. Отже, невизначення в договорі умов, які стосуються оплати дій комісіонера, не змінює загального характеру цього договору: він завжди має відплатний характер. Визначення розміру плати за договором комісії здійснюється сторонами.

Для забезпечення інтересів комітента комісіонер може поручитися за виконання правочину третьою особою, яка буде майбутньою стороною договору. Така спеціальна записка комісіонера — *делькрéдере* (делькрéдере, італ. del credere — від довіри), покладає на нього додаткові зобов'язання: у разі невиконання або неналежного виконання договору третьою особою комітент має право звернутися з відповідними вимогами до комісіонера. Делькрéдере підвищує захист інтересів комітента і в той же час покладає на комісіонера додаткові обов'язки щодо виконання договору третьою особою. У зв'язку з цим, якщо комісіонер поручився за виконання правочину, він має право на додаткову плату. Розмір додаткової плати за делькрéдере визначається за домовленістю сторін.

Договір комісії може бути укладений на визначений *строк* або без визначення строку (ч. 1 ст. 1012 ЦК). У зв'язку з тим, що комісія не є різновидом відносин прямого представництва й комісіонер діє від власного імені, його відносини з контрагентами за договором не потребують пред'явлення довіреності. Тому питання щодо співвідношення строку дії довіреності та договору, які актуальні для договору доручення, в даному випадку не мають значення. Строк дії договору комісії, якщо він є визначеним, встановлюється тільки в самому договорі.

Предметом договору комісії є надання посередницької послуги, яка полягає у вчиненні комісіонером одного або кількох правочинів в інтересах комітента та за його рахунок (ст. 1011 ЦК). Комісіонер здійснює виключно юридичні дії. У цьому полягає відмінність договору комісії від інших договорів про надання юридичних послуг. Так, за агентським договором та договором про управління майном агент та управитель здійснюють не лише юридичні, а й фактичні дії (ч. 2

ст. 1038 ЦК, ч. 1 ст. 297 ГК). За договором доручення повірений здійснює тільки юридичні дії, але у порівнянні з комісіонером його повноваження є більш широкими: повірений здійснює не тільки правочини, але й інші дії юридичного характеру (приймає виконання договору, видає довіреності в порядку передоручення, у разі спору представляє інтереси довірителя в суді тощо).

Комітент визначає зміст доручення, яке він надає комісіонерові. З урахуванням сутності договору комісії це передусім може бути купівля або продаж певного товару. Якщо має місце саме такий договір, комітент може визначити асортимент товарів, його кількість, якість, ціну тощо. Відповідно до ч. 3 ст. 1012 ЦК істотними умовами договору комісії, за якими комісіонер зобов'язується продати або купити майно, є умови про це майно та його ціну. ЦК не містить обмежень щодо ціни майна, за яку воно буде продано комісіонером, тому сторони визначають її вільно за взаємною домовленістю. Комітент може визначити територію, у межах якої комісіонер має здійснювати виконання зобов'язання (наприклад, надати комісіонерові виключне право представляти його інтереси по реалізації певного майна (обладнання, продуктів харчування, аудіо-, відеоапаратури тощо) на конкретно визначеній території («договірна територія»)). Отже, комітент задає певні параметри, в межах яких належить діяти комісіонерові. Водночас для забезпечення інтересів комісіонера, який діє як підприємець, комітент може бути зобов'язаний утримуватися від укладення договору комісії з іншими особами (ч. 2 ст. 1012 ЦК). Такі обмеження можуть стосуватися певного виду товарів, їх асортименту, території здійснення доручення тощо. Це зменшує можливість виникнення конкуренції у тій сфері, де діє комісіонер, і дає йому змогу більш результативно виконувати доручення комітента.

ЦК не містить спеціальних норм щодо *форми договору комісії*. Це означає поширення на цей договір загальних правил, які визначають форму правочинів (статті 205–209 ЦК).

§ 2. Зміст договору комісії та його виконання

Зміст договору комісії становлять права та обов'язки сторін, які певним чином співвідносяться між собою. Комісіонер зобов'язаний вчинити один або кілька правочинів від свого імені, але за рахунок комітента; зберігати майно комітента; надати комітентові звіт про виконання доручення; передати йому все одержане за договором тощо. Хоча у визначенні договору комісії нема вказівки на обов'язки комітента, це не означає, що він має тільки права. Комітент зобов'язаний забезпечити комісіонера всім необхідним для виконання обов'язку перед третьою особою; виплатити комісіонерові плату за надану йому послугу; відшкодувати витрати, зроблені комісіонером у зв'язку з виконанням договору; прийняти виконання договору тощо.

Законодавство встановлює певні правила *виконання договору комісії*, які визначають поведінку сторін за договором.

Згідно із ч. 1 ст. 1014 ЦК комісіонер зобов'язаний вчиняти правочин на умовах, найбільш вигідних для комітента, і відповідно до його вказівок. Це може стосуватися ціни, за яку комісіонер продає або купує майно; способів його зберігання та транспортування; умов, за якими комісіонер його страхує, та ін. Якщо у комітента виникають сумніви, комісіонер має довести, що під час виконання комісійного доручення він діяв сумлінно, правочин вчинено ним на найбільш вигідних для комітента умовах, а зроблені витрати були необхідними.

У ЦК вирішується питання щодо вигоди, яку комісіонер додатково отримав за договором, укладеним із третьою особою. Якщо комісіонер визначив умови договору, а комітент учинив правочин на більш вигідних умовах, то відповідно до ч. 2 ст. 1014 ЦК вигода, яку отримав комісіонер, належить комітентові. Слід вважати, що сторони можуть визначити інший, ніж встановлено в законі, режим вигоди, яку отримав комісіонер. Виходячи з ч. 3 ст. 6 ЦК, сторони в договорі можуть відступити від положень актів цивільного законодавства і врегулювати свої відносини на власний розсуд. Тому є підстави вважати, що сторони за договором комісії можуть, наприклад, встановити, що вигода у разі її отримання буде належати не комітентові, а комісіонерові або їм обом у певних частках.

У зв'язку з тим, що комісіонер діє за рахунок комітента, він має право на відшкодування витрат, зроблених ним у зв'язку з виконанням своїх обов'язків (ст. 1024 ЦК). Такі витрати можуть бути пов'язані з переїздом комісіонера в іншу місцевість для вчинення правочину, необхідністю оренди транспортних засобів або приміщення, зберіганням або страхуванням майна тощо. Право на відшкодування витрат за певних умов зберігається за комісіонером навіть у разі, якщо він не виконав комісійного доручення і не вчинив правочин. Комісіонер може отримати відшкодування, якщо: а) він вжив усіх заходів щодо вчинення правочину; б) не міг його вчинити за обставин, які від нього не залежали (наприклад, різка зміна цін на ринку певних товарів або послуг, відсутність необхідного товару тощо).

Комісіонер зобов'язаний діяти відповідно до вказівок комітента (ч. 1 ст. 1014 ЦК). При вчиненні договору з третьою особою може виникнути непередбачена ситуація, коли комісіонер не може виконати усі вказівки комітента. У такому разі необхідно отримати нові розпорядження комітента щодо виконання правочину. Комісіонер має право відступити від вказівок комітента і вчинити правочин на інших, ніж передбачено договором доручення, умовах за двох обставин: а) якщо цього вимагають інтереси комітента; б) комісіонер не міг попередньо запитати комітента або не одержав від нього відповіді на свій запит у розумний строк. Особливі правила встановлено щодо комісіонера, який є підприємцем. З урахуванням того, що такий комісіонер діє за обставин, які можуть вимагати термінового прийняття рішення, йому за згодою комітента може бути надано право відступати від вказівок комітента без попереднього запиту про це, але з обов'язковим повідомленням комітента про допущені відступи.

У ЦК встановлені спеціальні правила, які стосуються відступу комісіонера від вказівок комітента під час учинення ним договорів купівлі та продажу майна (ч. 3, ч. 4 ст. 1017 ЦК). Це пояснюється пріоритетним застосуванням договору комісії саме в цій сфері. Кодекс регулює два види відносин, які тут можуть виникнути: 1) комісіонер продав майно за нижчою ціною порівняно з тією, яка була встановлена комітентом; 2) комісіонер купив майно за вищою ціною, ніж була визначена. Зрозуміло, що як у першому, так і в другому випадку комісіонер відступив від вказівок комітента щодо умов договору і не в найкращий для нього спосіб, тому така ситуація потребує спеціального законодавчого вирішення.

Якщо комісіонер продав майно за нижчою ціною, він повинен заплатити різницю комітентові. Унаслідок цього комітент отримує ту ціну, за якою він хотів продати майно. Ця норма є способом забезпечення інтересів комітента і певною санкцією проти комісіонера, який діяв неправомірно. Комісіонер звільняється від обов'язку

сплатити різницю в ціні, якщо доведе, що він не мав можливості продати майно за погодженою ціною, а його продаж за нижчою ціною попередив більші збитки. Дії комісіонера щодо продажу майна за нижчою ціною можуть бути вимушеними і пояснюватися реальною ситуацією, яка склалася на ринку товарів. Комісіонер повинен довести, що він продав майно хоча і за нижчою, ніж за договором, але найбільш вигідною ціною, яка могла бути отримана за таких умов, а непродаж майна, враховуючи тенденції розвитку ринку, міг спричинити ще більші збитки для комітента. Доказ вказаних обставин є достатнім для комісіонера, який є підприємцем і якому було надано право відступати від вказівок комітента без попереднього запиту про це. Якщо за нижчою ціною продав майно інший комісіонер, він має довести, що не міг попередньо запитати комітента про необхідність знижки ціни або не отримав у розумний строк відповіді на свій запит.

Якщо склалася протилежна ситуація й комісіонер купив майно за вищою, ніж була погоджена, ціною, для забезпечення своїх інтересів комітент може: а) не прийняти майно, яке комісіонер придбав для нього, сповістивши комісіонера про своє рішення в розумний строк після отримання повідомлення про цю купівлю; б) отримати різницю у ціні від комітента, який вимушений буде це зробити, бо вийшов за межі, які були встановлені комітентом. Якщо комітент зробив відповідну доплату за майно, комітент не має права відмовитися від прийняття виконання договору.

Комітент зобов'язаний забезпечити комісіонера всім необхідним для виконання обов'язку перед третьою особою (ч. 1 ст. 1016 ЦК). Існує чимало випадків, коли комісіонер не може здійснити виконання доручення, якщо комітент не забезпечить йому необхідних умов (комісіонер не може продати майно, яке належить комітентові, у зв'язку з тим, що товар не поступив на його склад; комітент не забезпечив комісіонера необхідними документами, які підтверджують якість товару, не надав технічної документації щодо його експлуатації тощо). У разі невиконання комітентом обов'язку, передбаченого ч. 1 ст. 1016 ЦК, може ставитися питання про застосування правил щодо прострочення боржника (ст. 613 ЦК). Відповідно до цього, якщо кредитор не вчинив дій, до вчинення яких боржник не міг виконати свій обов'язок, виконання зобов'язання може бути відстрочене на час прострочення кредитора.

Договір комісії не передбачає обов'язковості особистого його виконання комісіонером, як це має місце, наприклад, за договором доручення. Тому допускається заміна комісіонера на іншу особу — *субкомісія*. Така заміна здійснюється за певними правилами (ст. 1015 ЦК).

По-перше, для її проведення необхідна згода комітента. Укладаючи договір комісії, комітент веде справи з чітко визначеною особою, її заміна безпосередньо зачіпає його інтереси і може відбитися на результаті виконання доручення. Тому він вправі не погодитися на кандидатуру субкомісіонера, яку пропонує комісіонер, або взагалі на можливість його заміни. Це пояснює необхідність отримання згоди комітента на передачу повноважень комісіонера іншій особі. У виняткових випадках, якщо цього вимагають інтереси комітента, комісіонер має право укласти договір субкомісії без згоди комітента.

По-друге, навіть здійснивши передачу своїх повноважень субкомісіонеру, комісіонер залишається відповідальним за його дії перед комітентом. Це означає, що у разі невиконання субкомісіонером завдання перед комітентом відповідати буде комісіонер, а не субкомісіонер. Дане правило пояснюється тим, що субкомісія не є різновидом заміни боржника в зобов'язанні (переведення боргу), відповідно до конструкції якої права та обов'язки боржника переходять до іншої особи (ч. 1 ст. 512, статті 520–523 ЦК). У даному випадку мова йде про виконання обов'язку боржника іншою особою (ст. 528 ЦК). Таке виконання допускається, якщо воно передбачено договором сторін. При цьому, виходячи із загальних правил (ч. 2 ст. 528 ЦК), у разі невиконання або неналежного виконання обов'язку боржника іншою особою цей обов'язок боржник повинен виконати сам.

По-третє, за договором субкомісії комісіонер стає кредитором, який має право вимагати від субкомісіонера виконання доручення. У зв'язку з цим він набуває щодо субкомісіонера прав та обов'язків комітента. Комісіонер вправі блокувати виникнення прямих відносин між комітентом та субкомісіонером. Відповідно до цього комітент не має права без згоди комісіонера вступати у відносини з субкомісіонером. Якщо комісіонер не заперечує проти встановлення прямого контакту між комітентом та субкомісіонером, то вступає в дію правило ч. 1 ст. 528 ЦК, відповідно до якого кредитор (комітент) зобов'язаний прийняти виконання наданого ним доручення, якщо воно запропоноване за боржника іншою особою (субкомісіонером).

Комісіонер вчиняє з третьою особою договір за власним розсудом, визначаючи особу свого контрагента. При цьому він має діяти, виходячи з вимог розумності та справедливості (ст. 627 ЦК), застосовуючи такі застережні заходи, які тільки можливі для створення умов, найбільш вигідних для комітента. Разом з тим може виникнути ситуація, коли третя особа (контрагент) не виконує договору, укладеного з нею комісіонером (не передає майно, яке було оплачено комісіонером, не сплачує за отриманий товар обумовлену грошову суму тощо). За загальним правилом комісіонер не відповідає перед комітентом за невиконання третьою особою договору (ч. 4 ст. 1016 ЦК). Це пояснюється тим, що комісіонер не може відповідати за дії іншої особи — контрагента за договором, бо це вже виходить за межі його можливостей. Однак на комісіонера за таких обставин покладаються певні обов'язки.

По-перше, він зобов'язаний негайно повідомити комітента про невиконання третьою особою правочину, який було вчинено в його інтересах. По-друге, комісіонер зобов'язаний зібрати та забезпечити необхідні докази, які є необхідними для майбутнього позову, — акти про недоліки майна, його втрату, недостачу та пошкодження, банківські документи, страхові свідоцтва (поліси, сертифікати) тощо. Комісіонер має право це робити у зв'язку з тим, що саме він є стороною договору і йому як кредитору належить право вимоги до третьої особи. Разом з тим з урахуванням особливостей відносин, які виникають із договору комісії, комітент може вимагати від комісіонера відступлення йому права вимоги до третьої особи. Таке відступлення проводиться за загальними правилами заміни кредитора в зобов'язанні (статті 512–519 ЦК).

У деяких випадках при невиконанні зобов'язання третьою особою може виникати відповідальність самого комісіонера. Це можливо за двох підстав: а) комісіонер був необачним при виборі особи, з якою він вчинив правочин; б) комісіонер поручився за виконання договору третьою особою (делькредере). У першому випадку відповідальність може виникати, якщо комісіонер, наприклад, вчинив правочин з юридичною особою, щодо якої була відкрита ліквідаційна процедура, або з представником, який діяв без необхідних повноважень, а також за інших обставин, коли є підстави вважати, що комісіонер діяв у виборі контрагента необачно.

У другому випадку йдеться про ситуацію, коли комісіонер поручився за виконання договору третьою особою. Як уже зазначалося, делькредере не є одним із способів забезпечення виконання зобов'язання. Хоча відносини, які виникають за договором комісії, коли комісіонер дає запоруку щодо дій третьої особи, зовні схожі з тими, що виникають у відносинах поруки, за своєю юридичною природою вони не є тотожними. Порука виникає у тому разі, коли поручитель поручається за третю особу перед кредитором, який сам є стороною в договорі. Так, за договором купівлі-продажу, який виникає між двома сторонами, поручитель поручається за виконання зобов'язання покупцем і бере на себе обов'язок у разі невиконання ним договору забезпечити його. Таким чином, поручитель не є стороною договору купівлі-продажу, а виступає як особа, яка допомагає належному виконанню зобов'язання й забезпеченню прав продавця. За договором комісії ситуація інша: стороною в договорі, тобто кредитором, виступає сам комісіонер. Він поручається за його виконання не перед стороною в договорі, як це має місце у разі поруки, а перед особою, в інтересах якої він діє — комітентом. Делькредере може розглядатися як спосіб забезпечення майнових інтересів кредитора. Якщо комісіонер поручається за третю особу, він бере на себе певні зобов'язання перед комітентом щодо виконання

правочину, який буде вчинено за участю третьою особою. Причому за це комісіонер отримує від комітента додаткову плату. Тому у разі невиконання договору особою, за яку поручився комісіонер, перед комітентом відповідає він, а не третя особа. У цьому також полягає відмінність делькредере від способів забезпечення виконання зобов'язання, зокрема поруки. Відповідно до ч. 1 ст. 554 ЦК у разі порушення боржником зобов'язання, забезпеченого порукою, боржник і поручитель відповідають перед кредитором як солідарні боржники, якщо договором поруки не встановлено додаткову (субсидіарну) відповідальність поручителя. За договором комісії не виникає солідарної або субсидіарної відповідальності, перед комітентом відповідає лише одна особа — комісіонер.

Комітент зобов'язаний забезпечити комісіонера всім необхідним для виконання обов'язку перед третьою особою (ч. 1 ст. 1016 ЦК). Існує чимало випадків, коли комісіонер не може здійснити виконання доручення, якщо комітент не забезпечить йому необхідних умов (комісіонер не може продати майно, яке належить комітентові, у зв'язку з тим, що товар не надійшов на його склад; комітент не забезпечив комісіонера необхідними документами, які підтверджують якість товару, не надав технічної документації щодо його експлуатації тощо). У разі невиконання комітентом обов'язку, передбаченого ч. 1 ст. 1016 ЦК, може ставитися питання про застосування правил щодо прострочення боржника

(ст. 613 ЦК). Відповідно до цього, якщо кредитор не вчинив дій, до вчинення яких боржник не міг виконати свій обов'язок, виконання зобов'язання може бути відстрочене на час прострочення кредитора.

Велике значення має питання щодо належності майна, яке комісіонер отримав за правочином, який він вчинив із третьою особою.

ЦК відтворює традиційну конструкцію, відповідно до якої майно, придбане комісіонером за рахунок комітента, є власністю комітента

(ст. 1018 ЦК). За загальним правилом право власності у набувача за договором виникає з моменту передання йому майна (ч. 1 ст. 334 ЦК). Інше може бути встановлено договором або законом.

Щодо договору комісії ст. 1018 ЦК встановлює спеціальне правило. Воно полягає в тому, що комітент стає власником майна, яке придбав для нього комісіонер, ще до його одержання, із моменту, коли його одержав комісіонер. Ця норма має імперативний характер і не може змінюватися за домовленістю сторін, бо інша конструкція свідчила би про наявність не договору комісії, а іншого договору (купівлі-продажу, міни тощо). Наприклад, одна особа купує майно від свого імені і набуває щодо нього право власності з метою продати його в майбутньому іншому суб'єкту. У такому випадку наявними є два самостійних договори купівлі-продажу, а не договір комісії, за яким одна особа купує річ для іншої.

Ця обставина тягне за собою цілу низку важливих юридичних наслідків. По-перше, у зв'язку з тим, що комітент є власником майна, яке було отримано комісіонером, для останнього воно є чужим майном. Тому комісіонер повинен передати комітентові все одержане за договором комісії (ч. 1 ст. 1022 ЦК). При цьому комісіонер повинен надати комісіонерові звіт про виконання доручення, в якому вказати дані про вчинений ним правочин (правочини), свої витрати, пов'язані з виконанням доручення, умови відступу від указівок комісіонера тощо.

По-друге, комісіонер зобов'язаний зберігати майно комітента. Комісіонер відповідає перед комітентом за втрату, недостачу або пошкодження майна комітента (ч. 1 ст. 1021 ЦК). У зв'язку з тим, що комісіонер до передачі майна комітенту тримає його у себе, він повинен поводитися з ним певним чином, враховуючи, що має справу з чужим майном. У даному випадку не виникає потреби вчинення спеціального договору зберігання, бо обов'язок комісіонера зберігати майно впливає із суті договору комісії. Комісіонер повинен ужити заходів щодо охорони прав та інтересів комітента за двох обставин: а) якщо при прийнятті майна, що надійшло від комітента, або майна, що надійшло для комітента, будуть виявлені недостача або пошкодження;

б) у разі завдання шкоди майну комітента. У таких випадках комісіонер повинен скласти відповідні акти прийому товару, які б свідчили про недостачу або пошкодження майна, зібрати необхідні докази, здійснити дії щодо перевезення майна в інше місце, в якому йому не буде загрозувати небезпека, тощо. Комісіонер повинен негайно повідомити комітента про ситуацію, яка виникла, та про свої дії.

Для підвищення захисту інтересів комітента на комісіонера може бути покладено обов'язок за рахунок комітента застрахувати майно, яке він одержить за договором із третьою особою (майнове страхування). Якщо комісіонер виконав це доручення, то в разі пошкодження або знищення майна (страховий випадок) виникають відносини, які регулюються нормами гл. 67 ЦК. Якщо комісіонер не виконав обов'язку щодо страхування майна, він особисто відповідає перед комітентом за його втрату, недостачу або пошкодження (ч. 3 ст. 1021 ЦК).

По-третє, комітент як власник за загальним правилом несе ризик випадкового знищення та випадкового пошкодження майна. Таким чином, якщо майно, яке належить комітентові, буде знищено або пошкоджено через випадкові обставини, то збитки понесе комітент, який не має права вимагати їх відшкодування від будь-якої особи. Це правило не є імперативним. Відповідно до ст. 323 ЦК такий ризик несе власник, якщо інше не встановлено договором або законом. Таким чином, сторони за договором комісії можуть встановити, що ризик випадкового знищення та пошкодження майна до його передачі комітентові несе комісіонер, або розподілити такий ризик між собою у певних частках.

По-четверте, на майно, яке належить комітентові і перебуває у комісіонера, на загальних підставах може бути звернене стягнення за вимогами кредиторів комітента. ЦК установлює спеціальне правило, що спрямоване на захист інтересів комісіонера у разі, коли комітент не виконує своїх обов'язків за договором комісії. Відповідно до ст. 1019 ЦК комісіонер має право для забезпечення своїх вимог притримати річ, яка має бути передана комітентові. При цьому комісіонер відповідає за втрату, псування або пошкодження речі, яку він притримує в себе, якщо вони сталися з його вини; комісіонер, як кредитор, не має права користуватися річчю, яку він притримує у себе (ч. 2, ч. 3 ст. 595 ЦК); комісіонер несе ризик випадкового знищення або випадкового пошкодження притриманої речі, якщо інше не встановлено законом

(ч. 4 ст. 594 ЦК). Якщо комітент оголошений банкрутом, правила щодо притримання речі перестають діяти. Комісіонер вважається заставодержателем притриманої ним речі. У зв'язку з тим, що вимоги кредиторів, які забезпечені заставою, задовольняються у першу чергу (п. 1 ч. 1 ст. 112 ЦК), комісіонер має переважне перед іншими кредиторами право щодо захисту своїх майнових прав.

Інтереси комісіонера можуть задовольнятися ще одним шляхом. Відповідно до ст. 1020 ЦК комісіонер має право відраховувати належні йому за договором суми з усіх грошових коштів, що надійшли до нього для комітента. Це можливо лише за умови, якщо інші кредитори комітента не мають переважного перед ним права на задоволення своїх вимог із грошових коштів, що належать комітентові.

Стаття 1018 ЦК встановлює, що власністю комітента є майно, яке було для нього придбано комісіонером. Не викликає сумніву, що комітенту належить також майно, яке він передав комісіонеру для продажу. Так моделюються відносини в **договорі консигнації**, який є різновидом договору комісії. Його сутність полягає в тому, що комітент, який є виробником певного товару, передає його на склад комісіонера для подальшого продажу від імені комісіонера. Якщо певна кількість товару не буде продана, комісіонер може повернути її комітентові або купити для себе. Хоча комісіонер (консигнатор) продає майно від свого імені, він не набуває на нього права власності. Таким чином, протягом усього часу, поки товар знаходиться у комісіонера, його власником є комітент.

Комісіонер повинен надати комітентові звіт і передати йому все одержане за договором комісії. У свою чергу, комітент зобов'язаний: прийняти від комісіонера все належно виконане за договором і оглянути придбане для нього майно. Якщо в майні будуть виявлені певні недоліки, комітент зобов'язаний повідомити

комісіонера про вказану обставину негайно. Може він висловити й певні заперечення щодо звіту комісіонера. Комітента можуть не влаштовувати наведені у звіті суми витрат комісіонера або субкомісіонера, дані про необхідність виконання тих чи інших дій тощо. Про свої заперечення щодо звіту комітент має повідомити комісіонера протягом тридцяти днів від дня отримання звіту. В іншому випадку звіт комісіонера вважається прийнятим (статті 1022, 1023 ЦК).

Договір комісії може **припинятися** на загальних підставах. На відміну від розірвання договору, яке передбачає згоду сторін (ч. 1 ст. 651 ЦК), договір комісії може припинитися за ініціативи однієї з них. У ЦК закріплені дві підстави такого припинення: а) відмова від договору комітента (ст. 1025 ЦК); б) відмова від договору комісіонера (ст. 1026 ЦК).

Відносно вирішення питання щодо припинення договору комісії комітент порівняно з комісіонером має певні переваги: за загальним правилом він може відмовитися від договору у будь-який час. Не зобов'язаний він також пояснювати комісіонерові підстави своєї відмови. Разом з тим закон захищає й інтереси комісіонера. Відмова комітента безпосередньо торкається інтересів комісіонера, бо внаслідок такої відмови останній вимушений змінювати свої плани, спрямовувати свою діяльність в інших напрямках, шукати контрагентів за новими договорами тощо. Це має особливе значення, якщо договір комісії було укладено без визначення строку й відносини між комітентом і комісіонером мали тривалий, постійний характер. У таких випадках комітент повинен повідомити комісіонера про відмову від договору не пізніше ніж за тридцять днів (ч. 2 ст. 1025 ЦК). Якщо договір комісії мав строковий характер, правило щодо обов'язкового повідомлення про відмову від нього не застосовується і комітент вправі повідомити комітента про своє рішення і в більш стислі строки.

При відмові комітента від договору постає питання щодо долі майна, яке залишилося у комісіонера. Комітент повинен розпорядитися ним у строк, який було встановлено в договорі (якщо це мало місце), а за його відсутності — негайно. Це правило також спрямоване на забезпечення інтересів комісіонера. Майно, яке він тримає у себе, може бути значним за обсягом, кількістю та загальною вартістю, воно може потребувати спеціального догляду та відповідних умов зберігання. Знаходження такого майна у комісіонера (на його складах) є цілком обґрунтованим під час дії договору комісії і перестає бути таким після його припинення. Тому і встановлено правило щодо скорішого вирішення комітентом питання про розпорядження своїм майном. У разі невиконання комітентом цього обов'язку комісіонер має право передати це майно на зберігання за рахунок комітента іншим особам або продати майно за найвигіднішою для комітента ціною.

У разі відмови комітента від договору між сторонами проводяться необхідні розрахунки. Комісіонер має право на: а) відшкодування витрат, зроблених ним у зв'язку з виконанням договору; б) плату за фактично вчинені дії (ч. 4 ст. 1025, ч. 5 ст. 1013 ЦК). Договір комісії передбачає, що комісіонер діє за рахунок комітента, тому всі витрати, які комісіонер зробив під час виконання доручення, мають бути відшкодовані комітентом. Що ж стосується плати, яку комітент повинен сплатити комісіонерові, то її розмір обмежується тільки фактично вчиненими діями комісіонера. Це пояснюється тим, що комісіонер не виконав свого обов'язку в повному обсязі і не вчинив договір, який передбачався сторонами в договорі комісії. Хоча вини комісіонера в цьому немає, бо ініціатива припинення договору надходила від комітента, він не може претендувати на плату, яка б йому належала у разі виконання доручення в повному обсязі. Закон не передбачає також відшкодування комітентом збитків, які можуть виникнути у комісіонера у зв'язку з припиненням договору.

Договір комісії може бути припинено не тільки за ініціативою комітента, але і при відмові від договору комісіонера (ст. 1026 ЦК). Проте це можливо лише у деяких випадках. Відповідно до ч. 1 ст. 1026 ЦК комісіонер не має права відмовитися від договору комісії, якщо цей договір мав строковий характер, тобто

в ньому було встановлено строк його дії. Таке положення спрямовано на захист інтересів комітента й установа необхідної стабільності у відносинах між сторонами. Комітент, який доручив виконання договору іншій особі, має бути впевнений у тому, що його доручення буде виконано. У першу чергу це має значення у випадках, коли строк виконання договору був обумовлений сторонами і давав комітенту підстави розраховувати на його виконання протягом певного часу. Інша справа, коли такий строк установлено не було. Зазвичай це свідчить про тривалість відносин між сторонами, їх постійний характер (наприклад, за договором про надання брокерських послуг (брокерське обслуговування) комісіонер (брокер) постійно здійснює в інтересах комітента правочини щодо купівлі-продажу товару). Відносини, які мають безстроковий характер, можуть бути припинені з ініціативи комісіонера, але при виконанні ним певних дій. По-перше, комісіонер повинен повідомити комітента про свою відмову не пізніше ніж за тридцять днів; по-друге, вжити заходів, необхідних для збереження майна комітента.

Після відмови комісіонера від договору комітент повинен розпорядитися своїм майном, яке знаходиться у комісіонера. Це можуть бути речі, які були надані комісіонерові для виконання доручення або частково отримані від контрагента за договором для передачі комітенту. Для розпорядження таким майном комітенту надається п'ятнадцять днів від дня отримання ним повідомлення комісіонера про відмову від договору. В іншому випадку у комісіонера виникає право: а) передати майно на зберігання за рахунок комітента; б) продати його за найвигіднішою для комітента ціною.

Ще однією підставою припинення договору комісії, яка спеціально визначена в гл. 69 ЦК, є смерть фізичної особи або припинення юридичної особи (ст. 1027 ЦК). Як уже зазначалося, договір комісії не має такої ознаки, як особисто-довірчий характер відносин між його сторонами. Це відбивається і на вирішенні питання щодо припинення договору комісії. За загальним правилом у разі смерті фізичної особи або ліквідації юридичної особи комісіонера договір комісії припиняється. Разом з тим такі наслідки виникають не завжди. Якщо юридична особа — комісіонер припиняється з переданням усього належного їй майна, прав та обов'язків іншим юридичним особам, тобто якщо має місце правонаступництво (ст. 104 ЦК), договір комісії може зберігати свою силу. Вирішення цього питання залежить від комітента. Договір комісії не припиняється, якщо комітент згодний продовжити його дію і його влаштовує особа нового комісіонера — правонаступника юридичної особи. В іншому випадку комітент протягом строку, встановленого для заявлення кредитором своїх вимог (ч. 4 ст. 105 ЦК), має повідомити про свою відмову від договору комісії.

ЦК не встановлює правил щодо окремих видів договору комісії. У ньому закріплене загальне правило, відповідно до якого законом можуть бути встановлені особливості договору комісії щодо окремих видів майна (ст. 1028 ЦК). Такий підхід у цілому є виправданим. Дійсно, у ЦК мають бути закріплені основні, найбільш важливі норми щодо договору комісії. Норми, які б враховували особливості окремих видів відносин, що випливають із договору комісії, можуть знайти своє закріплення у спеціальних нормативних актах. Звертає на себе увагу один важливий момент: відповідно до ст. 1028 ЦК регулювання окремих видів договору комісії має здійснюватися законами, а не підзаконними нормативними актами, як це нерідко має місце сьогодні (наприклад, Правила комісійної торгівлі непродовольчими товарами, затверджені наказом Міністерства зовнішньоекономічних зв'язків і торгівлі України від 22 березня 1995 р. № 79/615). Такий підхід потребує прийняття відповідних законів, які б регулювали відносини, які виникають в окремих видах договору комісії.

Питання для самоконтролю

1. Наведіть визначення договору комісії та визначте його юридичну характеристику.

2. Охарактеризуйте структуру договірних зв'язків договору комісії як різновиду посередницьких договорів.
3. Назвіть правила заміни комісіонера за договором комісії (субкомісії).
4. Визначте предмет договору комісії.
5. У чому полягає зміст договору комісії?
6. Наведіть поняття делькредере і визначте його природу.
7. Назвіть підстави припинення договору комісії.

ГЛАВА 51

ДОГОВІР УПРАВЛІННЯ МАЙНОМ

§ 1. Загальна характеристика договору (предмет, форма, сторони)

Згідно зі ст. 1029 ЦК України *за договором управління майном одна сторона (установник управління) передає другій стороні (управителеві) на певний строк майно в управління, а друга сторона зобов'язується за плату здійснювати від свого імені управління цим майном в інтересах установника управління або вказаної ним особи (вигодонабувача).*

Договір управління майном укладається внаслідок різних причин, мотивів та обставин. Ними може бути необхідність, що виникла внаслідок неможливості здійснювати повноваження щодо свого майна самим власником, наприклад коли він є недієздатною, малолітньою особою тощо. Схожою є причина для укладення договору управління майном у складі спадщини, якщо воно потребує вчинення фактичних та юридичних дій для підтримання його в належному стані (ч. 1

ст. 1285 ЦК). Цей договір може укладатися також у випадку, коли власник майна не обізнаний у його використанні належним чином. Прикладом може слугувати одержання в спадщину підприємства особою, яка не має досвіду і бажання займатися підприємницькою діяльністю. Договір управління надає можливість примножити свій капітал діями професійного управлінця або підтримати іншу особу — вигодонабувача тощо.

Характерним для цього договору є позначення на здійснення управління в інтересах власника або названої ним особи — вигодонабувача. Тому від управителя вимагаються добросовісність, турботливість, розумність як за дії в чужому інтересі. Однак ЦК не називає договір управління майном довірчим, незважаючи на те, що отримання таких повноважень, яких набуває управитель, очевидно обумовлює підвищений ступінь довіри.

Укладенням такого договору замінюється або опосередковується реалізація правомочностей власника, визначених ст. 317 ЦК як права володіння, користування та розпоряджання його майном. Проте зосередження в управителя всіх трьох названих правомочностей не тягне за собою перехід до нього права власності на майно, що передане йому в управління. Тобто договір управління майном не опосередковує набуття права власності в іншій особі (управителя) і не належить до групи договорів про передачу майна у власність (договори купівлі-продажу, міни, дарування тощо). Обсяг повноважень щодо управління майном, особливо що стосується розпоряджання ним, є або вужчим, ніж у власника, або хоч і тождешним власницьким, але контрольованим з боку власника чи інших осіб (органу опіки та піклування, нотаріуса). Інакше кажучи, на відміну від власника, який здійснює своє право своєю волею, незалежно від волі інших осіб (ст. 316 ЦК), управитель реалізує правомочності залежно від волі власника або інших осіб.

Отже, на підставі договору управління майном між управителем і установником управління встановлюються зобов'язальні правовідносини. Однак ст. 1029 ЦК передбачає й можливість виникнення на підставі цього договору права довірчої власності. Такі самі положення містить Закон України «Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати» від 19 червня 2003 р., розд. V якого врегульовує довірчу власність і управління іпотечними активами.

Відомо, що довірча власність набула широкого застосування в англо-американському праві, яким вироблені відповідні засади й механізми і, що головне, у відсутність у ньому традиційного для права України дуалістичного поділу цивільних правовідносин на речові та зобов'язальні. Внаслідок введення до законодавства України норм про довірчу власність складається нетипова правова конструкція, якою охоплюються одночасно як зобов'язальні, так і речові відносини. У частині 2 ст. 1029 ЦК зазначається можливість обрання того чи іншого варіанта відносин: або сторони договору управління майном домовляються про те, що вони залишаються між собою в зобов'язальних правовідносинах, або з укладенням цього договору відносини між ними піддаються регулюванню нормами про речові права.

Тому, виходячи зі ст. 1029 ЦК, можна змоделювати декілька конструкцій правовідносин. *Перша*: договірні правовідносини, в яких перебувають сторони договору управління майном. *Друга*: договір управління майном є юридичним фактом, на підставі якого відбувається перехід права власності на майно від установника управління майном до набувача (довірчого власника). З передачею цього майна (виконанням договору) цей договір припиняється і виникають речові відносини — довірчої власності. *Третя*: речові відносини (довірчої власності) існують паралельно із зобов'язальними відносинами (довірчого управління). Схожою є ситуація з регулюванням емфітевзису

(гл. 33 ЦК) та суперфіцію (гл. 34 ЦК), які хоч і є речовими правами, але не тільки встановлюються на підставі договору, а й існують як договірні, тобто залишаються одночасно і зобов'язальними.

Договір управління майном належить до договорів про надання послуг, якими є здійснення прав власника стосовно переданого в управління майна. Цей договір схожий з договором про передачу майна в користування, наприклад оренду. Проте користування майном орендарем відрізняється від користування майном управителем, який його здійснює не для задоволення власних потреб у цьому майні, а задля інтересів установника управління або вигодонабувача. Інтерес управителя полягає не в доступі до майна, використанні його властивостей, а в отриманні оплати від виконання своїх функцій або в іншому (наприклад, виконанні моральних зобов'язань перед підопічним або родичами померлого тощо).

Договір управління слід відмежовувати й від договорів комісії (ст. 1011 ЦК), доручення (ст. 1000 ЦК) та агентського договору, врегульованого в гл. 31 Господарського кодексу України. Так, якщо за договорами комісії та доручення зобов'язана сторона виконує лише юридичні дії або вчиняє тільки правочини, то управитель майна, крім юридичних дій, здійснює будь-які фактичні дії (ч.

2 ст. 1038 ЦК). Повірений за договором доручення діє від імені довірителя, а управитель — від власного імені. Крім того, на відміну від названих договорів договір управління майном не можна вважати посередницьким.

Договір управління майном є двостороннім (оскільки права та обов'язки мають обидві його сторони); реальним (тому що вважається укладеним з передачею майна); за загальним правилом оплатним (внаслідок самого визначення, яке дається в ст. 1029 ЦК). Плата може бути у вигляді одноразової суми; визначених щомісячних виплат або утримань від доходів, що приносяться майном, переданим в управління; процентів від таких доходів тощо. Проте не повинно виключати існування й безоплатного договору управління майном, коли мотивами управителя не є отримання доходу від виконання дій за цим договором, наприклад якщо він відчуває моральні зобов'язання щодо підопічного або особи, яка безвісно відсутня.

Договір управління майном діє відносно тривалий строк і не укладається на виконання разових дій: цей строк може обумовлюватися й причинами його укладення (наприклад, до прийняття спадщини).

Істотними умовами договору управління майном, з якими пов'язане його укладення, є перелік майна, що передається в управління, форма та розмір плати за управління (ст. 1035 ЦК). Інші умови договору містяться в ньому за бажанням сторін. До таких належить навіть строк управління майном, який слід встановити в договорі. Однак оскільки умова про строк не є істотною, непередбачення його в договорі не дає підстави вважати його неукладеним. В цьому разі слід керуватися ч. 1 ст. 1036 ЦК про п'ятирічний строк дії договору.

Форма договору управління майном — письмова (ст. 1031 ЦК). У випадку, коли предметом договору є нерухомість, він підлягає нотаріальному посвідченню та державній реєстрації. При порушенні вимог про нотаріальне посвідчення договору настають наслідки, передбачені ст. 220 ЦК, тобто цей договір є нікчемним.

Предметом договору управління може бути будь-яке майно (у тому числі майнові права). Особливості становлять грошові кошти, управління за договором якими може здійснюватися як виняток у випадках, передбачених законом (ст. 1030 ЦК). Так, п. 5 ч. 4 ст. 47 Закону України «Про банки і банківську діяльність» передбачає можливість для банків здійснення операцій по управлінню грошовими коштами клієнтів. Прикладом управління грошовими коштами є також діяльність по управлінню активами або коштами спільного інвестування згідно із Законом України «Про інститути спільного інвестування (пайові та корпоративні інвестиційні фонди)» від 15 березня 2001 р.

За відсутності прямої заборони передаватися в управління можуть як нерухомі, так і рухомі речі, як індивідуально-визначені, так і речі, визначені родовими ознаками. При цьому слід лише додержуватися вимоги щодо відокремлення майна, яке передається в управління, від іншого майна установника управління і від майна управителя. У такий спосіб майно, що є предметом договору, не тільки індивідуалізується (хоча б це були й речі, визначені родовими ознаками), а й обліковується управителем на окремому балансі для запобігання його змішанню з майном останнього і належного ведення справ щодо нього. Однак зазвичай предметами договору управління майном виступають підприємство як єдиний майновий комплекс, нерухомі речі, цінні папери.

Майно, яке передається в управління за цим договором, за загальним правилом має належати установнику управління на праві власності (ч. 1 ст. 1032 ЦК). Тому не можна укласти договір на управління майном невластника (наприклад, з особою, якій майно належить на підставі договору, — орендарем тощо). Винятки становлять випадки, коли власник не має достатнього обсягу дієздатності, або визнаний судом безвісно відсутнім, або помер.

Предметом договору управління майном можуть бути й майнові права, що належать суб'єктам зобов'язальних правовідносин і суб'єктам права інтелектуальної власності. Оскільки управління грошовими коштами може встановлюватися лише, якщо вони знаходяться в банку на відповідному рахунку клієнта, сума,

яку бажано передати в управління, є зобов'язальним правом вимоги, а не об'єктом речового права (права власності). Відповідно предметом договору управління будуть майнові права на цю суму грошей.

Предметом договору управління також можуть бути майнові права інтелектуальної власності. Спеціального їх відокремлення при цьому не потрібно, оскільки до припинення цих прав або їх передачі іншій особі управомоченим залишається їх творець (автор, патентоволоділець тощо), чим і обумовлюється неможливість їх змішання з майном (правами) управителя.

У статті 1045 ЦК зазначається, що особливості управління цінними паперами встановлюються законом. Додержання вимоги про відокремлення бездокументарних цінних паперів як предмета договору управління відбувається через механізми ведення реєстрів власників іменних цінних паперів та інші відокремлені способи зберігання цінних паперів, передбачені Законом України «Про Національну депозитарну систему та особливості електронного обігу цінних паперів в Україні» від 10 грудня 1997 р.

В управління може передаватися майно, що є предметом договору застави (ст. 1039 ЦК), за умов попереднього попередження управителя установником управління про це. Це може бути у випадках, наприклад, коли предметом договору управління є нерухомість, що перебуває у заставі, яку доцільно передати в управління для кращого її використання, ніж це може зробити її власник, або у відсутність останнього. При цьому доходи від управління використовуються для погашення заборгованості за договором, забезпеченим заставою.

Власником заставленого майна залишається заставодавець, який і буде установником управління. Вимога про попередження управителя про заставу предмета договору потребується тому, що на це майно може бути звернено стягнення за договором застави на вимогу заставодержателя, внаслідок чого воно вилучається від управителя. Останній може зазнати при цьому збитків. Тому правом управителя при недодержанні вимоги про його попередження щодо застави предмета договору управління (або коли він сам не знав та ніяк не міг знати про це) є вимога розірвання договору з виплатою плати, передбаченої цим договором за весь строк управління таким майном.

Майно, передане в управління, має особливий правовий режим, що впливає з такого. По-перше, воно залишається у власності установника управління, однак на нього не допускається звернення стягнення за вимогою кредиторів установника управління, крім двох випадків: а) коли установника управління визнано банкрутом; б) коли відбувається звернення стягнення на майно, що є предметом договору застави, за вимогою заставодержателя. По-друге, це майно обліковується управителем окремо від свого майна, не допускаючи його змішання (ч. 3 ст. 1030 ЦК).

Сторонами договору управління майном є установник управління та управитель. Договір управління майном може укладатися на користь третьої особи — вигодонабувача, яка не стає стороною договору.

Установниками управління можуть бути особи, передбачені ст. 1032 ЦК, а також іншими статтями ЦК та положеннями актів цивільного законодавства, а саме: а) орган опіки та піклування (статті 1032, 54 ЦК та ін.); б) опікун (статті 1032, 72 ЦК та ін.); в) піклувальник (ст. 1032 ЦК); г) нотаріус або відповідний орган місцевого самоврядування (ст. 1285 ЦК); д) спадкоємці (статті 1287, 1289 ЦК); е) носії прав на об'єкти інтелектуальної власності (статті 426, 427 ЦК); є) органи державної влади, органи влади Автономної Республіки Крим або місцевого самоврядування при передачі в управління державного або комунального майна.

Договір управління майном може бути з множинністю осіб як на стороні кредитора (установника управління), так і на стороні боржника (управителя). Перший випадок характерний, наприклад, при наявності права спільної власності, коли співвласники укладають за взаємною згодою договір управління майном. При цьому поряд із нормами гл. 70 ЦК застосовуються норми гл. 26 ЦК та/або гл. 8 СК. Якщо обставини диктують

необхідність управління майном кількома особами чи це міститься, наприклад, у заповіті, в договорі буде пасивна множинність осіб. Не виключається також і змішана множинність осіб в цьому договорі.

Для договору управління майном як тривалого зобов'язання можлива й заміна сторін, що відбувається внаслідок переходу права власності на майно, передане в управління, від установника управління до іншої особи. Це може пов'язуватись як із відчуженням такого майна, так і зі смертю його власника. У цих випадках договір не припиняється і місце колишнього власника (установника управління) заступає інша особа.

ЦК передбачає випадки, коли стороною договору управління майном виступає не власник, а інші особи. Це може бути: а) коли власник не має достатнього обсягу дієздатності; б) у відсутність власника; в) у разі смерті власника; г) коли йдеться про державне та комунальне майно, право на яке за загальним правилом здійснюється опосередковано через відповідні державні органи або органи місцевого самоврядування (гл. 10 ЦК); д) якщо майнові права інтелектуальної власності на певний об'єкт передані творцем (автором, винахідником тощо) іншій особі у власність або використання на підставі виключної ліцензії.

Відсутність у власника достатнього обсягу дієздатності може бути, коли власником майна є малолітня, неповнолітня, недієздатна особа або особа з обмеженим обсягом дієздатності. У перших двох випадках установником управління буде опікун (ст. 67 ЦК). Орган опіки та піклування виступатиме установником управління лише: до призначення опікуна (ст. 65 ЦК) і у разі, коли предметом договору є майно, що використовується в підприємницькій діяльності (ст. 54 ЦК).

Слід звернути увагу також на те, що ч. 4 ст. 1032 ЦК поряд із ч. 2 ст. 34 ЦК встановлюється загальне правило про виступ неповнолітньої особи стороною договору управління майном за дозволом (згодою) батьків (усиновлювачів) або піклувальника. Спеціальною нормою (ст. 54 ЦК) передбачається, що у разі, коли неповнолітня особа стала власником майна, яке використовується у підприємницькій діяльності, стороною договору управління майном виступатиме не ця особа, а орган опіки та піклування.

Майно потребує управління ним і тоді, коли його власник з тих чи інших причин відсутній та місце перебування якого невідоме до винесення рішення судом про визнання цієї особи безвісно відсутньою (ч. 2 ст. 44 ЦК) або після цього (ч. 1 ст. 44 ЦК). У таких випадках згідно з ч. 2 ст. 1032 ЦК установником управління є орган опіки та піклування. Це деяким чином десонує з положеннями ст. 44 ЦК, в якій зазначається, що опіку над майном встановлює (а не просто посвідчує договір управління майном) нотаріус, при цьому до винесення рішення суду — за заявою органу опіки та піклування. Очевидно, що це слід розуміти як певну процедуру, а стороною у договорі управління майном має бути не нотаріус, а орган опіки та піклування.

За необхідності управління майном, що входить до складу спадщини, укладається договір, установником управління яким можуть бути нотаріус або спадкоємці (ч. 1 ст. 1285, 1287 ЦК). Останнє впливає з права спадкоємців призначити стороною особу, яка надає згоду на це (ст. 1289 ЦК), що і втілюється в договорі між ними.

Управління державним та комунальним майном відбувається на підставі договору, зокрема, коли йдеться про управління пакетами акцій, що належать державі або територіальній громаді. Установником управління при цьому виступатиме Фонд державного майна України (його регіональні відділення чи представництва) або інші державні органи, органи Автономної Республіки Крим, уповноважені управляти пакетами акцій, що належать державі. Установником управління пакетами акцій, що належать територіальній громаді, будуть відповідні органи місцевого самоврядування.

Якщо майнові права на об'єкт інтелектуальної власності передані творцем на підставі договору про їх відчуження іншій особі, остання стосовно їх може виступати установником управління. Ліцензіат, який набув

майнових прав на інтелектуальну власність на підставі виключної ліцензії, також може бути установником управління. Зазначені особи укладають у тому числі договори на управління майновими авторськими правами з організаціями колективного управління (ч. 5 ст. 32, ст. 45 та інші Закону України «Про авторське право і суміжні права»).

Оскільки управління майном має здійснюватися професійно, управителем може бути тільки суб'єкт підприємницької діяльності — фізична або юридична особа. Проте це правило не повинно застосовуватися до управителя майном підопічного, а також до особи, визнаної безвісно відсутньою чи місцезнаходження якої невідоме, або спадковим майном. Виняток мають становити випадки, коли управління потребує майно, що використовується в підприємницькій діяльності, управителем яким може бути тільки суб'єкт такої діяльності.

Вигодонабувач — це третя особа, на користь якої укладається договір управління майном. Вигодонабувач — не обов'язкова фігура в конструкції управління майном. Договір управління майном часто укладається на користь самого установника управління. Вигодонабувачем може бути будь-яка юридична або фізична особа з різним обсягом дієздатності. ЦК встановлюється заборона лише самому управителю майна виступати як вигодонабувач.

Вигодонабувач (якщо ним є третя особа) не має ніяких обов'язків. Його правами є право вимагати від управителя належного виконання, але не взагалі, а на його користь, тобто здійснення йому управителем належних виплат; право відмовитися від договору у зв'язку з неможливістю управителя здійснювати управління майном (п. 6 ч. 1 ст. 1044 ЦК); право на відмову від винагороди за договором (п. 4 ч. 1 ст. 1044 ЦК), внаслідок чого договір управління майном може припинитися.

§ 2. Права та обов'язки сторін

Права та обов'язки сторін договору управління майном обумовлюються його метою та повноваженнями управителя. Оскільки цей договір є двостороннім, правами й обов'язками наділені обидві його сторони.

Права та обов'язки управителя передбачаються в статтях 1037–1041 ЦК, у яких вони визначені загальним чином, а чітке їх регламентування міститься в договорі. Права та обов'язками управителя є:

а) *здійснення юридичних і фактичних дій*, пов'язаних з управлінням майном (ч. 2 ст. 1038 ЦК), що являють собою реалізацію відносно переданого йому майна правомочностей власника у межах, встановлених договором та законом. Про таке прямо зазначається в ч. 5 ст. 1033 стосовно дій довірчого власника по володінню, користуванню та розпоряджанню майном, переданим йому в довірчу власність. При цьому ЦК висуваються певні умови до здійснення управителем своїх прав та обов'язків, які стосуються насамперед вимог до управителя діяти з високим ступенем турботливості, дбайливого ставлення до майна, переданого в управління. Управитель при укладенні договорів на виконання управління має позначати, що він хоча і є стороною договору, але діє як управитель, а не власник (частини 2 та 3 ст. 1038 ЦК). Відчуження цього майна і передання його в заставу відбуваються лише за згодою установника управління, що має виражатися додатково, безпосередньо перед вчиненням відповідних дій управителем. Останній здійснює свої права та обов'язки за договором особисто, що, однак, не виключає можливості для управителя доручити іншій особі (замісникові) вчинити певні дії за наявності наступних умов і наслідків цього (ст. 1041 ЦК). По-перше, якщо можливість такої передачі передбачається в договорі або коли в певних ситуаціях, в яких опинився управитель або майно, цього вимагають інтереси установника управління або вигодонабувача. По-друге, управитель не міг отримати в розумний строк відповідні вказівки установника управління і мусив діяти таким чином для забезпечення належного здійснення своїх повноважень за договором. По-третє, замісник управителя буде

діяти не від власного імені, а від імені управителя, тобто між ними виникають правовідносини доручення. По-четверте, відповідальність за дії замісника управителя перед установником управління несе управитель;

б) *право на плату*, розмір якої встановлюється договором. Окрім плати, управитель має право на компенсацію витрат, понесених ним при здійсненні своїх повноважень. Форми сплати управителю зазначених коштів встановлюються договором, у якому може передбачатися право управителя утримувати належні йому суми з доходів від управління майном, а решту коштів перераховувати установнику управління або вигодонабувачеві (ст. 1042 ЦК);

в) *право на одержання доходів від управління майном і розпорядження ними* відповідно до умов договору, тобто спрямовувати їх частково на погашення витрат щодо утримання майна, надання йому ремонту при необхідності тощо. Решту коштів управитель передає установнику управління або вигодонабувачеві, якщо інше не передбачено договором. Наприклад, такі кошти можуть, у свою чергу, бути предметом банківського вкладу чи використовуватись для придбання цінних паперів з виплатою доходу вже в інші строки, передбачені відповідними договорами між управителем та банком чи іншою кредитною установою, або в строки, що обумовлюються правами з цінних паперів — акцій, облігацій тощо;

г) *на захист*, що аналогічне правам осіб, що мають речові права на майно. Управитель може пред'являти виндикаційний, негативний та інші позови від власного імені;

д) *звітування* перед установником управління за свої дії для здійснення останнім належного контролю за діями управителя, його витратами, доходами тощо. Порядок, строки і форми звітування встановлюються в договорі;

е) *несення ризику випадкової загибелі*, пошкодження або знищення майна, якщо це передбачено договором (ст. 323 ЦК);

є) *розірвання договору* у випадку, якщо установник управління не попередив управителя про те, що майно, передане в управління, є предметом застави, та з інших підстав, передбачених ст. 1044 ЦК;

ж) *повернення майна* установнику управління або іншим особам згідно з договором або законом у стані, що відповідає передбаченому договором.

Управитель відповідає за свої дії перед установником управління, вигодонабувачем, а також перед іншими особами, з якими він вступив у договірні відносини, здійснюючи свої повноваження щодо управління майном (ст. 1043 ЦК). Перед установником управління управитель несе відповідальність шляхом відшкодування завданих йому збитків при пошкодженні майна, його загибелі у випадках, передбачених договором (понесених витрат на приведення майна в належний стан, а також неотриманих доходів). Перед вигодонабувачем управитель відповідає, відшкодовуючи йому упущену вигоду, тобто ті доходи, які він мав отримати від майна, переданого в управління, і не отримав. Перед третіми особами управитель відповідає як звичайна сторона договору, повністю компенсуючи збитки, сплачуючи неустойку тощо, якщо це передбачено умовами укладеного між ними договору. При цьому управитель відповідає за рахунок вартості майна, переданого в управління, а в разі його недостатності — з іншого майна, що належить йому на праві власності. Інакше кажучи, управитель несе субсидіарну відповідальність перед третіми особами своїм власним майном. Це загальне правило. Спеціальне ж правило міститься в ч. 3 ст. 1043 ЦК, якою передбачається несення управителем субсидіарної відповідальності перед третіми особами й за його дії з перевищенням повноважень або встановлених обмежень, якщо треті особи доведуть, що вони не знали і не могли знати про це.

Права та обов'язки установника управління полягають у: а) виплаті управителю плати, обумовленої договором; б) попередженні управителя про те, що передане майно є предметом договору застави (ч. 2 ст. 1039 ЦК); в) несенні тягаря утримання майна, внаслідок чого установник управління компенсує управителю витрати, понесені на утримання майна; г) вимозі від управителя плодів та доходів, одержаних внаслідок

управління майном, які за загальним правилом, встановленим в ч. 2 ст. 89 ЦК, належать власнику майна; д) прийнятті від управителя майна або виконанні інших дій, передбачених договором, після його припинення, наприклад, по передачі у власність управителя цього майна з відповідним оформленням прав на нього тощо.

§ 3. Припинення договору

Припинення договору управління майном згідно зі ст. 1044 ЦК має місце:

а) при загибелі майна, переданого в управління;

б) внаслідок заяви однієї сторони при закінченні строку договору, оскільки сам по собі сплив строку договору не тягне його припинення (ч. 2 ст. 1036 ЦК). У разі відсутності заяви однієї зі сторін про це дія договору триває на такий же строк, і лише заява сторони про небажання продовжувати договірні відносини у зв'язку із закінченням строку, передбаченого договором, припиняє договір;

в) у разі смерті фізичної особи — вигодонабувача або ліквідації юридичної особи — вигодонабувача. Ця норма є диспозитивною, і в договорі може передбачатись інше. Смерть установника управління не припиняє договір управління майном на користь вигодонабувача так само, і якщо вигодонабувачем є сам установник управління. Права й обов'язки установника управління при цьому переходять до його спадкоємців;

г) у разі визнання фізичної особи — установника управління банкрутом припиняється дія договору управління майном, на яке звертається стягнення і яке спрямовується на погашення заборгованості перед третіми особами;

д) при відмові вигодонабувача від одержання вигоди за договором, оскільки, як і у випадку смерті вигодонабувача, втрачається сенс у такому договорі. Якщо при цьому установник управління не зацікавлений у припиненні договору, його дія може тривати, а вигодонабувачем стане установник управління;

е) у разі визнання управителя недієздатним, безвісно відсутнім, оскільки за договором необхідне особисте виконання зобов'язань управителем, більш того, здійснюване професійно, що унеможливується зазначеними обставинами;

є) внаслідок відмови як управителя, так і установника управління від договору в односторонньому порядку, коли ця відмова викликана неможливістю управителя здійснювати управління майном. Передусім ця норма покликана забезпечити інтереси як управителя, який став не в змозі виконувати свої повноваження внаслідок, наприклад, тривалої хвороби, так і установника управління. Проте, якщо ініціатива виходить від управителя, а неможливість виконання ним договору не є очевидною, він повинен довести це установнику управління. Ще складніша ситуація, коли неможливість виконання договору управителем стає зрозумілою установнику управління, а не управителю, з чим останній може й не погоджуватися. У такому разі одностороння відмова установника управління має бути обґрунтованою. В іншому випадку управитель може оскаржити дії установника управління про безпідставне розірвання договору;

ж) крім неможливості виконання управителем договору, цей договір в односторонньому порядку може припинитися внаслідок нічим не обумовленої відмови від нього установника управління. Ця підстава пов'язана з обов'язковою виплатою управителеві всієї плати, передбаченої договором (тобто за весь строк його дії). У першому і другому випадках відмови однієї сторони від договору ця сторона повинна повідомити другу сторону про це за три місяці, зі спливом яких договір припиняється. Інший строк може передбачатись у договорі;

з) повне завершення сторонами його виконання. Напевно, мається на увазі така загальна підстава припинення зобов'язань, як виконання, проведене належним чином (ст. 599 ЦК), хоча припинення договору

довірчого управління має свою специфіку. Тому, очевидно, ця підстава припинення договору буде застосовуватися насамперед при виконанні всіх зобов'язань перед установником управління іпотечними активами (ст. 36 Закону України «Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати»);

и) дострокове припинення договору управління майном, якщо це передбачено самим договором (ч. 2 ст. 598 ЦК). У випадку виникнення спору з цього приводу він вирішується судом.

§ 4. Договір управління підприємством

Предметом договору управління майном може бути підприємство як єдиний майновий комплекс (ч. 1 ст. 1030 ЦК України). Специфічні риси підприємства як об'єкта цивільних прав вимагають визначення спеціальних правил щодо оборотоздатності такого об'єкта, включаючи і передачу його в управління. За типовою належністю договір управління підприємством — це різновид договору управління майном, за яким управитель управляє майном відповідно до умов договору, тобто здійснює юридично значущі дії щодо нього.

Але, перш ніж перейти до характеристики договору на управління підприємством, слід зазначити, що не всі підприємства можуть бути передані в управління. Так, цілісні майнові комплекси державних унітарних підприємств (державних комерційних та казенних підприємств) та комунальних унітарних підприємств (комунальні комерційні та комунальні некомерційні підприємства) об'єктом договору управління бути не можуть. Це пояснюється тим, що хоча в праві існують різні правові конструкції, за допомогою яких можна досягти одного й того ж результату, але застосування будь-якої конструкції паралізує можливість одночасного застосування іншої. Власник (держава, територіальна громада) може розпоряджатися своїм майном, використовуючи для цього всі існуючі правові конструкції. Проте, створивши державне або комунальне підприємство, власник вже у такий спосіб здійснює правомочності відносно розпорядження своїм майном, уособивши його в єдиному майновому комплексі певного підприємства, обравши спосіб управління певною часткою державної або комунальної власності³³³. Відповідні органи, які є представниками власника (держави, територіальної громади), виконують його функції у межах, встановлених законом (статті 73, 74, 78 ГК України). Тому укласти договір управління щодо майнових комплексів указаних підприємств, підшуковуючи ефективних управителів, коли для цього вже існують законні представники, не можна. Укласти договір управління можливо тільки після припинення діяльності державного чи комунального унітарного підприємства як юридичної особи, але предметом такого договору буде вже не підприємство як єдиний майновий комплекс, а майно, що буде належати або державі, або певній територіальній громаді.

Чим же відрізняється від загальної моделі договору управління майном договір управління підприємством? Як і відносно будь-якого іншого договору з підприємством, це пов'язано з предметом договору, а тому особливістю цього різновиду договору управління є те, що до його укладення повинна обов'язково проводитися інвентаризація, а документами, що підтверджують склад майнового комплексу, виступатимуть: акт інвентаризації, бухгалтерський баланс, висновок незалежного аудитора про склад і вартість підприємства, а також перелік усіх боргів (зобов'язань), які включаються до складу підприємства, із вказівкою кредиторів, характеру, розміру і строків їх вимог.

³³³ Див.: Борисова, В. До співвідношення понять «юридична особа» та «підприємство» [Текст] / В. Борисова // Проблеми законності : республік. міжвід. наук. зб. / відп. ред. В. Я. Тацій. — Х. : НЮАУ, 2001. — № 46. — С. 69–73.

Виходячи саме з особливостей предмета цього договору, загальні положення договору управління майном будуть застосовуватися до договору управління підприємством, але в межах, які відповідатимуть сутності останнього.

ЦК України не містить положень відносно договору управління підприємством, що на практиці породжує цілий ряд питань. Наприклад, борги, які входять до складу підприємства, при його передачі управителю автоматично переходять на останнього, але чи обов'язково попереджати кредиторів про переведення боргу з установника управління на управителя? Хто після укладення договору управління підприємством нестиме за цими боргами відповідальність — установник управління, управитель, або настає солідарна відповідальність і т. ін.?

Вважаємо, що установник управління обов'язково повинен у письмовій формі повідомити кредиторів про майбутню передачу підприємства в управління, бо в останніх у зв'язку з цим можуть виникнути збитки, і їм має бути надана можливість після отримання такого повідомлення вимагати припинення або дострокового виконання зобов'язання установником управління. За законодавством РФ кредитор, який письмово не повідомить установника управління або управителя про свою згоду на переведення боргу, має право впродовж трьох місяців з моменту отримання повідомлення про передачу підприємства в управління вимагати припинення або дострокового виконання зобов'язання установником управління та відшкодування збитків, які були цим завдані, або визнання договору управління підприємством недійсним повністю або у відповідній частині. Кредитор, який не був повідомлений про договір управління підприємством, може пред'явити позов про задоволення таких самих вимог, про які йшлося вище, протягом року від дня, коли він дізнався або міг дізнатися про передачу підприємства установником управління управителю. Після передачі підприємства управителю установник управління й управитель несуть солідарну відповідальність за включені до складу підприємства борги, які були переведені на управителя без згоди кредитора. Аналогічні положення доцільно ввести і до законодавства України.

Якщо проаналізувати положення ст. 1037 ЦК України, яка стосується прав та обов'язків управителя, то слід додати, що останній не має права розпоряджатися нерухомістю, що входить до складу цього майнового комплексу. Таке право може виникнути у нього тільки внаслідок дозволу, що дається на це установником управління кожного разу окремо. Це застереження спрямоване на збереження цінності підприємства як об'єкта права власності установника управління.

Якщо для загальної моделі договору управління майном цілком прийнятним є положення, відповідно до якого управитель може доручити іншій особі (замісникові) вчиняти від його імені дії, необхідні для управління майном (ст. 1041 ЦК України), то до договору управління підприємством ця норма не може бути застосована, виходячи з такого. Управитель підприємства — це суб'єкт підприємницької діяльності, який спеціалізується саме на таких послугах. Якщо ж відступити від правила, що він особисто здійснює свої обов'язки за цим договором, до того ж надавши йому право підібрати собі замісника, чи зможе управитель серед вузького кола спеціалістів підібрати таку особу, яка б професійно провадила управління підприємством? Навіть за умови, що управитель несе відповідальність за дії замісника, навряд чи можна буде врятувати ситуацію, якщо непрофесійність замісника або його неналежна турботливість про інтереси установника управління призведуть до погіршення роботи підприємства або взагалі до припинення діяльності останнього.

Згідно із законом у правочинах щодо майна, переданого в управління, які вчиняються у письмовій формі, вказується, що вони вчинені управителем. Відсутність такої вказівки в правочинах робить управителя особисто зобов'язаним перед третіми особами (ч. 3 ст. 1038 ЦК України). Навряд чи можна до договору управління підприємством застосувати ці правові наслідки, бо таким чином буде визнано, що підприємство не забезпечує вимог третіх осіб. Але підприємство як єдиний майновий комплекс саме і відрізняється тим, що до

його складу входить будь-який обов'язок, що виникає у зв'язку з його використанням. Тому контрагент, вступаючи у зобов'язання з управління підприємством, у зв'язку з помилкою або недбалістю управителя не повинен позбавлятися права на відшкодування збитків за рахунок цього підприємства.

Виникає також і питання, чи може в управління передаватися підприємство, яке знаходиться в іпотеці? Аналіз положень ч. 2 ст. 1039 ЦК України свідчить про те, що це можливо, але управитель обов'язково попереджається про це установником управління. У даному випадку виникає ситуація, коли власність обтягується двічі: і з боку іпотекодержателя, і з боку установника управління. Тим часом конфлікту інтересів тут немає. Навпаки, іпотекодержатель зможе при ефективному управлінні підприємством з боку управителя сподіватися на виконання зобов'язання іпотекодавцем у повному обсязі й у встановлені строки. Що стосується управителя підприємством, то він зацікавлений в отриманні винагороди за ті дії, які втілюються в управлінні, незалежно від того, чи знаходиться підприємство в іпотеці чи ні. Опосередковано управитель сприяє задоволенню вимог іпотечного кредитора.

Обов'язок попередити управителя відносно знаходження підприємства в іпотеці впливає на подальшу поведінку останнього. Якщо цього не було зроблено, а при передачі підприємства управитель теж не міг засвідчитись у цьому, він має право вимагати розірвання договору з вимогою виплати належної йому за договором плати відповідно до строку управління цим підприємством.

Оскільки законодавець встановив, що предметом будь-яких цивільно-правових правочинів може бути не тільки підприємство, але і його частина (ч. 4 ст. 191 ЦК України), а ч. 1 ст. 1030 ЦК України називає предметом договору управління тільки підприємство в цілому, виникає питання про можливість передачі в управління частини підприємства, а також яким договором — договором управління підприємства або договором управління майна будуть опосередковуватися такі відносини? Слід погодитися з точкою зору тих учених, які вважають, що, укладаючи договір управління відносно, наприклад, цеху підприємства, який випускає комплектуючі для основної продукції підприємства, не йдеться про особливість такого договору у порівнянні із загальними положеннями договору управління майном³³⁴. Це пояснюється тим, що підприємство як єдиний майновий комплекс розглядається як об'єкт цивільних прав тільки за умови, якщо воно використовується для здійснення підприємницької діяльності. Цех, хоча і входить до складу майнового комплексу, але не вважається у сенсі

ст. 191 ЦК України його частиною, бо із зобов'язань і виключних прав власника даного майнового комплексу неможливо виділити ті з них, які пов'язані виключно з діяльністю такого цеху.

Щодо договору управління майновим комплексом філії або представництва юридичної особи, то слід погодитися з тим, що це правочин з підприємством, оскільки є можливість ідентифікувати договори юридичної особи, які пов'язані виключно з діяльністю відповідних майнових комплексів: всі вони укладені керівництвом філії за довіреністю юридичної особи. З огляду на це в договорі управління підприємством обов'язково має бути передбачено, чи передається в управління підприємство як єдиний майновий комплекс, що використовується для здійснення підприємницької діяльності, чи його окремих елементів, зокрема філія або цех. Це дозволить застосовувати на практиці або модель загального договору управління майном і положення, що передбачені гл. 70 ЦК України, або спеціальну модель договору управління підприємством (його частиною), що потребує застосування спеціальних правил, які мають бути врегульовані на рівні закону.

Договір управління підприємством слід відмежовувати від договору управління господарським товариством, який переслідує мету заміни на певний строк виконавчого органу юридичної особи іншою правосуб'єктною особою. Він належить до непойменованих договорів і за типовою спрямованістю може бути

³³⁴ Див.: Витрянский, В. В. Договор доверительного управления имуществом [Текст] / В. В. Витрянский. – М. : Статут, 2001. – С. 75.

віднесений до правочинів з надання послуг з боку управителя на користь товариства щодо управління оперативною діяльністю останнього. Сутність цього договору, на відміну від договору управління підприємством як єдиним майновим комплексом, — здійснення юридико-фактичних послуг, які управитель вчиняє від імені товариства, яким управляє³³⁵. Вважаємо, що договір управління господарським товариством може укладатися у виключних випадках на підставі рішення вищого органу управління товариства і компетентного органу управителя.

Слід розмежовувати відносини, що виникають на підставі договору управління підприємства, і відносини, що складаються при реалізації виконавчим органом юридичної особи своїх повноважень з управління справами юридичної особи. Орган юридичної особи — юридична конструкція, яка створюється правом з метою надання йому (органу) можливості сформулювати і виразити волю юридичної особи і відстоювати її інтереси. Це особливий представник юридичної особи, її законний представник, бо його повноваження засновані на вказівках закону і можуть здійснюватися без довіреності. Законом встановлюється необхідність формування певних органів юридичної особи, їх склад, порядок утворення, а також компетенція³³⁶, тобто перелік тих питань, стосовно яких той чи інший орган юридичної особи може приймати рішення. Управління юридичною особою створюється шляхом перерозподілу компетенції між органами юридичної особи.

Особливої уваги заслуговує проблема управління підприємством у випадку смерті спадкодавця. Виходячи з того, що підприємство — це діючий майновий комплекс, який використовується для здійснення підприємницької діяльності, смерть спадкодавця не повинна тягти за собою припинення його діяльності. І тому з метою уникнення несприятливих для спадкоємців наслідків ЦК України запровадив певні засоби, які спрямовані на запобігання зупиненню цього діючого єдиного майнового комплексу. Так, управляти спадщиною, а отже, і підприємством, якщо воно складає спадщину, зобов'язаний виконавець заповіту (ст. 1290 ЦК України).

ЦК України вперше врегулював договір на управління спадщиною. Хоча Цивільний кодекс УРСР 1963 р. передбачав у випадках наявності у складі спадщини майна, що потребувало управління (жилий будинок тощо), а також у разі пред'явлення позову кредиторами спадкодавця до прийняття спадщини спадкоємцями призначення хранителя майна та опікуна (ст. 559 ЦК УРСР; п. 103 Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України від 14.06.1994 р.)³³⁷, але, безумовно, договір на управління спадковим майном не укладався ні з хранителем майна, ні з опікуном.

Відповідно до ст. 1285 ЦК України, якщо у складі спадщини є майно, яке потребує утримання, догляду, вчинення інших фактичних чи юридичних дій для підтримання його в належному стані, зокрема підприємства, відповідний орган (нотаріус, а в населених пунктах, де немає нотаріуса, — відповідний орган місцевого самоврядування) у разі відсутності спадкоємців або виконавця заповіту укладає договір на управління спадщиною з іншою особою.

Можна дати таке визначення договору на управління спадщиною. Це договір, за яким одна сторона (установник управління) передає іншій стороні (управителю) на строк, необхідний спадкоємцям для вступу у володіння спадщиною, але не більше ніж на дев'ять місяців, майно в управління, а інша сторона

³³⁵ Див.: Майданик, Р. А. Проблеми довірчих відносин в цивільному праві [Текст] / Р. А. Майданик. — К. : Вид.-полігр. центр «Київський університет», 2002. — С. 403.

³³⁶ Див.: Борисова, В. І. Органи юридичної особи [Текст] / В. І. Борисова // Проблеми законності : республік. міжвід. наук. зб. / відп. ред. В. Я. Тацій. — Х. : Нац. юрид. акад. України, 2002. — Вип. 53. — С. 36.

³³⁷ Офіц. вісн. України. — 2004. — № 10. — Ст. 639.

(управитель) зобов'язується здійснювати управління цим майном відповідно до вказівок установника управління і на користь вказаних ним однієї або декількох осіб (вигодонабувачів). За правовою природою цей договір є оплатним і двостороннім. Що стосується форми, договір підлягає нотаріальному посвідченню.

Якщо підприємство входить до складу спадщини або складає спадщину (далі — підприємство, що може бути успадкованим), вжиття відповідних заходів необхідне для забезпечення безперебійного його функціонування з тим, щоб зберегти його «на ходу» й у майбутньому передати спадкоємцям. У даному випадку йдеться про управління підприємством на підставах, що передбачені або заповітом, або законом, а тому існує певна специфіка в управлінні таким підприємством у порівнянні з тим, коли відносини по управлінню підприємством виникають на підставі договору.

По-перше, при необхідності управління підприємством, що може бути успадкованим, за винятком випадків, коли залишився співвласник підприємства, який уже управляє підприємством, або коли самі спадкоємці почнуть управляти підприємством і цим доведуть, що підприємство не потребує зовнішнього управління для підтримки його «на ходу», установником управління є не власник майна, а інша особа, виконавець заповіту, нотаріус або відповідний орган місцевого самоврядування, які й укладають договір з управителем на управління підприємством, що може бути успадкованим. Тлумачення положень ст. 1285 ЦК України свідчить, що цей договір може бути укладений лише за відсутності спадкоємців або виконавця заповіту, хоча, якщо він є, це не позбавляє можливості останнього укласти договір управління таким підприємством. Виконавець заповіту може виступати тільки як установник управління, а тому функції, пов'язані з безпосереднім управлінням підприємством, що може бути успадкованим, на нього не покладаються.

Хоча виконавець заповіту, нотаріус або відповідний орган місцевого самоврядування виступатимуть як кредитор за цим договором, їх інтерес суто прагматичний — захист прав і законних інтересів майбутніх власників цього підприємства. Таким чином, договір управління підприємством, що може бути успадкованим, моделюється виключно як договір на користь третьої особи.

Але чи буде такий установник управління нести відповідальність за неналежний вибір управителя або за дані останньому вказівки? Законом така відповідальність не встановлена, але вона може бути передбачена в договорі, якщо наслідком управління, наприклад, буде зменшення активів підприємства або якісь інші негативні наслідки, за умови, що останні будуть у причинному зв'язку з недбалістю установника управління при виборі управителя.

По-друге, саме те, що установником управління є не власник підприємства, а виконавець заповіту, нотаріус або відповідний орган місцевого самоврядування, потрібна згода співвласника підприємства, якщо він є і якщо він не управляє підприємством, на укладення такого договору. За відсутності згоди договір укладений бути не може, а якщо це відбудеться, то такий договір вважається нікчемним.

По-третьє, установник управління позбавлений права вибору стосовно того, яке ж майно має включатися до складу такого підприємства. Склад такого підприємства й оцінка його вартості будуть визначатися на підставі акта інвентаризації, висновку незалежного аудитора про склад і вартість підприємства, бухгалтерського балансу, переліку боргів підприємства тощо, що будуть підготовлені майбутнім управителем у межах попереднього договору.

По-четверте, відсутність власника підприємства на момент укладення договору вимагає застосування моделі попереднього договору (ст. 635 ЦК України), за яким або виконавець заповіту, або нотаріус, або відповідний орган місцевого самоврядування і майбутній управитель підприємства зобов'язуються протягом певного строку укласти договір на управління підприємством на умовах, які будуть обумовлені в попередньому договорі. Цей строк не повинен бути тривалим за часом з огляду на те, що строк договору на

управління спадщиною (основного договору) не може перевищувати дев'яти місяців. За попереднім договором саме на майбутнього управителя покладаються обов'язки зі складання документів, необхідних для передачі підприємства в управління (акт інвентаризації, висновок незалежного аудитора про склад і вартість підприємства, бухгалтерський баланс, перелік боргів підприємства тощо). Договір підлягає нотаріальному посвідченню. У попередньому договорі мають бути визначені правові наслідки, які настануть при необґрунтованому ухиленні майбутнього управителя підприємством від укладення основного договору.

З огляду на те, що договір управління підприємством, що може бути успадкованим, сконструйований за моделлю договору на користь третьої особи, спадкоємці мають права третьої особи, а їх інтерес пов'язаний з тим, щоб підприємство діяло і приносило прибуток. Після припинення договору управління підприємством, що може бути успадкованим, останнє перетворюється на успадковане підприємство і повертається вже не установнику управління, а спадкоємцям (вигодонабувачам) — його власникам. Їм, а не установнику управління, також передаються всі доходи й інші надходження, одержані в результаті управління цим підприємством.

По закінченні строку дії договору на управління спадковим майном нотаріус оформлює право на спадщину. На жаль, Інструкція про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України не передбачає жодних правил та переліку документів, необхідних для оформлення спадкових прав на підприємство, що ускладнює нотаріальні дії.

Оскільки підприємство за чинним законодавством є нерухомістю і у зв'язку з цим право власності на нього підлягає реєстрації, нотаріус при видачі свідоцтва про право на спадщину на підприємство повинен застосовувати загальні правила, встановлені для видачі свідоцтва про право на спадщину на майно, яке підлягає державній реєстрації (п. 216 Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України), а саме: витребувати від спадкоємців правовстановлювальний документ про належність підприємства спадкодавцеві, витяг з Реєстру прав власності на нерухоме майно; перевірити відсутність заборони або арешту цього майна, у тому числі наявність чи відсутність податкової застави та інших застав за даними відповідних реєстрів.

Якщо на підприємство накладено арешт судовими чи слідчими органами, видача свідоцтва про право на спадщину затримується до зняття арешту. У той же час у разі наявності заборони (маються на увазі заборони, що накладені нотаріусами у зв'язку з посвідченнями договорів застави (іпотеки), органами державної виконавчої служби тощо) нотаріус повідомляє кредитора (відповідний орган державної податкової адміністрації) про те, що спадкоємцям боржника видано свідоцтво про право на спадщину.

Особливістю видачі свідоцтва про право на спадщину на підприємство є те, що нотаріусу необхідно визначити склад та вартість підприємства. Це можливо лише на підставі повної інвентаризації підприємства, висновку незалежного аудитора про склад і вартість підприємства, з переліком усіх боргів (зобов'язань), які включаються до складу підприємства, із зазначенням кредиторів, характеру, розміру та строків їх вимог, бухгалтерського балансу підприємства. Це необхідно для того, щоб спадкоємець мав повне уявлення про склад та вартість підприємства на момент прийняття спадщини, а також про обтяження спадкового майна борговими зобов'язаннями.

Слід зазначити, що положення ЦК України щодо спадкування права на відшкодування збитків та обов'язку відшкодування шкоди (статті 1229–1231, 1281, 1282 ЦК України) пов'язують ці права та обов'язки з особою спадкодавця, що відповідає власне поняттю спадкування (ст. 1216 ЦК України). Разом з тим виникає питання про долю боргів та прав вимоги як складових підприємства. Вважаємо, що необхідно на рівні ЦК України закріпити положення, згідно з яким обов'язок повернення боргів, що входять до складу успадкованого підприємства, покладається на спадкоємців.

Питання для самоконтролю

1. Поняття та загальна характеристика договору управління майном.
2. Договір управління майном та довірча власність — порівняльна характеристика.
3. Предмет та форма договору управління майном.
4. Сторони договору управління майном, їх права та обов'язки.
5. Порядок припинення договору управління майном.
Дайте правову характеристику договору управління майном.
6. Чи має право управитель підприємством розпоряджатися нерухомістю, що входить до складу цього майнового комплексу?
7. Чи застосовуються положення ч. 3 ст. 1038 ЦК України до договору управління підприємством?
8. Чи можуть передаватися в управління майнові комплекси, які закріплені за державними (державними комерційними та казенними) та комунальними (комунальними комерційними та комунальними некомерційними) підприємствами?
9. Чим відрізняється договір управління підприємством від договору про управління господарським товариством?
10. Чим відрізняється договір на управління спадщиною від договору на управління підприємством, що може бути успадкованим?
11. Дайте правову характеристику договору на управління підприємством, що може бути успадкованим.
12. Дайте визначення договору на управління спадщиною.
Хто несе відповідальність за неналежний вибір управителя або за дані ним вказівки управителю на випадок, якщо наслідком управління буде зменшення активів підприємства або настануть будь-які інші негативні наслідки?
13. Правові наслідки припинення договору управління підприємством, що може бути успадкованим.

РОЗДІЛ XIII

ЗОБОВ'ЯЗАННЯ, ЩО ПОВ'ЯЗАНІ З НАДАННЯМ ФІНАНСОВИХ ПОСЛУГ

ГЛАВА 52

СТРАХОВІ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ

§ 1. Загальні положення про страхування

У процесі життєдіяльності людина постійно перебуває під впливом різноманітних шкідливих факторів: хвороб, нещасних випадків, стихійних лих, дорожньо-транспортних пригод тощо. Разом з тим у житті людини можуть мати місце певні події, які не мають шкідливого характеру, але з настанням яких виникає необхідність у додатковій матеріальній допомозі: досягнення пенсійного віку, вступ до навчального закладу, одруження та ін. Здійснення підприємницької діяльності також пов'язане із постійною загрозою втрат матеріального характеру. У таких випадках виникає нагальна необхідність у забезпеченні інтересів фізичних та юридичних осіб внаслідок настання тих чи інших подій. Захист їх інтересів може забезпечуватися за допомогою різних інструментів, серед яких особливе місце займає страхування. Страхування є універсальним засобом, спрямованим на усунення (або, у крайньому випадку, мінімізацію) негативних (небажаних) наслідків, викликаних різними причинами. Воно належить до репресивних³³⁸ способів боротьби з негативними наслідками. Разом з тим страхування дозволяє особі одержати певну матеріальну допомогу при настанні подій позитивного характеру, які не тягнуть за собою настання небажаних (негативних) наслідків (наприклад, досягнення повноліття).

Легальне визначення страхування міститься у Законі України «Про страхування»³³⁹, відповідно до ст. 1 якого *страхування — це вид цивільно-правових відносин³⁴⁰ щодо захисту майнових інтересів фізичних та юридичних осіб у разі настання певних подій (страхових випадків), визначених договором страхування або чинним законодавством, за рахунок грошових фондів, що формуються шляхом сплати фізичними та юридичними особами страхових платежів (страхових внесків, страхових премій) та доходів від розміщення коштів цих фондів.*

Матеріальну основу страхування складає так званий страховий фонд, який є джерелом відшкодування випадкових матеріальних втрат (здійснення страхових виплат). Створення цього фонду є економічно необхідним. Історично склалися різноманітні форми його організації. За особливостями свого предмета страховий фонд може створюватись у грошовій або натуральній формі³⁴¹.

³³⁸ У той же час у деяких випадках страхування опосередковано також спрямоване на попередження (превенцію) настання шкідливих наслідків. Так, наприклад, п. 3 Положення про обов'язкове особисте страхування від нещасних випадків на транспорті, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 14.08.1996 р. № 959 (Уряд. кур'єр. – 1996. – 12 верес. – № 171–172), передбачає, що у разі перевищення обсягів страхових платежів над виплатами страхових відшкодувань страховики відраховують перевізникам до 50 відсотків зазначених сум згідно з укладеними з ними договорами на фінансування запобіжних заходів, спрямованих на зменшення травматизму на транспорті.

³³⁹ Про страхування [Текст] : Закон України від 07.03.1996 р. (у ред. Закону від 04.10.2001 р.) // Офіц. вісн. України. – 2001. – № 44. – Ст. 1951.

³⁴⁰ Страхування як вид цивільно-правових відносин необхідно відмежовувати від загальнообов'язкового державного соціального страхування, яке є інститутом соціального забезпечення і яким, згідно зі ст. 1 Основ законодавства України про загальнообов'язкове державне соціальне страхування від 14.01.1998 р. (Офіц. вісн. України. – 1998. – № 6. – Ст. 219), є система прав, обов'язків і гарантій, яка передбачає надання соціального захисту, що включає матеріальне забезпечення громадян у разі хвороби, повної, часткової або тимчасової втрати працездатності, втрати годувальника, безробіття з незалежних від них обставин, а також у старості та в інших випадках, встановлених законом, за рахунок грошових фондів, що формуються шляхом сплати страхових внесків власником або уповноваженим ним органом, громадянами, а також бюджетних та інших джерел, встановлених законом. Відносини у сфері загальнообов'язкового державного соціального страхування регулюються вказаними Основами та прийнятими відповідно до них законами, іншими нормативно-правовими актами. Дія Закону України «Про страхування» не поширюється на державне соціальне страхування.

³⁴¹ Чинне законодавство передбачає створення страхового фонду при проведенні страхування виключно у грошовій формі.

За принципами його організації можливі три його форми: самострахування, створення централізованих страхових фондів (резервів) та власне страхування.

Перша з них полягає в тому, що страховий фонд створюється в межах одного суб'єкта (здебільшого — юридичної особи). Це децентралізована форма організації страхового фонду: він створюється та використовується окремими суб'єктами самостійно, незалежно один від одного³⁴². Втрати, які виникають у цього суб'єкта, компенсуються виключно за його рахунок, розподіляючись на весь час створення страхового (резервного) фонду. При цьому розподіл втрат здійснюється не в «ширину», а лише в «глибину», не в «просторі», а лише «у часі»³⁴³. Самострахування може застосовуватися здебільшого великими учасниками цивільних відносин або тими суб'єктами, які складаються із декількох самостійних частин (наприклад, судноплавні компанії, авіакомпанії тощо).

Друга форма — створення централізованих страхових фондів (резервів) за рахунок державного бюджету або місцевих бюджетів. Характерними її рисами є те, що страховий фонд існує та використовується як єдиний фонд для певного кола суб'єктів (у межах держави в цілому або її окремої адміністративної одиниці) та створюється в централізованому порядку за рахунок централізованих державних, місцевих та інших ресурсів, а не окремими суб'єктами. Виплати з цього фонду призначені для компенсації втрат багатьох осіб, що відповідають обумовленим вимогам (територія, вид діяльності тощо) і які не завжди беруть участь у його створенні³⁴⁴.

Особливе значення має *третья форма* організації страхового фонду — власне страхування. На відміну від перших двох форм створення страхового фонду, страхування характеризується двома ознаками: страховий фонд формується у децентралізованому порядку за рахунок внесків окремих його учасників, а розподіляється централізовано страховиком, але виключно серед його учасників (осіб, які беруть участь у його формуванні). Втрати, що виникають у окремих його учасників, розподіляються виключно серед осіб, які створили цей фонд.

Економічна сутність страхування полягає в розкладанні збитків, заподіяних одній особі, серед якомога більшого кола суб'єктів, для кожного з яких окремо матеріальні втрати при цьому ледь відчутні, а становище потерпілого відновлюється швидко і досить повно. З цієї точки зору страхування виступає у вигляді системи перерозподільчих відносин його учасників шляхом формування за рахунок їх грошових внесків цільового фонду, призначеного для відшкодування можливих надзвичайних та інших втрат, надання грошової допомоги або накопичення грошових коштів.

Страхування як вид цивільно-правових відносин підлягає спеціальному правовому режиму. Основу законодавства про страхування складають акти цивільного законодавства, які регулюють найважливішу частину страхових відносин — страхові зобов'язання³⁴⁵. Головне місце серед правових актів, що регулюють страхові

³⁴² Наприклад, ст. 14 Закону України «Про господарські товариства» від 19.09.1991 р. (Відом. Верхов. Ради України. – 1991. – № 49. – Ст. 682) передбачено створення у господарському товаристві резервного (страхового) фонду у розмірі, встановленому установчими документами, але не менше 25 відсотків статутного (складеного) капіталу.

³⁴³ Див.: Райхер, В. К. Общественно-исторические типы страхования [Текст] / В. К. Райхер. – М. : Изд-во АН СССР, 1947. – С. 16.

³⁴⁴ Так, наприклад, відповідно до ст. 24 Бюджетного кодексу України від 8.07.2010 р. (Офіц. вісн. України. – 2010. – № 59. – Ст. 2047) резервний фонд бюджету формується для здійснення непередбачених видатків, що не мають постійного характеру і не могли бути передбачені при складанні проекту бюджету (ч. 1). У Державному бюджеті України резервний фонд передбачається обов'язково. Рішення щодо необхідності створення резервного фонду місцевого бюджету приймає Верховна Рада Автономної Республіки Крим, відповідна місцева рада (ч. 5).

³⁴⁵ Крім актів цивільного законодавства, правові норми, що регулюють відносини у сфері страхування, також містяться у нормативно-правових актах, які належать до інших галузей права (адміністративного, фінансового, податкового та ін.).

зобов'язання, належить ЦК³⁴⁶, у якому страхуванню присвячена окрема глава — 67 («Страхування»). Особливу увагу в ЦК приділено питанням правового регулювання договору страхування. Разом з тим за загальним правилом (якщо інше не встановлено актами цивільного законодавства) положення ЦК застосовуються також щодо відносин, що випливають із обов'язкового страхування (ч. 2 ст. 999 ЦК). З цього слідує, що до відносин, які випливають із обов'язкового страхування, положення ЦК мають субсидіарне застосування поряд із спеціальними актами цивільного законодавства.

Другим за значущістю правовим актом, присвяченим страховим зобов'язанням, є Закон України «Про страхування» (далі — Закон), який регулює відносини у сфері страхування і спрямований на створення ринку страхових послуг, посилення страхового захисту майнових інтересів юридичних та фізичних осіб. Указаний Закон містить загальні положення правового регулювання страхових зобов'язань, а також основні страхові поняття та категорії, як-от: страховики, страхувальники, страховий ризик, страховий випадок, страхова сума, страхове відшкодування тощо.

Відносини у сфері обов'язкового страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів, крім названих, регулюються також Законом України «Про обов'язкове страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів»³⁴⁷, який спрямований на забезпечення відшкодування шкоди, заподіяної життю, здоров'ю та майну потерпілих при експлуатації наземних транспортних засобів на території України, а також іншими законами України і нормативно-правовими актами, прийнятими відповідно до них.

До актів цивільного законодавства, що регулюють страхові зобов'язання, також належать укази Президента України, постанови Кабінету Міністрів України (ст. 11 ЦК).

Важливе значення для регулювання страхових відносин мають нормативно-правові акти спеціального уповноваженого центрального органу виконавчої влади у справах нагляду за страховою діяльністю (далі — Уповноважений орган), який видає вказані акти в межах повноважень, передбачених законом³⁴⁸.

При здійсненні добровільного страхування важливу роль для врегулювання відносин між страхувальником та страховиком відіграють правила страхування, які визначають загальні умови і порядок здійснення добровільного страхування. Вони розробляються страховиком самостійно для кожного виду страхування окремо і підлягають реєстрації в Уповноваженому органі при видачі ліцензії на право здійснення відповідного

³⁴⁶ Слід зазначити, що основу цивільного законодавства України становить Конституція України, згідно зі ст. 49 якої кожен має право на медичне страхування, яке, відповідно до п. 1 ст. 7 Закону України «Про страхування», є одним із видів обов'язкового страхування. Однак на сьогодні в нашій країні поки що відсутній правовий механізм його функціонування. Тому на даний час в Україні діє лише добровільне медичне страхування (безперервне страхування здоров'я).

³⁴⁷ Про обов'язкове страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів [Текст] : Закон України від 01.07.2004 р. (набрав чинності з 01.01.2005 р.) // Офіц. вісн. України. – 2004. – № 30, ч. 1. – Ст. 2000.

³⁴⁸ Спеціальним уповноваженим центральним органом виконавчої влади у справах нагляду за страховою діяльністю відповідно до Указу Президента України від 11.12.2002 р. № 1153/2002 «Про Державну комісію з регулювання ринків фінансових послуг України» (Офіц. вісн. України. – 2002. – № 50. – Ст. 2252) є Державна комісія з регулювання ринків фінансових послуг України, яка здійснює свою діяльність відповідно до Положення, затвердженого Указом Президента України від 04.04.2003 р. № 292/2003 (Офіц. вісн. України. – 2003. – № 15. – Ст. 650).

виду страхування³⁴⁹. Законом встановлені чіткі вимоги щодо їх змісту³⁵⁰. Якщо подані правила страхування (або зміни чи доповнення до них) суперечать чинному законодавству, порушують чи обмежують права страхувальника або не відповідають встановленим вимогам, Уповноважений орган має право відмовити у видачі ліцензії та реєстрації правил чи змін та (або) доповнень до них.

Порядок та правила проведення окремих видів обов'язкового страхування встановлюються Кабінетом Міністрів України та затверджуються його відповідними постановами, які є обов'язковими для виконання (ст. 7 Закону).

Взаємовідносини між страховиком та страхувальником мають дворівневу структуру. По-перше, загальні умови добровільного страхування містяться в правилах страхування. По-друге, конкретні (безпосередні) його умови визначаються при укладенні договору страхування відповідно до законодавства. Кожний страховик зобов'язаний дотримуватися загальних умов страхування, допускаючи лише їх конкретизацію та незначні відступи. У цьому проявляється здійснення державою безпосереднього матеріального контролю за загальними умовами страхування. При укладенні договору страхування сторони вправі самостійно визначати його умови (зміст), але не допускаючи істотної зміни положень, що містяться в правилах страхування.

Обов'язкове страхування має здійснюватися на підставі типового договору, форми якого встановлюються Кабінетом Міністрів України.

§ 2. Страхові зобов'язання: поняття, характеристика

Страхові зобов'язання є самостійним видом цивільно-правових зобов'язань, які опосередковують відносини з надання фінансових послуг³⁵¹.

Страховим зобов'язанням є правовідношення, в якому одна сторона (страховик) зобов'язується у разі настання певної події (страхового випадку) здійснити страхову виплату другій стороні (страхувальникові) або іншій особі, визначеній у договорі страхування страхувальником або зазначеній

³⁴⁹ Питання юридичної природи загальних умов добровільного страхування має важливе значення як у теорії страхових відносин, так і для практичного здійснення страхування. Одним із основних принципів цивільного права є принцип юридичної рівності учасників цивільних правовідносин. Цей принцип має безпосереднє значення і для страхових зобов'язань. Проте в практичному аспекті цієї проблеми можуть мати місце різноманітні відступи від вимог принципу юридичної рівності. Це пояснюється тим, що страховик як професійний учасник страхових відносин може використати свій професійний та економічний потенціал для примушування страхувальників, які у своїй більшості є більш слабкими економічно та менш підготовленими професійно, пристати на запропоновані страховиком умови, які закріплюються ним у тексті договору страхування і, звичайно, є більш вигідними для останнього. Тому з метою недопущення порушення паритету (рівноваги) інтересів між страховиком та страхувальниками діє досить жорстке правило: договір страхування укладається на підставі правил страхування, які, незважаючи на те, що розробляються страховиком самостійно, підлягають затвердженню Уповноваженим органом, який здійснює їх перевірку на відповідність положень, що містяться в них, вимогам чинного законодавства.

³⁵⁰ Частиною 2 ст. 17 Закону встановлено, що правила страхування мають містити: предмет договору страхування; порядок визначення розмірів страхових сум та (або) розмірів страхових виплат; страхові ризики; виключення із страхових випадків і обмеження страхування; строк та місце дії договору страхування; порядок укладення договору страхування; права та обов'язки сторін; дії страхувальника у разі настання страхового випадку; перелік документів, що підтверджують настання страхового випадку та розмір збитків; порядок і умови здійснення страхових виплат; строк прийняття рішення про здійснення або відмову в здійсненні страхових виплат; причини відмови у страховій виплаті або виплаті страхового відшкодування; умови припинення договору страхування; порядок вирішення спорів; страхові тарифи за договорами страхування іншими, ніж договори страхування життя; страхові тарифи та методику їх розрахунку за договорами страхування життя; особливі умови.

³⁵¹ До фінансових послуг згідно зі ст. 1 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» від 12.07.2001 р. належать операції з фінансовими активами (кошти, цінні папери, боргові зобов'язання та право вимоги боргу, що не віднесені до цінних паперів), що здійснюються в інтересах третіх осіб за власний рахунок чи за рахунок цих осіб, а у випадках, передбачених законодавством, – і за рахунок залучених від інших осіб фінансових активів, з метою отримання прибутку або збереження реальної вартості фінансових активів (Офіц. вісн. України. – 2001. – № 32. – Ст. 1457).

в акті цивільного законодавства (надати допомогу, виконати послугу тощо), а друга сторона (страхувальник) зобов'язується сплачувати страхові платежі у визначені строки та виконувати інші умови договору (або вимоги актів цивільного законодавства).

Страховання може здійснюватись у двох формах: добровільній або обов'язковій (ст. 5 Закону).

Обов'язкове страхування виникає в силу прямої вказівки Закону, який зобов'язує його учасників (здебільшого — страхувальника) укласти договір страхування³⁵². Обов'язкове страхування розповсюджується на пріоритетні об'єкти страхової охорони, коли питання такої охорони певних об'єктів зачіпає суспільні інтереси (наприклад, страхування відповідальності суб'єктів перевезення небезпечних вантажів на випадок настання негативних наслідків при їх перевезенні). Обов'язкове страхування можливе лише тоді, коли за допомогою добровільного страхування неможливо досягнути (або одержати) необхідний ефект³⁵³. Нерідко об'єктивною перешкодою для проведення добровільного страхування є обмежена платоспроможність (неплатоспроможність) страхувальника, а тому обов'язкове страхування у таких випадках дозволяє забезпечити захист майнових інтересів як безпосереднього учасника страхових правовідносин, так і суспільства в цілому. Зважаючи на примусовий характер обов'язкового страхування, Закон містить вичерпний перелік обов'язкових його видів (ст. 7 Закону)³⁵⁴.

Істотні умови обов'язкового страхування: порядок та правила його проведення, особливі умови його ліцензування³⁵⁵, розміри страхових сум та максимальні розміри страхових тарифів або методика актуарних розрахунків встановлюються Кабінетом Міністрів України.

Підставою для виникнення зобов'язань з добровільного страхування є договір страхування, який укладається на підставі вільного волевиявлення сторін. Страхувальник повністю вільний у виборі страховика при реалізації своїх страхових інтересів. Добровільне страхування у конкретного страховика не може бути обов'язковою передумовою при реалізації страхувальником інших правовідносин.

Перелік видів добровільного страхування, який міститься у Законі (ст. 6), не є вичерпним. Страховик може здійснювати будь-які види добровільного страхування. Визначальним моментом при цьому є наявність, по-перше, прийнятих страховиком правил (загальних умов) страхування, які пройшли реєстрацію в Уповноваженому органі; по-друге, відповідної ліцензії на здійснення конкретного виду добровільного страхування.

Таким чином, договір страхування є безпосередньою підставою для виникнення зобов'язань як з добровільного, так і обов'язкового страхування.

За договором страхування одна сторона (страховик) зобов'язується у разі настання певної події (страхового випадку) виплатити другій стороні (страхувальникові) або іншій особі, визначеній

³⁵² Така обов'язковість для укладення договору обов'язкового страхування є відступленням від приватноправового принципу свободи договору.

³⁵³ Див.: Манзс, А. Основы страхового дела [Текст] / А. Манзс : пер. с нем. М. В. Побединского ; под ред. М. И. Ушакова. – СПб. : Изд. М. В. Кечеджи-Шаповалова, 1909. – С. 40.

³⁵⁴ Обов'язкові види страхування, які запроваджуються законами України, мають бути включені до Закону «Про страхування».

³⁵⁵ Ліцензія на конкретний вид обов'язкового страхування видається, коли страховик має досвід здійснення добровільного страхування не менше ніж два роки, якщо інше не передбачено законодавством. Під досвідом не менше ніж два роки слід розуміти наявність протягом усього зазначеного періоду чинної ліцензії і чинних договорів страхування (див.: п. 2.14 Ліцензійних умов провадження страхової діяльності, затверджених розпорядженням Державної комісії з регулювання ринків фінансових послуг України від 28.08.2003 р. № 40 (Офіц. вісн. України. – 2003. – № 38. – Ст. 2047)).

у договорі, грошову суму (страхову виплату), а страхувальник зобов'язується сплачувати страхові платежі та виконувати інші умови договору (ст. 979 ЦК; ст. 16 Закону).

Договір страхування є **двостороннім**. Сторонами цього договору є страховик та страхувальник, які наділені як правами, так і обов'язками. Страхувальник зобов'язується сплатити страховий платіж, а страховик — здійснити страхову виплату (подати допомогу, виконати послугу тощо) у разі настання страхового випадку.

У договорі страхування (у самому тексті договору або в додатках до нього) можуть бути зазначені також інші особи (застрахована особа, вигодонабувач), але наявність цих осіб у страховому зобов'язанні жодним чином не впливає на двосторонній характер договору страхування.

Договір страхування є **оплатним**. Страхувальник, сплачуючи страховий платіж, здійснює плату за страхування, тобто оплату наданої страховиком страхової послуги, яка полягає в тому, що страховик бере на себе ризик настання певної події (страхового випадку), з настанням якої виникає обов'язок страховика здійснити виплату страхової суми (страхового відшкодування) страхувальнику або іншій третій особі, вказаній у договорі. Не впливає на оплатний характер договору страхування ненастання страхового випадку протягом чинності договору страхування. У такому разі страховик все ж таки надає страхувальнику страхову послугу, звільнивши страхувальника, наприклад, від небезпеки понесення обумовлених договором втрат.

Договір страхування за загальним правилом є **реальним**. Він, якщо сторони не погодили інше, набирає чинності з моменту внесення страхувальником першого страхового платежу (ст. 983 ЦК; ч. 3 ст. 18 Закону). З наведеної норми випливає, що сторони можуть обумовити момент набрання чинності договором страхування будь-яким іншим моментом, наприклад досягнення ними згоди за всіма істотними його умовами та (або) підписання тексту договору (або видачі страховиком страхового полісу). У цьому випадку договір страхування набирає чинності ще до моменту сплати страхового платежу, і як наслідок цього обов'язок страховика щодо здійснення страхової виплати при настанні страхового випадку виникає до одержання від страхувальника страхового платежу і не обумовлюється сплатою останнього. За наявності такого погодження сторін договір страхування має **консенсуальний** характер.

Характерною ознакою договору страхування є непевність виникнення обов'язку страховика щодо здійснення страхової виплати, що дозволяє віднести договір страхування до **ризикових** (алеаторних) договорів³⁵⁶. Страховик не знає, чи буде він здійснювати страхові виплати або у крайньому разі не знає часу або суми платежу. Ризик несе також і страхувальник, який, сплачуючи платіж (премію), не знає напевно, чи одержить він або призначена ним особа (вигодонабувач) страхову виплату (страхове відшкодування, страхову суму), а якщо й одержить, то чи вигідно йому буде одержання такої страхової виплати (страхового відшкодування, страхової суми) при встановленій тривалості внесення платежів (премій)³⁵⁷.

³⁵⁶ Ризик у найширшому розумінні можна розглядати як невідомість настання деякої події. Ризиковим характером може бути наділений будь-який договір. Для цього достатньо, щоб передбачене договором виконання або його обсяг були поставлені у залежність від недостовірної обставини. Ризиковий характер носить лише окреме страхове правовідношення (окремий договір страхування). З економічної точки зору, як зазначав А. Г. Гойхбарг, страхування для страховика не повинно мати ризиковий характер, у протилежному випадку суттєво порушується мета страхування – забезпечення. Для досягнення такої мети необхідно, щоб існувала ймовірність, яка переходить у певність, що всій групі страхувальників необхідно буде виплатити менше, ніж одержано від них (Гойхбарг, А. Г. Единое понятие страхового договора [Текст] / А. Г. Гойхбарг. – СПб. : Тип. т-ва «Общественная польза», 1914. – С. 25). Сума виплат за зобов'язаннями страховика має забезпечити безперебійне виконання ним його фінансових зобов'язань по здійсненню страхових виплат та покрити витрати на здійснення страхової діяльності (див., наприклад: Коньшин, Ф. В. Государственное страхование в СССР [Текст] / Ф. В. Коньшин. – М. : Финансы, 1968. – 328 с.).

³⁵⁷ Див.: Серебровский, В. И. Очерки советского страхового права [Текст] / В. И. Серебровский. – М. ; Л. : Госюриздат, 1926. – С. 65.

Необхідною передумовою страхового зобов'язання є страховий інтерес³⁵⁸, який обумовлюється потребою у компенсації майнових втрат, що настали внаслідок пошкодження (втрати) або недоодержання певних матеріальних цінностей. Страховий інтерес має універсальний характер. Він притаманний як майновому, так і особистому страхуванню. У майновому страхуванні він полягає у відшкодуванні (компенсації) втрат у майновій сфері. Особисте страхування пов'язане з настанням подій, здатних породжувати потребу в одержанні грошових сум або додатковому матеріальному забезпеченні (наприклад, нещасний випадок, що викликав смерть особи, досягнення пенсійного віку). У можливості одержати таке забезпечення і полягає страховий інтерес у особистому страхуванні³⁵⁹. Страховий інтерес має бути правомірним (ст. 980 ЦК; ст. 4 Закону). Страхування протиправних інтересів не допускається³⁶⁰. Він має належати конкретній особі (страхувальнику або призначеній страхувальником третій особі)³⁶¹.

При здійсненні страхування досить широко використовуються такі його різновиди, як співстрахування та перестрахування.

Співстрахування — це страхування предмета договору страхування кількома страховиками на підставі одного договору страхування (ст. 986 ЦК; ст. 11 Закону). Договір співстрахування є договором з множинністю осіб на боці страховика (ст. 540 ЦК). У договорі співстрахування має місце часткова множинність. Права й обов'язки та їх обсяг кожного із страховиків мають бути визначені у договорі. Співстрахування здійснюється лише за згодою страхувальника. За взаємним погодженням між співстраховиками і страхувальником один із співстраховиків може представляти всіх інших співстраховиків у відносинах із страхувальником. При цьому цей страховик залишається відповідальним перед страхувальником лише у розмірах своєї частки. Використання моделі співстрахування може бути викликано різними причинами: наявність значних за обсягом об'єктів і як наслідок цього — неможливість для одного страховика прийняти певний об'єкт на страхування, необхідність використання різного роду страхової кооперації (наприклад, страховий пул) тощо³⁶².

Від співстрахування суттєво відрізняється **перестрахування**, яке є формою страхування страховиком у іншого страховика (перестраховика) частини своїх фінансових ризиків, пов'язаних зі здійсненням страхових виплат страхувальнику при настанні страхового випадку. Перестраховик має право приймати ризики в перестрахування лише з тих видів добровільного й обов'язкового страхування, на проведення яких він отримав ліцензію. Перестрахування здійснюється на підставі укладеного між страховиком та перестраховиком договору перестрахування, який укладається без погодження зі страхувальником³⁶³.

³⁵⁸ Див.: Граве, К. А. Страхование [Текст] / К. А. Граве, Л. А. Лунц. – М. : Госюриздат, 1960. – С. 42.

³⁵⁹ Див.: Шиминова, М. Я. Основы страхового права России [Текст] / М. Я. Шиминова. – М. : Анкил, 1993. – С. 31.

³⁶⁰ Неможливо застрахувати, наприклад, від захоплення заручників, оскільки в противному разі здійснення страхової виплати за звільнення заручників буде стимулювати певних осіб до протиправних дій.

³⁶¹ Одним із основних принципів страхування є правило: «немає інтересу – немає страхування», яке полягає в тому, що право на одержання страхової виплати має лише особа, яка має страховий інтерес (наприклад, особа, яка внаслідок пошкодження або загибелі майна може понести матеріальні втрати).

³⁶² У страховій практиці використовується також подвійне страхування – страхування одного об'єкта за кількома (два і більше) договорами страхування різними страховиками. При подвійному страхуванні загальний розмір страхового відшкодування за загальним правилом не може перевищувати розміру збитків, завданих страхувальникові (вигодонабувачеві), що виключає можливість безпідставного збагачення.

А тому, наприклад, подвійне страхування не може застосовуватися в особистому страхуванні, оскільки розмір страхових виплат при цьому не обмежується.

³⁶³ Для укладення договору перестрахування страховик не зобов'язаний повідомляти про це страхувальника.

У страховій практиці страховик за договором перестраховання, який передає в перестраховання частину своїх ризиків, іменується цедентом, перестраховальником, а перестраховик, який приймає вказаний ризик, — також і цесіонарієм. У договорі перестраховання страховик за основним договором страхування займає місце страхувальника. Останній при настанні страхового випадку вправі звернутися з вимогою про здійснення страхової виплати лише до контрагента за укладеним ним договором страхування — страховика. Тому страховик, який уклав договір перестраховання, залишається відповідальним перед страхувальником у повному обсязі відповідно до договору страхування (ч. 2 ст. 987 ЦК; ст. 12 Закону). Необхідність перестраховання (як і співстрахування) викликана, зокрема, наявністю значних за обсягом ризиків (наприклад, екологічних, космічних, ядерних), які окремих страховик не в змозі прийняти на страхування, не порушуючи нормативно встановлені вимоги щодо забезпечення своєї платоспроможності³⁶⁴. Так, згідно зі ст. 30 Закону, якщо страхова сума за окремим предметом договору страхування перевищує 10 відсотків суми сплаченого статутного капіталу і сформованих вільних резервів та страхових резервів, страховик зобов'язаний укласти договір перестраховання.

§ 3. Учасники страхових зобов'язань

Учасники страхового зобов'язання поділяються на дві групи: обов'язкові та факультативні (необов'язкові). Сторонами договору страхування (його обов'язковими учасниками) є страховик та страхувальник.

ЦК визначає страховика як юридичну особу, спеціально створену для здійснення страхової діяльності та яка одержала у встановленому порядку ліцензію на здійснення страхової діяльності. Вимоги, яким мають відповідати страховики, встановлюються законом (ч. 1 ст. 984 ЦК).

Відповідно до ст. 2 Закону страховиками визнаються фінансові установи³⁶⁵, які створені у формі акціонерних, повних, командитних товариств або товариств з додатковою відповідальністю і здійснюють страхову діяльність на підставі відповідної ліцензії. Слова «страховик», «страхова компанія», «страхова організація» та похідні від них дозволяється використовувати у назві лише тим юридичним особам, які мають ліцензію на здійснення страхової діяльності.

Для набуття статусу страховика необхідне додержання встановлених чинним законодавством вимог. Так, страхова діяльність в Україні здійснюється, за незначними винятками, страховиками — резидентами

³⁶⁴ Чинне законодавство значну увагу приділяє питанням забезпечення платоспроможності страховиків. Так, ст. 30 Закону передбачає, що страховики зобов'язані дотримуватися таких умов забезпечення платоспроможності: наявності сплаченого статутного капіталу та наявності гарантійного фонду страховика; створення страхових резервів, достатніх для майбутніх виплат страхових сум і страхових відшкодувань; перевищення фактичного запасу платоспроможності страховика над розрахунковим нормативним запасом платоспроможності.

³⁶⁵ Визначення терміна «фінансова установа» містить Закон України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг», згідно з яким фінансовою установою є юридична особа, яка відповідно до закону надає одну чи декілька фінансових послуг, а також інші послуги (операції), пов'язані з наданням фінансових послуг, у випадках, прямо визначених законом, та внесена до відповідного реєстру в установленому законом порядку. Названий Закон до фінансових установ відносить банки, кредитні спілки, ломбарди, лізингові компанії, довірчі товариства, страхові компанії, установи накопичувального пенсійного забезпечення, інвестиційні фонди і компанії та інші юридичні особи, виключним видом діяльності яких є надання фінансових послуг, а у випадках, прямо визначених законом, — інші послуги (операції), пов'язані з наданням фінансових послуг. Разом з тим наведене прямо суперечить положенням ЦК, у ст. 83 якого передбачається, що юридичні особи можуть створюватися у формі товариств, установ та в інших формах, встановлених законом (ч. 1). Установою є організація, створена однією або кількома особами (засновниками), які не беруть участі в управлінні нею, шляхом об'єднання (виділення) їхнього майна для досягнення мети, визначеної засновниками, за рахунок цього майна. За змістом ст. 2 Закону страховиком може бути не установа, а товариство, причому лише господарське (підприємницьке) (ст. 84 ЦК). А тому з метою усунення термінологічної плутанини для характеристики страховика доцільно буде вживати замість терміна «установа» термін «організація», який більш точно відповідає сучасній класифікації юридичних осіб, передбаченій ЦК.

України³⁶⁶, які повинні мати у своєму складі не менше трьох учасників. З метою забезпечення платоспроможності страховика та виконання ним зобов'язань перед страхувальниками встановлюються значні обмеження щодо предмета діяльності страховика, видів страхування, мінімального розміру статутного капіталу та деякі інші. Так, предметом безпосередньої діяльності страховика може бути лише страхування, перестраховання і фінансова діяльність, пов'язана з формуванням, розміщенням страхових резервів та їх управлінням. Дозволяється виконання зазначених видів діяльності у вигляді надання послуг для інших страховиків на підставі укладених цивільно-правових правочинів, надання послуг (виконання робіт), якщо це безпосередньо пов'язано із зазначеними видами діяльності, а також будь-які операції для забезпечення власних господарських потреб страховика (ст. 2 Закону). Мінімальний розмір статутного капіталу страховика, який займається видами страхування іншими, ніж страхування життя, встановлюється в сумі, еквівалентній 1 мільйону євро, а страховика, який займається страхуванням життя, — 1,5 мільйона євро за валютним обмінним курсом валюти України³⁶⁷. При створенні страховика або збільшенні зареєстрованого статутного капіталу статутний капітал має бути сплачений (за деяким винятком) виключно в грошовій формі³⁶⁸.

Окрім вищезазначених організаційно-правових форм, страховиками можуть бути також і суб'єкти публічного права (державні організації), але тільки у випадках, прямо встановлених законодавством України. Названі страховики також створюються і діють відповідно до Закону. Причому використання слів «державна», «національна» або похідних від них у назві страховика дозволяється лише за умови, що єдиним власником такого страховика є держава.

Фізичні та юридичні особи з метою страхового захисту своїх майнових інтересів можуть створювати товариства взаємного страхування (ст. 14 Закону)³⁶⁹, які не мають на меті одержання прибутку, і тому не є суб'єктами підприємницької діяльності. Товариство взаємного страхування є юридичною особою — страховиком, створеною з метою страхування ризиків своїх членів. Страхові відносини між названим товариством та його членами будуються на підставі укладеного договору страхування, в якому предмет страхування, страхові суми, порядок їх виплати та порядок внесення страхових платежів визначаються з урахуванням особливостей кожного члена товариства.

Для координації своєї діяльності, захисту інтересів своїх членів та здійснення спільних програм, якщо їх утворення не суперечить законодавству України, страховики можуть утворювати спілки, асоціації та інші

³⁶⁶ Страховики-нерезиденти вправі здійснювати свою діяльність на території України лише за такими видами страхової діяльності: виключно із страхування ризиків, пов'язаних з морськими перевезеннями, комерційною авіацією, запуском космічних ракет і фрахтом (включаючи супутники), у разі, якщо об'єктом страхування є майнові інтереси, пов'язані з товарами, які транспортуються, та/або транспортним засобом, яким вони транспортуються, та/або будь-яка відповідальність, що виникає у зв'язку з таким транспортуванням товарів, а також страхове посередництво, таке як брокерські та агентські операції стосовно вказаних видів страхування; перестраховання та страхове посередництво стосовно перестраховання; допоміжні послуги із страхування, такі як консультаційні послуги, оцінка актуарного ризику та задоволення претензій. Будь-яка інша страхова діяльність на території України страховикам-нерезидентам забороняється (ч. 2 ст. 2 Закону).

³⁶⁷ Стаття 30 Закону.

³⁶⁸ Дозволяється у встановленому порядку формування статутного капіталу страховика цінними паперами, що випускаються державою, за їх номінальною вартістю, але не більше 25 відсотків загального розміру статутного капіталу. У той же час встановлена пряма заборона щодо використання для формування статутного капіталу векселів, коштів страхових резервів, а також коштів, одержаних у кредит, позику та під заставу, і внесення нематеріальних активів.

³⁶⁹ Порядок створення та діяльності товариств взаємного страхування регулюється Тимчасовим положенням про товариство взаємного страхування, затвердженим постановою Кабінету Міністрів України від 01.02.1997 р. № 132 (Уряд. кур'єр. – 1997. – 25 лют. – № 35).

об'єднання з правами юридичної особи, які не є страховиками і не можуть займатися страховою діяльністю³⁷⁰ (ст. 13 Закону).

Другим обов'язковим учасником (стороною) страхового зобов'язання є **страхувальник**. Страхувальниками визнаються юридичні та дієздатні фізичні особи, які уклали із страховиками договори страхування або є страхувальниками відповідно до чинного законодавства (ч. 2 ст. 984 ЦК; ст. 3 Закону).

Крім страховика та страхувальника, у страховому правовідношенні можуть брати участь також інші особи: вигодонабувачі, застраховані особи та страхові посередники.

Вигодонабувач — це юридична або фізична особа, призначена страхувальником для одержання страхової виплати (ч. 2 ст. 985 ЦК).

Страхувальник має право при укладенні договору страхування призначити фізичну або юридичну особу для одержання страхової виплати (вигодонабувача), а також замінювати її до настання страхового випадку, якщо інше не встановлено договором страхування. Порядок призначення вигодонабувачів відрізняється залежно від того, призначається вигодонабувач за договором особистого страхування чи за договором іншим, ніж договір особистого страхування.

При укладенні договору особистого страхування призначення вигодонабувача здійснюється виключно за згодою застрахованої особи. Страхувальники мають право при укладенні договорів особистого страхування призначити за згодою застрахованої особи вигодонабувачів для отримання страхових виплат, а також замінювати їх до настання страхового випадку, якщо інше не передбачено договором. Вимога щодо обов'язкової згоди застрахованої особи при призначенні вигодонабувача (у разі, якщо застрахована особа не є ні страхувальником, ні вигодонабувачем) визначається тим, що можливість одержання страхової виплати страхувальником або вигодонабувачем обумовлюється настанням страхового випадку із застрахованою особою.

При укладенні договорів майнового страхування або страхування відповідальності вигодонабувач може бути призначений чи змінений (до настання страхового випадку) на розсуд страхувальника. Проте в даному випадку не всі особи можуть бути вигодонабувачами, а лише ті, яким внаслідок настання страхового випадку будуть заподіяні збитки.

Договір страхування, яким передбачено призначення вигодонабувача, є договором на користь третьої особи (ст. 636 ЦК), який наділений певною специфікою (вигодонабувач наділяється, крім прав, також певними обов'язками, встановленими договором страхування). Якщо вигодонабувач висловив намір скористатися своїм правом (або виконав певні обов'язки за договором страхування), страхувальник не вправі його замінити.

Застрахованою особою є фізична особа, в житті якої може відбутися подія, яка викликає обов'язок страховика здійснити страхову виплату. Страхувальник вправі укласти із страховиком договір на користь

³⁷⁰ Так, наприклад, Моторне (транспортне) страхове бюро України є єдиним об'єднанням страховиків, які здійснюють обов'язкове страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів за шкоду, заподіяну третім особам (п. 39.1 ст. 39 Закону України «Про обов'язкове страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів»). Моторне (транспортне) страхове бюро України має свій статут, нова редакція якого погоджена розпорядженням Державної комісії з регулювання ринків фінансових послуг України від 01.02.2005 р. № 3470 (Укр. інвестиц. газ. – 2007. – 08. – № 30).

Координацію діяльності страховиків у галузі страхування авіаційних ризиків здійснює Авіаційне страхове бюро (ч. 3 ст. 103 Повітряного кодексу України від 04.05.1993 р. (Відом. Верхов. Ради України. – 1993. – № 25. – Ст. 274)), морських ризиків здійснює Морське страхове бюро (ч. 4 ст. 242 Кодексу торговельного мореплавства України від 23.05.1995 р. (Відом. Верхов. Ради України. – 1995. – № 47–52. –

Ст. 349)), які також представляють їх інтереси у міжнародних об'єднаннях страховиків. Положення про Авіаційне страхове бюро та Морське страхове бюро були затверджені постановою Кабінету Міністрів України від 27.04.1998 р. № 561 «Про порядок утворення та державної реєстрації Авіаційного страхового бюро і Морського страхового бюро» (Офіц. вісн. України. – 1998. – № 17. – Ст. 625), яка втратила чинність згідно з постановою Кабінету Міністрів України від 20.08.2005 р. № 788 (Офіц. вісн. України. – 2005. – № 34. – Ст. 2062).

Постановою Кабінету Міністрів України від 23.06.2003 р. № 953 «Про обов'язкове страхування цивільної відповідальності за ядерну шкоду» було затверджено положення про Ядерний страховий пул, який є об'єднанням страховиків – резидентів України, які в установленому порядку отримали ліцензію на проведення обов'язкового страхування цивільної відповідальності за ядерну шкоду (Офіц. вісн. України. – 2003. – № 26. – Ст. 1280).

третьої особи, якій страховик зобов'язаний здійснити страхову виплату в разі досягнення нею певного віку або настання іншого страхового випадку (ч. 1 ст. 985 ЦК). За загальним правилом страхування застрахованих осіб може мати місце лише за їх згодою, крім випадків, передбачених чинним законодавством, тому що застраховані особи можуть набувати прав і обов'язків страховальника згідно з договором страхування.

Страхова діяльність в Україні може провадитися також із залученням страхових посередників: страхових або перестрахових брокерів та страхових агентів, якими можуть бути як резиденти, так і нерезиденти³⁷¹.

Страхові брокери — юридичні або фізичні особи, які зареєстровані у встановленому порядку як суб'єкти підприємницької діяльності та здійснюють за винагороду посередницьку діяльність у страхуванні від свого імені на підставі брокерської угоди (договору) з особою, яка має потребу у страхуванні як страховальник. **Перестрахові брокери** — юридичні особи, які здійснюють за винагороду посередницьку діяльність у перестрахованні від свого імені на підставі брокерської угоди (договору) із страховиком, який має потребу в перестрахованні як перестраховальник.

Посередницька діяльність страхових та перестрахових брокерів у страхуванні та перестрахованні здійснюється як виключний вид діяльності і може включати консультування, експертно-інформаційні послуги, роботу, пов'язану з підготовкою, укладенням та виконанням (супроводом) договорів страхування (перестраховання), у тому числі щодо врегулювання збитків у частині одержання та перерахування страхових платежів, страхових виплат та страхових відшкодувань за угодою відповідно із страховальником або перестраховальником, інші посередницькі послуги у страхуванні та перестрахованні за переліком, встановленим Уповноваженим органом. Відносини страхового (перестрахового) брокера з потенційним (майбутнім) страховальником (перестраховальником), які опосередковуються брокерською угодою, мають комісійний характер.

На відміну від страхових (перестрахових) брокерів, **страхові агенти** є представниками страховика і діють у його інтересах за винагороду на підставі договору доручення із страховиком. Страховими агентами можуть бути фізичні або юридичні особи, які діють від імені та за дорученням страховика і виконують частину його страхової діяльності, а саме: укладають договори страхування, одержують страхові платежі, виконують роботи, пов'язані із здійсненням страхових виплат та страхових відшкодувань. Так, наприклад, при здійсненні обов'язкового особистого страхування від нещасних випадків на транспорті кожному застрахованому перевізник, що виступає агентом страховика, на підставі агентського договору зі страховиком видає страховий поліс³⁷². На території України допускається посередницька діяльність, за незначними винятками³⁷³, з укладення договорів страхування лише зі страховиками-резидентами. З 16 травня 2013 р. у зв'язку зі вступом України до Світової організації торгівлі вказане обмеження втрачає чинність³⁷⁴.

³⁷¹ Порядок здійснення діяльності страховими посередниками регулюється Положенням про порядок провадження діяльності страховими посередниками, затвердженим постановою Кабінету Міністрів України від 18.12.1996 р. № 1523 (Уряд. кур'єр. – 1997. – 21 січ. (№ 10)).

³⁷² Див. п. 3 Положення про обов'язкове особисте страхування від нещасних випадків на транспорті [Текст]: затв. постановою Каб. Міністрів України від 14.08.1996 р. № 959.

³⁷³ Посередницька діяльність на території України з укладення договорів страхування з іноземними страховиками допускається лише щодо: договорів страхування ризиків, пов'язаних з морськими перевезеннями, комерційною авіацією, запуском космічних ракет і фрахтом (включаючи супутники), в разі коли об'єктом страхування є майнові інтереси, пов'язані з товарами, які транспортуються, та/або транспортним засобом, яким вони транспортуються, та/або будь-яка відповідальність, що виникає у зв'язку з таким транспортуванням товарів; договорів перестраховання з додержанням вимог Закону.

³⁷⁴ Див. п. 2 Прикінцевих положень Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про страхування» від 16.11.2006 р. (Офіц. вісн. України. – 2006. – № 49. – Ст. 3240).

§ 4. Укладення договору страхування та його істотні умови

Порядок укладення договору страхування підпорядковується як загальним нормам, які регулюють укладення цивільно-правового договору, так і спеціальним вимогам, передбаченим страховим законодавством. За загальним правилом (ст. 638 ЦК) договір укладається шляхом пропозиції однієї сторони укласти договір (оферти) і прийняття пропозиції (акцепту) другою стороною. Для укладення договору страхування страхувальник подає страховикові письмову заяву за формою, встановленою страховиком, або іншим чином заявляє про свій намір укласти договір страхування (ст. 18 Закону). Одержавши заяву (пропозицію) страхувальника про укладення договору страхування, страховик здійснює оцінку страхового ризику. У разі необхідності страховик вправі запросити у страхувальника баланс або довідку про фінансовий стан, підтвержені аудитором (аудиторською фірмою), а також інші необхідні документи.

ЦК (ст. 981) та Закон (ст. 17) передбачають, що договір страхування укладається у простій письмовій формі, недодержання якої тягне за собою його нікчемність. Вимоги щодо письмової форми договору страхування визначаються загальними нормами стосовно письмової форми правочину (ст. 207 ЦК). Зміст договору страхування може бути зафіксований в одному документі, підписаному його сторонами. Проте страхова практика виробила особливу форму договору страхування — страхове свідоцтво (поліс, сертифікат). На підставі заяви (пропозиції) страхувальника страховик видає страхувальнику страхове свідоцтво (поліс, сертифікат), посвідчуючи таким чином факт укладення договору страхування, який і є формою договору страхування (ст. 18 Закону). Для того щоб страхове свідоцтво (поліс, сертифікат) мало силу договору, воно має містити всі істотні умови договору страхування. Страхове свідоцтво (поліс, сертифікат) не є цінним папером.

Договір є укладеним, якщо сторони в належній формі досягли згоди з усіх істотних умов договору (ч. 1 ст. 638 ЦК). Стаття 982 ЦК передбачає, що істотними умовами договору страхування є предмет договору страхування, страховий випадок, розмір грошової суми, в межах якої страховик зобов'язаний провести виплату в разі настання страхового випадку (страхова сума), розмір страхового платежу і строки його сплати, строк договору та інші умови, визначені актами цивільного законодавства. Частина 2 ст. 16 Закону доповнює перелік умов, які має містити договір страхування, такими: умовами щодо учасників страхових відносин (сторін договору, застрахованої особи та вигодонабувача); розміру страхових виплат за договором страхування життя; страхового тарифу (який не визначається для страхових випадків, для яких не встановлюється страхова сума); порядку зміни і припинення дії договору; здійснення страхової виплати; причин відмови у страховій виплаті; прав та обов'язків сторін і відповідальності за невиконання або неналежне виконання умов договору. Сторони вправі за взаємним погодженням доповнити перелік умов договору страхування.

Предметом договору страхування можуть бути майнові інтереси, які не суперечать закону і пов'язані з: 1) життям, здоров'ям, працездатністю та пенсійним забезпеченням (особисте страхування); 2) володінням, користуванням і розпорядженням майном (майнове страхування); 3) відшкодуванням шкоди, завданої страхувальником (страхування відповідальності) (ст. 980 ЦК; ст. 4 Закону). Залежно від особливостей предмета договору страхування воно поділяється на особисте, яке пов'язане з немайновою сферою страхувальника або застрахованої особи (життя, здоров'я, працездатність та додаткова пенсія), та майнове, пов'язане з володінням, користуванням і розпорядженням майном, до якого є близьким страхування відповідальності, пов'язане з відшкодуванням страхувальником заподіяної ним шкоди особі або її майну, а також шкоди, заподіяної юридичній особі.

Серед особистих видів страхування особливе місце займає страхування життя, що передбачає обов'язок страховика здійснити страхову виплату згідно з договором страхування у разі смерті застрахованої особи, а також, якщо це встановлено договором страхування, у разі дожиття застрахованої особи до закінчення строку дії договору страхування та (або) досягнення застрахованою особою визначеного договором віку. Умови договору страхування життя можуть також передбачати обов'язок страховика здійснити страхову виплату в разі нещасного випадку, що стався із застрахованою особою, та (або) хвороби останньої.

Страхування життя належить до накопичувальних видів страхування, які передбачають здійснення страхової виплати (страхової суми) у будь-якому випадку, оскільки один із передбачених договором страхування життя страховий випадок настане завжди (так, або настане смерть застрахованої особи в період чинності договору, або застрахована особа доживе до закінчення строку дії договору страхування чи до іншої обумовленої договором дати). У зв'язку з особливим характером взаємовідносин між страховиком та страхувальником законодавчо встановлено обмеження щодо здійснення страхування страховиками, які укладають договори страхування життя. З метою забезпечення виконання страховиками зобов'язань перед страхувальниками за договорами страхування життя не допускається здійснення інших видів страхування, крім страхування життя (ст. 38 Закону). У даному випадку для страховиків встановлюється виключний вид діяльності — страхування життя.

Страховим випадком є подія³⁷⁵, передбачена договором страхування або законодавством, яка відбулася і з настанням якої виникає обов'язок страховика здійснити виплату страхової суми (страхового відшкодування) страхувальникові, застрахованій або іншій третій особі (ч. 2 ст. 8 Закону).

Страховий випадок тісно пов'язаний зі **страховим ризиком**, який є однією з центральних категорій страхування. Під ним розуміють певну подію, на випадок якої провадиться страхування і яка має ознаки ймовірності та випадковості настання (ч. 1 ст. 8 Закону). Ризик не залежить від волі та поведінки сторін, він настає випадково. Подія, яка передбачена як страховий ризик, має бути такою, настання якої можливе в майбутньому, проте учасникам страхування невідомо, настане вона чи ні. Якщо сторонам (або хоча б одній стороні) наперед відомо, що передбачена подія обов'язково настане (або, навпаки, не настане), то в даному разі страхування неможливе, бо воно втрачає свою основну ознаку — ризиковий характер. Страховий ризик відрізняється від страхового випадку, бо є подією, настання якої лише передбачається у майбутньому, тоді як страховий випадок — це подія, яка уже настала і яка викликала обов'язок страховика здійснити страхову виплату. Тому страховий випадок є реалізованим страховим ризиком. Оцінку страхового ризику здійснює страховик (п. 2 ст. 989 ЦК; п. 2 ст. 21 Закону).

Страхова сума — це грошова сума, в межах якої страховик відповідно до умов страхування зобов'язаний провести виплату при настанні страхового випадку (ст. 9 Закону). Страхова сума визначає верхню межу (ліміт) розміру зобов'язань страховика при настанні страхового випадку³⁷⁶ і може бути встановлена за окремим страховим випадком, групою страхових випадків, договором страхування у цілому.

Розмір страхової суми визначається договором страхування або чинним законодавством під час укладення договору страхування чи його зміни. У разі, якщо при настанні страхового випадку передбачаються послідовні довічні страхові виплати, у договорі страхування визначаються розміри таких виплат, а страхова сума у цих випадках не встановлюється.

³⁷⁵ Термін «подія» в даному випадку має більш широке значення, ніж загальноживане. Він також охоплює і дії різних осіб (наприклад, заподіяння страхувальнику шкоди третьою особою).

³⁷⁶ Страхова практика використовує у значенні розміру (ліміту) зобов'язань страховика перед страхувальником по здійсненню страхових виплат термін «відповідальність страховика», який не відповідає загальноприйнятому цивільно-правовому поняттю відповідальності.

Порядок визначення страхової суми залежить від виду страхування. При страхуванні майна страхова сума за загальним правилом, якщо інше не передбачено договором страхування, встановлюється в межах його вартості за цінами і тарифами, що діють на момент укладення договору. Перевищення страхової суми над вартістю об'єкта страхування (майна) можливе при страхуванні одного об'єкта від різних страхових випадків. В особистому страхуванні страхова сума визначається за домовленістю сторін і максимальним розміром не обмежується. Більш того, особа може укласти кілька договорів особистого страхування щодо того самого ризику. Залежно від розміру страхової суми визначається розмір страхового платежу та страхової виплати.

Страховий платіж (страховий внесок, страхова премія) — плата за страхування, яку страхувальник зобов'язаний внести страховику згідно з договором страхування (ст. 10 Закону). Зі сплатою страхового платежу (першого внеску) за загальним правилом пов'язане набрання договором страхування чинності (ст. 18 Закону). Страховий платіж за домовленістю сторін може сплачуватися як одночасно, так і кількома послідовними внесками. Несплата першого (у разі якщо договір страхування набирає чинності до його сплати) або чергового страхового платежу у встановлені договором страхування строки є підставою для його дострокового припинення (ст. 997 ЦК; ст. 28 Закону).

Розмір страхового платежу визначається на підставі **страхового тарифу** — ставки страхового внеску з одиниці страхової суми за визначений період страхування. Страховий тариф за добровільними видами страхування розраховується страховиком самостійно актуарно (математично) на підставі відповідної статистики настання страхових випадків. Виходячи з ризикового характеру страхування, страховий тариф не може бути рівним або більшим одиниці (100 відсоткам), оскільки при ймовірності настання страхового випадку, яка дорівнює 100 відсоткам, страхування втрачає зміст³⁷⁷. Конкретний розмір страхового тарифу визначається в договорі страхування за згодою сторін (ч. 3 ст. 10 Закону).

Строк договору страхування — це період у часі, протягом якого учасники страхових відносин здійснюють належні їм права та виконують покладені на них обов'язки. Як істотна умова строк договору страхування перебуває у прямій залежності від страхового ризику: чим більший строк чинності договору страхування, тим вища ймовірність настання страхового випадку (реалізації страхового ризику) і тим більший розмір страхового платежу. З моменту набрання договором страхування чинності (внесення першого страхового платежу, якщо інше ним не передбачено) страховик за умови настання страхового випадку зобов'язується здійснити страхову виплату згідно з умовами страхування. Закінчення строку, на який укладено договір страхування, припиняє його дію і за загальним правилом звільняє сторони від взятих на себе зобов'язань, крім зобов'язань, які виникли під час його чинності. Можливе також дострокове припинення чинності договору страхування з підстав, передбачених законом або договором.

При настанні страхового випадку страховик зобов'язується здійснити **страхову виплату**, тобто зобов'язується виплатити певну грошову суму в розмірі і порядку відповідно до умов договору страхування (п. 3 ч. 1 ст. 988 ЦК; ст. 9 Закону). Вона здійснюється в межах страхової суми і не може її перевищувати.

Страхові виплати за договорами особистого страхування здійснюються незалежно від суми, яку має отримати одержувач за державним соціальним страхуванням та соціальним забезпеченням, і суми, що має бути йому сплачена як відшкодування збитків.

При майновому страхуванні та страхуванні відповідальності страхова виплата здійснюється страховиком у межах страхової суми і має назву «страхове відшкодування». Останнє не може перевищувати розміру

³⁷⁷ У цьому разі, по-перше, страховий випадок настає обов'язково (втрачається ознака – ймовірність його настання), по-друге, розмір страхового платежу, який сплачується страхувальником страховику, та страхової суми (страхового відшкодування), яка виплачується страховиком страхувальнику (вигодонабувачу), збігаються (втрачається принцип забезпеченості при страхуванні).

прямого збитку, якого зазнав страхувальник (вартості майна, що загинуло, розміру фінансових втрат у результаті проведення підприємницької операції тощо)³⁷⁸.

Якщо майно застраховане у кількох страховиків (подвійне страхування) і загальна страхова сума перевищує дійсну вартість майна, то страхове відшкодування, що виплачується всіма страховиками, не може перевищувати дійсної вартості майна. При цьому кожний страховик здійснює виплату пропорційно розміру страхової суми за укладеним ним договором страхування (ч. 19 ст. 9 Закону).

У деяких випадках розмір страхового відшкодування може перевищувати розмір прямого збитку або бути меншим за нього. Так, якщо це встановлено договором страхування, вважаються застрахованими також і непрямі збитки. Якщо це передбачено договором страхування, страховик додатково до здійснення страхової виплати зобов'язаний відшкодувати витрати, понесені страхувальником при настанні страхового випадку щодо запобігання або зменшення збитків (п. 4. ч. 1 ст. 988 ЦК; п. 4 ст. 20 Закону).

Страхова сума не може перевищувати вартість (страхову оцінку) предмета договору страхування. Сторони в договорі страхування за своїм розсудом можуть визначити страхову суму й у розмірі, меншому, ніж вартість його предмета. У даному випадку має місце неповне або часткове страхове покриття. Визначення розміру страхового відшкодування, що підлягає виплаті при настанні страхового випадку, в цьому разі здійснюється залежно від того, за якою системою здійснено страхування: пропорційною або системою першого ризику.

Пропорційна система передбачає виплату страхового відшкодування у такій же частці від визначених по страховій події збитків. При застосуванні системи першого ризику страхова сума встановлює верхню межу зобов'язань страховика. Збитки, заподіяні страхувальнику (вигодонабувачу), які не досягли цієї межі, відшкодовуються страховиком повністю, а ті збитки, що перевищують встановлену величину, не покриваються. За цією системою збитки в межах страхової суми є «першим ризиком», який у повному обсязі несе страховик; збитки, які перевищують страхову суму, — є «другим ризиком», який покладається на страхувальника³⁷⁹. Чинне законодавство (ст. 9 Закону) як загальне правило передбачає пропорційну систему. Так, згідно з ч. 17 ст. 9 Закону, якщо інше не передбачено умовами страхування, у разі коли страхова сума становить певну частку вартості застрахованого предмета договору страхування, страхове відшкодування виплачується у такій же частці від визначених по страховій події збитків.

Другим фактором, який впливає на зменшення страхового відшкодування, є **франшиза** (від фр. franchise — пільга, привілей) — частина збитків, що не відшкодовується страховиком згідно з договором страхування. Франшиза встановлюється в абсолютному розмірі або пропорційно до страхової суми (чи розміру збитків) і, як правило, є незначною величиною. Франшиза може бути встановлена по окремому страховому випадку, групі страхових випадків, договору страхування у цілому. Застосування франшизи, з одного боку, звільняє страховика від здійснення невеликих за розміром виплат і здійснення пов'язаних з цим різноманітних заходів (наприклад, проведення оцінки збитків, що може вимагати значних порівняно із самими збитками витрат). З другого боку, франшиза спонукає страхувальника до дбайливого ставлення до предмета договору страхування. Якщо збитки, заподіяні страхувальникові (вигодонабувачеві), не перевищують розміру франшизи, вони не відшкодовуються. При цьому ризик несення ймовірності заподіяння збитків лягає на самого страхувальника. Якщо розмір збитків перевищує франшизу, то розмір страхового відшкодування, що підлягає виплаті, визначається залежно від виду франшизи: умовної чи безумовної. При умовній франшизі відшкодовуються заподіяні збитки у повному обсязі; при

³⁷⁸ Як вбачається, більш правильним було б здійснення відшкодування збитків страхувальникові (вигодонабувачеві) як у грошовій формі, так і натуральній. Страховиком має бути надане право вільного вибору форми компенсації у разі настання страхового випадку.

³⁷⁹ Див.: Граве, К. А. Страхование [Текст] / К. А. Граве, Л. А. Лунц. — М. : Госюриздат, 1960. — С. 53.

безумовній — збитки за вирахуванням встановленого розміру франшизи. На практиці у переважній більшості випадків встановлюється безумовна франшиза³⁸⁰.

Якщо в результаті настання страхового випадку фактично заподіяні збитки перевищують розмір страхового відшкодування, страхувальник може компенсувати різницю між заподіяними збитками та одержаним страховим відшкодуванням шляхом її стягнення з безпосереднього заподіювача (або осіб, які відповідають за дії заподіювача) на загальних засадах. Так, наприклад, відповідно до ст. 1194 ЦК особа, яка застрахувала свою цивільну відповідальність, у разі недостатності страхової виплати (страхового відшкодування) для повного відшкодування завданої нею шкоди зобов'язана сплатити потерпілому різницю між фактичним розміром шкоди і страховою виплатою (страховим відшкодуванням). Зазначена норма має на меті забезпечення принципу повного відшкодування заподіяної шкоди потерпілому, якщо сума виплаченого страхового відшкодування є недостатньою, а не звільнення від відповідальності винної особи³⁸¹.

§ 5. Зміст страхового зобов'язання. Відповідальність сторін

Зміст будь-якого зобов'язання складають права та обов'язки його сторін. Сторони договору страхування наділені правами. На них покладені також і обов'язки. Зміст прав та обов'язків визначається сторонами за їх розсудом з урахуванням положень актів цивільного законодавства, які містять перелік обов'язків сторін, що для них є імперативними.

Серед **обов'язків страховика** перше і головне місце займає обов'язок щодо здійснення у передбачений договором строк страхової виплати при настанні страхового випадку. Підставами для здійснення такої виплати є заява страхувальника (його правонаступника або третіх осіб, визначених умовами страхування) і страховий акт (аварійний сертифікат), який складається страховиком або уповноваженою ним особою (аварійним комісаром) у формі, що визначається страховиком (ст. 990 ЦК; ст. 25 Закону). Як тільки страховику стане відомо про настання страхового випадку (необов'язково від страхувальника), він зобов'язаний вжити відповідних заходів щодо оформлення всіх необхідних документів для своєчасного здійснення страхової

³⁸⁰ Так, наприклад, відповідно до ст. 12 Закону України «Про обов'язкове страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів» розмір франшизи при відшкодуванні шкоди, заподіяної майну потерпілих, встановлюється при укладенні договору обов'язкового страхування цивільно-правової відповідальності і не може перевищувати 2 відсотки від ліміту відповідальності страховика, в межах якого відшкодовується збиток, заподіяний майну потерпілих (Ст.9 вказаного закону визначено, обов'язковий ліміт відповідальності страховика за шкоду, заподіяну майну потерпілих, який становить 25500 гривень на одного потерпілого. Обов'язковий ліміт відповідальності страховика за шкоду, заподіяну життю та здоров'ю потерпілих, становить 51000 гривень на одного потерпілого. Розміри лімітів відповідальності страховика мають переглядатися Уповноваженим органом відповідно до рівня інфляції та індексу споживчих цін. Розпорядженням Державної комісії з регулювання ринків фінансових послуг України від 9.07.2010р. №566 «Про деякі питання здійснення обов'язкового страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів» (Офіц. вісн. України. – 2010. - №64. - Ст. 2229) встановлені наступні обов'язкові ліміти відповідальності страховика за договорами обов'язкового страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів: за шкоду, заподіяну майну потерпілих, у розмірі 50000 гривень на одного потерпілого; за шкоду, заподіяну життю та здоров'ю потерпілих, у розмірі 100000 гривень на одного потерпілого). При цьому страхове відшкодування завжди зменшується на суму франшизи, розрахованої за цим порядком. Франшиза при відшкодуванні шкоди, заподіяної життю та/або здоров'ю потерпілих, не застосовується.

Пунктом 1.4 Типового договору обов'язкового страхування відповідальності власників собак за шкоду, яка може бути заподіяна третім особам, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 09.07.2002 р. № 944 (Офіц. вісн. України. – 2002. – № 28. – Ст. 1321), передбачено, що страхова сума за шкоду, заподіяну життю та здоров'ю потерпілої фізичної особи, становить 11 000 гривень. Страхова сума за шкоду, заподіяну майну третіх осіб, становить 30 000 гривень. Договором страхування передбачається франшиза, розмір якої становить три неоподатковуваних мінімуми доходів громадян на страховий випадок.

³⁸¹ Див. п. 8 роз'яснення Вищого арбітражного суду України від 01.04.1994 р. № 02-5/215 «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних з відшкодуванням шкоди» (в редакції рекомендацій президії Вищого господарського суду України від 29.12.2007 р. № 04-5/239) (Вісн. госп. судочинства. – 2008. – № 1).

виплати страхувальнику (або вигодонабувачу)³⁸². Страховик вправі самостійно з'ясувати причини та обставини страхового випадку. Він також може робити запити про відомості, пов'язані із страховим випадком, до правоохоронних органів, банків, медичних закладів та інших організацій, що володіють інформацією про обставини страхового випадку. Відповідно ці організації зобов'язані надсилати відповіді страховикам на запити про відомості, пов'язані із страховим випадком, у тому числі й дані, що є комерційною таємницею.

За результатами проведеного розслідування страховик визнає факт настання страхового випадку, який фіксується у страховому акті (аварійному сертифікаті). Настання страхового випадку не є безумовною підставою для здійснення страхової виплати. Закон (ст. 991 ЦК; ст. 26 Закону) передбачає підстави, за наявності яких страховик звільняється від обов'язку здійснення страхової виплати. Такі обставини переважно пов'язуються з поведінкою страхувальника або особи, на користь якої укладено договір страхування.

До таких підстав належать:

1) навмисні дії страхувальника або особи, на користь якої укладено договір страхування, спрямовані на настання страхового випадку. Якщо страховий випадок настав у результаті дій, пов'язаних з виконанням страхувальником або особою, на користь якої укладено договір страхування, громадянського чи службового обов'язку, вчинених у стані необхідної оборони (без перевищення її меж) або захисту майна, життя, здоров'я, честі, гідності та ділової репутації, страховик не звільняється від обов'язку здійснити страхову виплату;

2) вчинення страхувальником — фізичною особою або іншою особою, на користь якої укладено договір страхування, умисного злочину, що призвів до страхового випадку;

3) подання страхувальником завідомо неправдивих відомостей про предмет договору страхування або про факт настання страхового випадку;

4) одержання страхувальником повного відшкодування збитків за майновим страхуванням від особи, винної у їх заподіянні³⁸³;

5) несвоєчасне повідомлення страхувальником про настання страхового випадку без поважних на це причин або створення страховикові перешкод у визначенні обставин, характеру та розміру збитків.

Страховик вправі відмовити у здійсненні страхової виплати також в інших випадках, передбачених законом або умовами договору страхування, якщо це не суперечить закону, повідомивши про це страхувальника в письмовій формі з обґрунтуванням причин відмови. Якщо страхувальник не погоджується з підставами відмови у страховій виплаті, то таку відмову страховика може бути ним оскаржено у судовому порядку.

У той же час не є підставою для відмови у здійсненні страхової виплати (повністю або в частині) негативний фінансовий стан страховика.

Крім обов'язку здійснення страхової виплати, на страховика покладаються також інші обов'язки (ст. 988 ЦК; ст. 20 Закону). Страховик при укладенні договору страхування зобов'язаний ознайомити страхувальника з умовами та правилами страхування³⁸⁴.

³⁸² Указаний обов'язок страховик повинен виконати протягом двох робочих днів (п. 2 ч. 1 ст. 988 ЦК; п. 2 ч. 1 ст. 20 Закону).

³⁸³ У цьому разі у страхувальника повністю відсутній страховий інтерес (збитки), тому відсутні правові підстави для їх компенсації.

³⁸⁴ Ураховуючи, що договір добровільного страхування укладається на підставі Правил страхування, які містять загальні умови конкретного виду страхування (і які значно відрізняються як за окремими видами страхування, так і за страховиками), страхувальникові важливо мати повну інформацію про умови та правила взаємовідносин із страховиком.

Якщо це передбачено умовами договору страхування, страховик зобов'язаний відшкодувати витрати, понесені страхувальником при настанні страхового випадку щодо запобігання або зменшення збитків, наскільки здійснені ним заходи були доцільні, незалежно від їх наслідків, тобто незалежно від того, чи досягли вони мети (чи був врятований предмет договору страхування). Оскільки такий обов'язок страховика має іншу правову підставу ніж здійснення страхової виплати, такі витрати страхувальника підлягають відшкодуванню у повному обсязі, незважаючи на те, що в сукупності із страховим відшкодуванням вони перевищують дійсну вартість об'єкта страхування³⁸⁵.

У разі здійснення страхувальником заходів, що зменшили страховий ризик, або збільшення вартості майна страховик за заявою страхувальника зобов'язаний переукласти з ним договір страхування.

Страховик зобов'язаний тримати в таємниці відомості про страхувальника та його майнове становище за винятком випадків, передбачених законодавством України. За розголошення одержаних ним у зв'язку із здійсненням страхової діяльності відомостей про страхувальника, вигодонабувача, третю особу (щодо стану здоров'я та/або майнового становища) страховик несе відповідальність, передбачену чинним законодавством.

Умовами договору страхування, крім наведених, можуть бути встановлені також інші обов'язки страховика.

У свою чергу, **страхувальник зобов'язаний** (ст. 989 ЦК, ст. 21 Закону): по-перше, своєчасно вносити страхові платежі (внески, премії) у розмірі, встановленому договором³⁸⁶.

По-друге, на страхувальника покладається так званий «інформаційний обов'язок», сутність якого полягає в тому, що при укладенні договору страхування страхувальник зобов'язаний надати страховикові інформацію про всі відомі йому обставини, що мають істотне значення для оцінки страхового ризику, і надалі інформувати його про будь-які зміни страхового ризику³⁸⁷.

По-третє, при укладенні договору страхування страхувальник зобов'язаний повідомити страховика про інші договори страхування, укладені щодо цього предмета договору. Якщо страхувальник не виконав цього обов'язку, кожний новий договір страхування (якщо їх декілька) є нікчемним (п. 3 ч. 1 ст. 989 ЦК).

По-четверте, страхувальник зобов'язаний вживати заходів щодо запобігання збиткам, завданям настанням страхового випадку, та їх зменшення. За таких умов, як зазначалось раніше, страхувальник, якщо це передбачено умовами договору страхування, вправі вимагати від страховика відшкодування витрат, понесених страхувальником при настанні страхового випадку щодо запобігання або зменшення збитків. Невиконання страхувальником цього обов'язку може бути підставою для відмови у здійсненні страхової виплати.

По-п'яте, як тільки страхувальникові стане відомо про настання страхового випадку, він зобов'язаний повідомити страховика про його настання у строк, встановлений договором. Такий обов'язок лежить також на

³⁸⁵ При відшкодуванні витрат страхувальника, пов'язаних зі здійсненням заходів, спрямованих на запобігання або зменшення збитків при настанні страхового випадку, не може йтися про перевищення страхового відшкодування над розміром страхової суми (страхової оцінки). Безпосередньо пов'язане з розміром страхової суми лише страхове відшкодування, яке не може її перевищувати. Виплата страхового відшкодування та компенсація витрат страхувальника у зв'язку зі здійсненням відповідних репресивних заходів мають самостійні правові підстави: відповідно до п. 3 та п. 4 ст. 988 ЦК (п. 3 та п. 4 ст. 20 Закону).

³⁸⁶ Якщо договір страхування набирає чинності до сплати першого страхового платежу або страхові платежі здійснюються послідовно, в договорі страхування визначаються строки внесення чергових страхових платежів.

³⁸⁷ Страхові відносини будуються за загально визнаним принципом найвищої довіри сторін, який передбачає надання сторонами (здебільшого страхувальником) повної інформації про предмет страхування, включаючи конфіденційну.

вигодонабувачеві. Несвоєчасне повідомлення страхувальником (вигодонабувачем) про настання страхового випадку без поважних на те причин є підставою для відмови у страховій виплаті³⁸⁸.

Наведений перелік обов'язків страхувальника не є вичерпним, а тому умовами договору страхування можуть бути передбачені також інші його обов'язки.

Страхувальник також повинен піклуватися про застраховане майно, а також дотримуватися встановлених умов договору страхування щодо його зберігання (схоронності). Зниження дбайливості страхувальника може викликати у страховика припущення, що страховий випадок відбувся не випадково, а був викликаний недбалістю страхувальника. Заінтересованість страхувальника в зберіганні свого застрахованого майна має чіткий відбиток при страхуванні майна не на повну реальну вартість (нижче страхової оцінки). У такому разі при настанні страхового випадку ризик несуть обидва контрагенти залежно від обраної системи страхування (пропорційна або система першого ризику).

У практиці майнового страхування досить часто мають місце випадки, коли страховий випадок настає з вини третьої особи. У цьому разі страхувальник вправі компенсувати спричинені йому збитки двома шляхами: вимагати відшкодування заподіяних збитків від безпосереднього заподіювача або вимагати виплати страхового відшкодування від страховика. Право вибору страхувальника є його суб'єктивним правом і не залежить від будь-яких зовнішніх чинників. Обов'язок обох осіб (заподіювача та страховика) щодо компенсації заподіяних страхувальнику збитків є самостійним. У разі звернення страхувальника до безпосереднього заподіювача й одержання від нього компенсації припиняється обов'язок страховика щодо виплати страхового відшкодування на підставі відсутності (припинення) у страхувальника страхового інтересу (п. 4 ч. 1 ст. 991 ЦК; п. 4 ч. 1 ст. 26 Закону). При зверненні страхувальника до страховика останній не вправі відхилити вимогу про виплату страхового відшкодування, посилаючись на можливість страхувальника одержати відповідну компенсацію від заподіювача. Обов'язок страховика виплатити страхове відшкодування обумовлений укладеним зі страхувальником договором страхування. Якщо останньому була заподіяна шкода внаслідок настання страхового випадку, страховик зобов'язаний здійснити відповідну страхову виплату згідно з умовами страхування (п. 3 ч. 1 ст. 988 ЦК; п. 3 ч. 1 ст. 20 Закону).

З метою захисту інтересів страховика при здійсненні майнового страхування (включаючи страхування відповідальності) ст. 993 ЦК (ст. 27 Закону) встановлено правило, згідно з яким до страховика, який виплатив страхове відшкодування за договором майнового страхування, у межах фактичних затрат переходить право вимоги, яке страхувальник або інша особа, що одержала страхове відшкодування, має до особи, відповідальної за завдані збитки.

Такий перехід права вимоги наділений характерними ознаками, зокрема, по-перше, до страховика переходить не право на відшкодування збитків, а право вимоги, яке страхувальник або інша особа, що одержала страхове відшкодування, має до особи, відповідальної за заподіяний збиток. Таким чином, страховик вступає в зобов'язання, що існувало між страхувальником або іншою особою, що одержала страхове відшкодування, та особою, відповідальною за заподіяний збиток. По-друге, право вимоги, яке переходить до страховика, обмежене розміром сплаченого ним страхувальникові (вигодонабувачеві) страхового відшкодування. По-третє, вказаний перехід права вимоги здійснюється виключно в силу прямої вказівки закону (ст. 993 ЦК; ст. 27 Закону) і ніякого

³⁸⁸ У той же час страховик не може бути звільнений від обов'язку здійснити страхову виплату, якщо таке несвоєчасне повідомлення про настання страхового випадку жодним чином не впливає на обставини настання страхового випадку та розмір заподіяних ним збитків.

додаткового оформлення не потребує³⁸⁹. По-четверте, положення ст. 993 ЦК (ст. 27 Закону) застосовуються лише при майновому страхуванні (страхуванні відповідальності) і не прийнятні для особистого страхування.

Відповідальність. За невиконання або неналежне виконання умов укладеного договору сторони несуть цивільно-правову відповідальність, встановлену актами цивільного законодавства та договором страхування. Так, у разі несплати страховиком страховальникові або іншій особі страхової виплати (несвоєчасне здійснення страхової виплати) страховик зобов'язаний сплатити неустойку (штраф, пеню) в розмірі, встановленому договором або законом (ст. 992 ЦК; п. 3 ч. 1 ст. 20 Закону). Проте ні ЦК, ні Законом не встановлено розміру неустойки у разі порушення страховиком покладеного на нього обов'язку щодо своєчасного здійснення страхової виплати у разі настання страхового випадку. Така відповідальність встановлена лише при здійсненні обов'язкового страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів. Так, згідно зі ст. 37 Закону України «Про обов'язкове страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів» за кожен день прострочення виплати страхового відшкодування з вини страховика або Моторного (транспортного) страхового бюро України особі, яка має право на отримання такого відшкодування, сплачується пеня з розрахунку подвійної облікової ставки Національного банку України, яка діє у період, за який нараховується пеня. Сторони у договорі страхування можуть передбачити інші правові наслідки порушення умов договору страхування та підстави відповідальності, а також встановлювати її розмір.

За порушення умов договору страхування для страхувальника, вигодонабувача або застрахованої особи можуть настати негативні наслідки у формі відмови страховика від здійснення страхової виплати, дострокового припинення договору страхування на вимогу страховика.

§ 6. Припинення договору страхування. Його недійсність

ЦК передбачає два види підстав для припинення договору страхування: договірні та законні (ч. 1 ст. 997 ЦК). Перші з них визначаються сторонами договору страхування і включаються до його тексту. Другі — встановлюються як загальними положеннями зобов'язального права, так і страховим законодавством.

Так, закінчення строку дії припиняє договір страхування. При цьому, за загальним правилом, припиняється обов'язок страховика здійснювати страхову виплату в разі настання страхового випадку після закінчення строку його дії. Якщо страховий випадок настав у період чинності договору страхування, то страховик не звільняється від здійснення страхової виплати відповідно до умов страхування.

Договір страхування припиняється виконанням страховиком зобов'язань перед страхувальником у повному обсязі до закінчення встановленого строку його дії. Наведена норма кореспондує загальному правилу, встановленому ст. 599 ЦК, згідно з яким зобов'язання припиняється виконанням, проведеним належним чином. Крім наведеного, сторони за взаємною згодою можуть у будь-який час припинити дію договору страхування.

Положення ч. 1 ст. 28 Закону України «Про страхування» передбачають також інші підстави дострокового припинення чинності договору страхування, зокрема: ліквідація страхувальника — юридичної особи або смерть страхувальника — фізичної особи чи втрата ним дієздатності, за винятком випадків, передбачених

³⁸⁹ Такий перехід права вимоги до страховика прийнято називати суброгацією.

законом³⁹⁰; ліквідація страховика в порядку, встановленому чинним законодавством України; постановлення судового рішення про визнання договору страхування недійсним.

Чинне законодавство передбачає підстави та порядок припинення договору шляхом односторонньої відмови страхувальника або страховика від подальшої дії договору страхування, а також випадки, коли страховик не вправі відмовитися від договору страхування.

Несплата страхувальником страхових платежів у встановлені договором строки (першого платежу — за консенсуальним договором страхування; другого або наступних — за реальним або консенсуальним). У цьому разі, якщо інше не встановлено договором, страховик може відмовитися від договору страхування (ст. 997 ЦК). При цьому договір вважається достроково припиненим у випадку, якщо перший (або черговий) страховий платіж не був сплачений за письмовою вимогою страховика протягом десяти робочих днів з дня пред'явлення такої вимоги страхувальнику.

Про намір достроково припинити дію договору страхування з інших підстав за загальним правилом будь-яка сторона зобов'язана повідомити іншу не пізніше як за тридцять календарних днів до дати припинення дії договору. При відмові сторін від договору страхування він припиняється.

Законодавством урегульовано порядок проведення розрахунків між сторонами у випадку дострокового припинення договору страхування. У разі дострокового припинення його дії, крім договору страхування життя, за вимогою страхувальника страховик повертає йому страхові платежі за період, що залишився до закінчення дії договору, з вирахуванням нормативних витрат на ведення справи, визначених при розрахунку страхового тарифу, фактичних виплат страхових сум та страхового відшкодування, що були здійсненні за цим договором страхування. Якщо вимога страхувальника обумовлена порушенням страховиком умов договору, останній повертає страхувальнику сплачені ним страхові платежі повністю.

У випадку дострокового припинення договору страхування, крім страхування життя, за вимогою страховика страхувальнику повертаються повністю сплачені ним страхові платежі. Якщо вимога страховика обумовлена невиконанням страхувальником умов договору страхування, страховик повертає йому страхові платежі за період, що залишився до закінчення дії договору, з вирахуванням нормативних витрат на ведення справи, визначених при розрахунку страхового тарифу, фактичних виплат страхових сум та страхового відшкодування, що були здійсненні за цим договором страхування.

У разі дострокового припинення дії договору страхування життя страховик виплачує страхувальнику викупну суму, яка є майновим правом страхувальника за договором страхування життя. Якщо вимога страховика зумовлена невиконанням страхувальником умов договору страхування, останньому повертається викупна сума³⁹¹.

Дія договору особистого страхування не може бути припинена страховиком достроково, якщо на це немає згоди страхувальника, який виконує всі умови договору страхування, та якщо інше не передбачено умовами договору та законом (ч. 3 ст. 997 ЦК; ч. 2 ст. 28 Закону).

Підстави недійсності договору страхування та її наслідки визначаються відповідно до положень про недійсність правочинів, встановлених ЦК. Так, договір страхування є нікчемним або визнається недійсним у випадках, встановлених ЦК (ст. 998 ЦК). ЦК, крім загальних підстав недійсності правочинів, передбачає також

³⁹⁰ ЦК (статті 994–996) та Законом (статті 22–24) передбачені випадки збереження чинності договором страхування при ліквідації страхувальника – юридичної особи або смерті страхувальника – фізичної особи чи втрати ним дієздатності.

³⁹¹ Викупна сума – це сума, яка виплачується страховиком у разі дострокового припинення дії договору страхування життя та розраховується математично на день припинення договору страхування життя залежно від періоду, протягом якого діяв цей договір, згідно з методикою, яка проходить експертизу в Уповноваженому органі, здійснена актуарієм і є невід'ємною частиною правил страхування життя.

додаткові (спеціальні) підстави для недійсності договору страхування: 1) якщо його укладено після страхового випадку³⁹²; 2) якщо предметом договору страхування є майно, яке підлягає конфіскації на підставі судового вироку або рішення, що набрало законної сили. У даному випадку договір страхування визнається недійсним у судовому порядку. Договір страхування (новий, наступний) є нікчемним, якщо страхувальник не повідомив страховика про те, що об'єкт уже застрахований (ст. 989 ЦК). Договір страхування вважається недійсним з моменту його укладення (ст. 29 Закону).

Питання для самоконтролю

1. Поняття страхування та його призначення.
2. Поняття та система страхових зобов'язань.
3. Учасники страхових відносин. Їх правовий статус.
4. Поняття та правова природа договору страхування.
5. Предмет та інші умови договору страхування.
6. Укладення договору страхування.
7. Правила страхування.
8. Зміст страхового зобов'язання.
9. Умови та порядок здійснення страхової виплати. Відмова від здійснення страхової виплати.
10. Відповідальність сторін за договором страхування.
Припинення договору страхування. Недійсність договору страхування.

ГЛАВА 53

ДОГОВІР ПОЗИКИ

³⁹² У даному випадку відсутня необхідна ознака страхового ризику – ймовірність настання страхового випадку (яка повинна настати в майбутньому).

§ 1. Поняття та елементи договору позики

Поняття договору позики. Відповідно до ч. 1 ст. 1046 ЦК України за *договором позики* одна сторона (позикодавець) передає у власність другій стороні (позичальникові) грошові кошти або інші речі, визначені родовими ознаками, а позичальник зобов'язується повернути позикодавцеві таку ж суму грошових коштів (суму позики) або таку ж кількість речей того ж роду та такої ж якості.

Договір позики — досить стародавній правовий феномен. Перші позикодавці діяли ще до появи грошей як об'єктів правовідносин (наприклад, про них писав грецький поет Гесіод, що жив у VIII–VII ст. до н. е., тобто приблизно за 100–200 років до зародження перших монетних систем у Стародавній Греції), при цьому позики надавалися і поверталися в натуральній формі — зерном, борошном, худобою, іншою сільськогосподарською і ремісницькою продукцією. Згадка про позикові відносини міститься в таких якнайдавніших правових джерелах, як Закони царя Хаммурапі (XVIII ст. до н. е.), асирійські і хетські закони, Біблія і Коран. Активно досліджувалася проблема позикових відносин і лихварства в працях філософів і вчених Античності і Середньовіччя (Платон, Арістотель, Сенека, Цицерон, Хома Аквінський, Никола Оресм)³⁹³.

Починаючи з XVI ст., з творів Ж. Кальвіна, Дж. Локка, К. Сальмазія, А. Р. Ж. Тюрго, І. Бентама в науковій думці остаточно сформувалося уявлення про позикові відносини як невід'ємну частину фінансового й економічного життя суспільства і держави. Інститут позики, таким чином, стимулював формування і розвиток банківської системи сучасного типу.

Сприймавши передові європейські правові погляди на позикові відносини, вітчизняна цивілістична доктрина розглядає договір позики як базову, універсальну, шаблонну модель, використовувану для формування інститутів, присвячених іншим договорам, що породжують кредитні відносини.

Договір позики є класичним прикладом *реального договору*. Згідно з абз. 2 ч. 1 ст. 1046 ЦК *договір позики є укладеним з моменту передання грошей або інших речей, визначених родовими ознаками*. Деякими дослідниками висловлюється думка про можливість існування консенсуального договору позики³⁹⁴. З подібними твердженнями не можна погодитися через такі аргументи. По-перше, викладена в абз. 2 ч. 1 ст. 1046 ЦК норма сформульована імперативно, отже, відступ від вказаного положення й укладення консенсуального договору позики буде порушенням меж принципу свободи договору, зазначених в абз. 2 ч. 3 ст. 6 ЦК. По-друге, вказівка на реальність договору позики міститься в абз. 1 ч. 1 ст. 1046 ЦК (у даній нормі-дефініції розкривається суть аналізованого договору). Тому можна погодитися з Г. Ф. Шершеневичем, який стверджував, що «оскільки позика направлена до встановлення обов'язку повернути узятє, то немає позики там, де не було заздалегідь узятє, тому що тоді не може бути мови про повернення»³⁹⁵. По-третє, якщо виявиться «безгрошовість» договору позики, тобто якщо з'ясується, що позичальник прийняв на себе обов'язок повернути позику, не отримавши нічого від позикодавця (іншими словами, якщо буде укладений консенсуальний договір позики), то відповідно до ст. 1051 ЦК позичальнику надається право оспорити договір

³⁹³ Слід зазначити, що відплатне надання майна у власність на умовах його повернення практично одногосно засуджувалося учнями великих мислителів Античності і середніх століть. Але подібна негативна оцінка є черговим доказом крайньої поширеності позикових відносин у відмічені періоди.

³⁹⁴ Див.: Цивільне право України [Текст] : підручник : у 2 кн. / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. – К. : Юрінком Інтер, 2002. – С. 348.

³⁹⁵ Шершеневич, Г. Ф. Учебник русского гражданского права [Текст] / Г. Ф. Шершеневич. – М. : Изд. бр. Башмаковых, 1915. – Т. 2. – С. 119. Необхідно відзначити, що цитування класика цивілістики в даному випадку цілком доречно, оскільки згідно з вітчизняним цивільним законодавством початку XX ст. (як і нині чинному) договір позики був побудований по конструкції реального договору.

позики на тій підставі, що грошові кошти або речі насправді не були одержані ним від позикодавця або були одержані у меншій кількості, ніж встановлено договором. І якщо наявність обставин, вказаних у ст. 1051 ЦК, буде доведена, то подібний договір позики буде визнаний неукладеним або укладеним на меншу суму.

Договір позики є *одностороннім*, оскільки, укладаючи договір, лише одна сторона — позичальник зобов'язується до здійснення дії (до повернення позики), а інша сторона — позикодавець стає кредитором, набуваючи тільки право вимоги.

Згідно з ч. 1 ст. 1048 ЦК позикодавець має право на одержання від позичальника процентів від суми позики, якщо інше не встановлено договором або законом. Таким чином, *за загальним правилом договір позики є відплатним. Умови про ціну договору позики і порядок виплати процентів не розглядаються законодавцем як істотні умови, а відсутність спеціальної домовленості, що деталізує відмічені звичайні умови, не трансформує договір позики в безоплатний правочин.* Перш за все розмір і порядок одержання процентів встановлюються договором. Але якщо договором не встановлений розмір процентів, їх розмір визначається на рівні облікової ставки Національного банку України³⁹⁶. У разі відсутності іншої домовленості сторін проценти виплачуються щомісяця до дня повернення позики.

Проте із загального правила про відплатність договору позики є виняток. Так, аналізований договір *може бути безвідплатним лише, якщо це передбачено договором або законом.* Сторони договору позики мають можливість трансформувати свою угоду в безвідплатний правочин, включивши в нього спеціальну умову про безвідплатний характер відносин. Законом же передбачено два різновиди безвідплатних договорів позики. Відповідно до ч. 2 ст. 1048 ЦК договір позики вважається безпроцентним, якщо: 1) він укладений між фізичними особами на суму, яка не перевищує п'ятдесятикратного розміру неоподаткованого мінімуму доходів громадян, і не пов'язаний із здійсненням підприємницької діяльності хоча б однією із сторін; 2) позичальникові передані речі, визначені родовими ознаками. Правило, що міститься в ч. 2 ст. 1048 ЦК, за своїм характером є імперативним, а перелік, що міститься в ній, — закритим.

В юридичній літературі можна зустріти точку зору, згідно з якою безвідплатні договори позики, перераховані в ч. 2 ст. 1048 ЦК, можна домовленістю сторін перетворити у відплатні³⁹⁷. З подібною позицією не дозволяє погодитися імперативне формулювання вищезгаданої норми, що є легальним обмеженням принципу свободи договору. Крім того, в ч. 2 ст. 1048 ЦК міститься виключення із загального правила про відплатність договору позики, а існування «винятку з винятку» є порушенням правил формальної логіки. По-третє, відповідно до ч. 1

ст. 1048 ЦК винагорода за відплатними договорами позики виплачується у формі процентів, які обчислюються від суми позики. Згідно з абз. 1 ч. 1 ст. 1046 ЦК термін «сума позики» розглядається як синонім словосполучення «сума грошових коштів». Отже, у відносинах, пов'язаних з передачею в позику «інших речей, визначених родовими ознаками», процент від суми позики нарахований бути не може, зважаючи на відсутність такої.

³⁹⁶ Відповідно до абз. 2 п. 1.1 Положення про процентну політику Національного банку України, що затверджено Постановою Правління Національного банку України від 18.08.2004 р. № 389 (у редакції Постанови НБУ від 27.08.2009 р.), облікова ставка Національного банку – один з монетарних інструментів, за допомогою якого Національний банк установлює для суб'єктів грошово-кредитного ринку орієнтир щодо вартості залучених та розміщених грошових коштів на відповідний період, і є основною процентною ставкою, яка залежить від процесів, що відбуваються в макроекономічній, бюджетній сферах та на грошово-кредитному ринку.

³⁹⁷ Див., наприклад: Загорулько, О. А. Договір позики [Текст] / О. А. Загорулько // Цивільне право України : підручник : у 2 т. / В. І. Борисова, Л. М. Баранова, І. В. Жилінкова та ін. ; за заг. ред. В. І. Борисової, І. В. Спасібо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. – К. : Юрінком Інтер, 2004. – Т. 2. – С. 363.

Елементи договору позики. *Сторонами договору* позики є *позикодавець* і *позичальник*. Чинний ЦК, враховуючи універсальний характер договору позики, не обмежує можливості яких-небудь осіб по участі в позикових відносинах у статусі позикодавця чи позичальника. Отже, сторонами договору позики можуть бути будь-які учасники цивільних відносин з перерахованих у частинах 1, 2 ст. 2 ЦК.

Метою укладення договору позики є виникнення у позичальника права власності на речі, що надані у позику. Передача грошових коштів або інших речей, визначених родовими ознаками, що збігається з моментом укладення договору позики, є окремим випадком здійснення речової правомочності — права розпорядження річчю, тому *позикодавцем* може бути фізична або юридична особа, що є: *а) власником речі* або *б) суб'єктом, уповноваженим власником на розпорядження річчю* (відповідне повноваження має бути засноване на законі або договорі (наприклад, управитель за договором управління майном за згодою власника; комісіонер за договором комісії)).

Аналізуючи проблему суб'єктного складу договору позики, не можна не звернути уваги на положення Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» від 12.07.2001 р. (далі — Закону). Відповідно до п. 6 ч. 1 ст. 4 Закону надання грошових коштів у позику кваліфікується як фінансова послуга, яка, у свою чергу, може надаватися лише спеціальними суб'єктами — фінансовими установами та фізичними особами — суб'єктами підприємницької діяльності (ч. 1 ст. 5 Закону). Як слід співвідносити очевидно дисонуючі положення Закону і ЦК? Пріоритет необхідно надавати положенням ЦК. По-перше, відповідно до абзаців 1, 2 ч. 2 ст. 4 ЦК основним актом цивільного законодавства України є Цивільний кодекс України; актами цивільного законодавства є також інші закони України, які приймаються відповідно до Конституції України та ЦК. Таким чином, Закон як акт цивільного законодавства має відповідати ЦК. По-друге, ЦК був прийнятий і набрав чинності пізніше ухвалення Закону, отже, останній необхідно застосовувати в частині, що не суперечить положенням ЦК. По-третє, положення Закону повністю стирають межу між договором позики і кредитним договором, що так само суперечить погляду законодавця на диференціацію вказаних договорів, що знайшов своє закріплення у гл. 71 ЦК.

Як єдину істотну умову договору позики цивільне законодавство пропонує розглядати умову про предмет. ***Предметом договору*** позики можуть бути *грошові кошти або інші речі, визначені родовими ознаками*. Для того щоб підкреслити самостійність аналізованої договірної конструкції, доцільно провести порівняння договору позики з договорами, найближче з ним дотичними, — позичкою, орендою, іррегулярним зберіганням.

Відмінність договору позики від договорів позички та найму (оренди) полягає в такому: по-перше, предмет договору позики передається у власність позичальника, а предмет договорів позички та найму (оренди) — в тимчасове користування; по-друге, предмет договору позички представлений виключно індивідуально-визначеними речами (предмет договору найму (оренди) представлений окрім речей ще й майновими правами), а предмет договору позики — грошима або іншими речами, що визначені родовими ознаками; по-третє, договір позики може бути як оплатним, так і безоплатним, а договір позички виключно безоплатний (договір найму (оренди) є прикладом виключно оплатного договору); по-четверте, за договором позики позичальник зобов'язаний повернути позикодавцеві таку саму суму грошових коштів (суму позики) або таку саму кількість речей того ж роду та такої ж якості, а за договорами позички та найму (оренди) користувач зобов'язаний повернути саме ту річ, що була йому надана в користування.

Більше складнощів виникає при встановленні ознак, диференціюючих договори позики й іррегулярного зберігання, коли згідно зі ст. 941 ЦК за згодою поклажодавця зберігач має право змішати речі одного роду та однієї якості, які передані на зберігання. У подібній ситуації відмінності між аналізованими договорами, як і в римському приватному

праві, слід здійснювати за метою договорів. Якщо мета договору позики — задоволення інтересів позичальника, то мета іррегулярного зберігання — надання послуги покладодавцеві³⁹⁸. Вітчизняний законодавець, враховуючи складність у практичному розмежуванні вищезгаданих договорів, для вирішення цієї проблеми у ст. 958 ЦК передбачив правило, відповідно до якого, якщо товарний склад (зберігач) має право розпоряджатися речами, визначеними родовими ознаками, до відносин сторін застосовуються положення про договір позики, а час та місце повернення товарів визначаються загальними положеннями про зберігання.

Форма договору позики залежить від таких критеріїв: суб'єктний склад правочину та розмір суми позики. Аналізований договір може бути укладений в усній формі, якщо він укладається між фізичними особами та його сума не перевищує десяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. Згідно з ч. 1 ст. 1047 ЦК договір позики укладається у письмовій формі, якщо його сума не менш як у десять разів перевищує встановлений законом розмір неоподаткованого мінімуму доходів громадян, а у випадках, коли позикодавцем є юридична особа, — незалежно від суми. Слід зазначити, що недодержання сторонами письмової форми правочину, яка встановлена законом, не має наслідком його недійсність, але за наявності спору рішення суду не може ґрунтуватися на свідченнях свідків.

Ураховуючи надзвичайну поширеність позикових відносин, законодавець пропонує спрощений варіант їх оформлення. На підтвердження укладення договору позики та його умов може бути представлена розписка позичальника або інший документ, який посвідчує передання йому позикодавцем визначеної грошової суми або визначеної кількості речей (ч. 2 ст. 1047 ЦК). Розписка позичальника є письмовим доказом, що дозволяє встановити дві обставини: факт укладення договору позики і факт наявності згоди з єдиною істотною умовою договору — його предмета. Деякими дослідниками розписка позичальника прирівнюється до письмової форми договору позики³⁹⁹. Подібне твердження сумнівне, внаслідок того, що розписка позичальника не відповідає вимогам, що пред'являються до письмової форми правочину, викладеним у ст. 207 ЦК. Будучи способом фіксації дійсного волевиявлення сторін договору, письмова форма договору має містити підписи всіх його сторін (ч. 2 ст. 207 ЦК). Розписка позичальника містить лише підпис особи, що видала даний документ.

§ 2. Зміст договору позики

Односторонній характер договору позики виявляється в тому, що укладенням договору для позикодавця (кредитора) створюється виключно *право вимоги*, а на позичальника (боржника) покладається *обов'язок повернути позикодавцеві позику* (грошові кошти у такій самій сумі або речі, визначені родовими ознаками, у такій самій кількості, такого самого роду та такої самої якості, що були передані йому позикодавцем) *у строк та в порядку, що встановлені договором*. Крім того, укладенням *відплатного договору позики* позичальник покладає на себе *обов'язок сплатити позикодавцеві проценти від суми позики* (ч. 1 ст. 1048 ЦК).

Умови про строк і порядок повернення позики не є істотними умовами договору. Тому якщо договором не встановлений строк повернення позики або цей строк визначений моментом пред'явлення вимоги, позика має бути повернена позичальником протягом тридцяти днів від дня пред'явлення позикодавцем вимоги про це, якщо інше не встановлено договором (абз. 2 ч. 1 ст. 1049 ЦК). Таким чином, у разі укладення безстрокового договору позики позичальникові надається триваліший пільговий строк для задоволення вимог позикодавця, ніж той, що передбачений в ч. 2 ст. 530 ЦК, що є нормою загального порядку.

³⁹⁸ Римское частное право [Текст] : учебник / под ред. И. Б. Новицкого и И. С. Перетерского. – М., 1996. – С. 418–419.

³⁹⁹ Див.: Медведев, Д. А. Договоры займа и кредита [Текст] / Д. А. Медведев // Гражданское право : учебник : в 3 т. / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. – Изд. 2-е, перераб. и доп. – М. : Проспект, 1999. – Т. 2. – С. 424.

Якщо сторони не визначили своєю домовленістю порядок повернення позики, то остання вважається повернутою в момент передання позикодавцеві речей, визначених родовими ознаками, або зарахування грошової суми, що позичалася, на його банківський рахунок (ч. 3 ст. 1049 ЦК). Грошові кошти, надані в позику в готівковій формі, вважаються поверненими у момент їх передачі позикодавцеві⁴⁰⁰. В інтересах позичальника проявити увагу до належного оформлення виконання позикового зобов'язання. Прийнявши виконання зобов'язання, позикодавець повинен на вимогу позичальника видати йому розписку про одержання виконання частково або в повному обсязі. Якщо позикові відносини оформлювалися видачею позичальником позикодавцеві боргової розписки, то останній, приймаючи виконання зобов'язання, повинен повернути її позичальнику. Наявність боргового документа у позичальника підтверджує виконання ним свого обов'язку. У разі відмови позикодавця повернути боргову розписку або видати розписку про одержання виконання позичальник має право затримати виконання зобов'язання. У цьому разі настає прострочення кредитора.

Цікавим представляється питання про можливість дострокового виконання позичальником свого договірної обов'язку. Існування зазначеного права залежить від відплатності або безвідплатності позикових відносин. Відповідно до ст. 531 ЦК боржник має право виконати свій обов'язок достроково, якщо інше не встановлено договором, актами цивільного законодавства або не впливає із суті зобов'язання чи звичаїв ділового обороту. Указана загальна презумпція правомірності дострокового виконання обов'язку деталізується у ч. 2 ст. 1049 ЦК, згідно з якою позика, надана за договором безпроцентної позики, може бути повернена позичальником достроково, якщо інше не встановлено договором. Зазначені положення цілком справедливі, оскільки у безвідплатних позикових відносинах позикодавця цікавить лише повернення позики, тому якщо подібне відбудеться до спливу встановленого строку, то вважається, що права й інтереси кредитора порушені не будуть. Абсолютно інша ситуація має місце при укладенні відплатного договору позики. В останньому випадку, вступаючи в договірні відносини, позикодавець розраховує не тільки на повернення позики, але й на отримання доходу у вигляді процентів від суми позики. Розмір цього доходу безпосередньо залежить від строку знаходження позики у боржника, тобто від строку договору. Таким чином, дострокове повернення позики, наданої за відплатним договором, без згоди позикодавця буде пов'язано з порушенням його прав і законних інтересів, і подібні дії слід кваліфікувати як неналежне виконання позикового зобов'язання. Даний висновок цілком відповідає диспозитивному формулюванню положень ст. 531 ЦК, оскільки дострокове виконання суперечитиме суті відплатних позикових відносин. Проте якщо позикодавець дасть згоду на дострокове повернення позики, наданої за відплатним договором, то подібні дії позичальника будуть правомірними.

Імперативне закріплення в цивільному законодавстві конструкції реального договору позики вимагає вирішення проблеми «безгрошових» позик, що часто зустрічається, яка полягає в тому, що при укладенні таких позика взагалі не надавалася або передавалася в меншому розмірі. З метою захисту позичальника від недобросовісних позикодавців була розроблена процедура *оспорювання договору позики за «безгрошовістю»*. Згідно зі ст. 1051 ЦК позичальник має право оспорити договір позики на тій підставі, що грошові кошти або речі насправді не були одержані ним від позикодавця або були одержані в меншій кількості, ніж встановлено договором. Якщо договір позики має бути укладений у письмовій формі, рішення суду не може ґрунтуватися на свідченнях свідків для підтвердження того, що гроші або речі насправді не були одержані позичальником від позикодавця або були одержані в меншій кількості, ніж встановлено договором. Заперечення однією із сторін факту вчинення правочину або оспорювання окремих його частин може доводитися письмовими доказами, засобами аудіо-, відеозапису та іншими доказами, крім свідчень свідків. Проте свідчення свідків

⁴⁰⁰ У даному випадку до відносин позики готівкових грошових коштів за аналогією застосовується норма ч. 3 ст. 1049 ЦК, що визначає момент повернення позикодавцеві речей, визначених родовими ознаками.

будуть кваліфіковані як допустимий засіб доказування лише у випадку, коли договір позики був укладений під впливом обману, насильства, зловмисної домовленості представника позичальника з позикодавцем або під впливом тяжкої обставини (абз. 2 ч. 1 ст. 1051 ЦК). Якщо безгрошовість позики буде доведено, то договір буде визнаний неукладеним. При доведеності факту передання позики в меншому розмірі, ніж це вказано в договорі, останній вважається укладеним на меншу (доведену) суму.

З метою стимулювання позичальника до належного виконання своїх договірних обов'язків і для отримання додаткових гарантій їх здійснення сторонами можуть бути передбачені додаткові способи забезпечення виконання зобов'язання. При цьому можуть бути вибрані будь-які з перерахованих у гл. 49 ЦК різновиди способів забезпечення виконання зобов'язання, як і ті, що в ній не передбачені (наприклад, договір страхування). У разі невиконання позичальником обов'язків, встановлених договором позики, щодо забезпечення повернення позики, а також у разі втрати забезпечення виконання зобов'язання або погіршення його умов за обставин, за які позикодавець не несе відповідальності, позикодавець має право вимагати від позичальника дострокового повернення позики та сплати процентів, належних йому відповідно до ст. 1048 ЦК, якщо інше не встановлено договором.

Універсальність конструкції договору позики виявляється також в тому, що грошовий борг, що входить до змісту інших зобов'язань, може бути трансформований у позикове зобов'язання. У даному випадку необхідно говорити про *новацію боргу в позикове зобов'язання*. Відповідно до ст. 1053 ЦК за домовленістю сторін борг, що виник із договорів купівлі-продажу, найму майна або з іншої підстави, може бути замінений позиковим зобов'язанням. Заміна боргу позиковим зобов'язанням провадиться з додержанням вимог ЦК про новацію і здійснюється у формі, встановленій для договору позики.

Відповідальність. У зв'язку з тим, що в позиковому правовідношенні обов'язки покладені лише на позичальника, то і порушити договір може лише він. Наслідки порушення позичальником договору залежать від його предмета.

Договір позики грошових коштів породжує грошове зобов'язання. Тому, якщо позичальник своєчасно не повернув суму позики, він зобов'язаний сплатити грошову суму відповідно до ст. 625 ЦК, якою передбачено, що «боржник, який прострочив виконання грошового зобов'язання, на вимогу кредитора зобов'язаний сплатити суму боргу з урахуванням встановленого індексу інфляції за весь час прострочення, а також три проценти річних від простроченої суми, якщо інший розмір процентів не встановлений договором або законом»⁴⁰¹. Крім того, якщо був порушений відплатний договір позики, то не слід забувати про обов'язок позичальника сплатити позикодавцеві *проценти від суми позики* (ч. 1 ст. 1048 ЦК), які за своєю природою є *ціною договору*. Проценти від суми позики (ціна договору) та проценти за безпідставне користування чужими грошовими коштами нараховуються на суму боргу та стягуються шляхом їх складання (кумулятивно). За загальним правилом нарахування «процентів відповідальності» на «проценти — ціну позики» не відбувається, але може бути передбачено спеціальною домовленістю сторін або законом.

Згідно з ч. 1 ст. 1050 ЦК, якщо позичальник своєчасно не повернув речі, визначені родовими ознаками, він зобов'язаний сплатити неустойку відповідно до статей 549–552 ЦК, яка нараховується від дня, коли речі мали бути повернуті, до дня їх фактичного повернення позикодавцеві, незалежно від сплати процентів, належних

⁴⁰¹ Указані в ч. 2 ст. 625 ЦК проценти є самостійною спеціальною формою цивільної відповідальності боржника за прострочення виконання грошового зобов'язання. Тому в науковій літературі їх іменують «проценти за безпідставне користування чужими грошовими коштами» або «проценти відповідальності».

йому відповідно до ст. 1048 ЦК⁴⁰². Неустойка є спеціальною формою цивільно-правової відповідальності, тому в даному випадку неустойка, предметом якої будуть речі, визначені родовими ознаками, підлягає стягненню лише у випадку, якщо вона передбачена, а її розмір визначений договором або законом (ч. 1 ст. 548, ч. 2 ст. 551 ЦК).

Якщо договором встановлений обов'язок позичальника повернути позику частинами (з розстроченням), то відповідно до ч. 2 ст. 1050 ЦК у разі прострочення повернення чергової частини позикодавець має право вимагати дострокового повернення частини позики, що залишилася, та сплати процентів, належних йому відповідно до ст. 1048 ЦК. У статті 1048 ЦК передбачено проценти, що сплачуються позичальником за відплатними договорами позики, які є ціною договору. Тому в разі пред'явлення позикодавцем вимоги про дострокове повернення частини позики, що залишилася, проценти сплачуються лише за час фактичного існування позикових відносин, тобто до дня повернення позики.

Питання для самоконтролю

1. Сформулюйте поняття договору позики.
2. Визначте юридичну характеристику договору позики.
3. Чим договір позики відрізняється від інших договорів (наприклад, від договору найму, договору позички тощо)?
4. Особливості суб'єктного складу договору позики.
5. Назвіть характерні ознаки предмета договору позики.
6. У якій формі слід укладати договір позики?
7. Особливості змісту правовідношення, що породжується договором позики.
8. Відповідальність позичальника за порушення договору позики.

ГЛАВА 54

КРЕДИТНИЙ ДОГОВІР

⁴⁰² Посилання на «проценти, належні позикодавцеві відповідно до статті 1048 ЦК», що здійснено у ч. 1 ст. 1050 ЦК, є помилкою, оскільки позика речей, визначених родовими ознаками, відповідно до п. 2 ч. 2 ст. 1048 ЦК здійснюється за безпроцентним договором позики.

§ 1. Поняття та загальна характеристика кредитного договору

При здійсненні своєї діяльності більшість суб'єктів підприємництва постійно або періодично відчують дефіцит грошових коштів, які їм необхідні для різноманітних цілей (наприклад, закупівлі товарів, розширення власного виробництва тощо). Одним із дієвих способів вирішення вказаної проблеми є залучення сторонніх позикових ресурсів як у грошовій, так і в натуральній формі, що надає можливість суб'єктам значно підвищити ефективність своєї діяльності. Потребу в запозиченні відчують також і фізичні особи — споживачі, які за рахунок таких коштів одержують можливість придбавати в порядку кредитування речі побутового, сімейного або особистого призначення, не маючи при цьому можливості на момент одержання таких речей у власність оплатити їх вартість у повному розмірі.

Кредит як узагальнююча правова категорія поділяється на грошовий та комерційний. Класичний грошовий кредит, який опосередкований договорами позики та кредиту, являє собою передачу грошей або інших замінних речей у власність боржнику під зобов'язання наступного повернення еквівалентної кількості грошей або речей. Комерційний кредит — це просто відстрочення виконання будь-якого обов'язку за основним договором (купівлі-продажу, підяду тощо). Звичайно, на відміну від грошового кредиту комерційний кредит похідний від основного зобов'язання і по суті є однією з умов його виконання⁴⁰³.

Найбільш поширеною формою грошового кредиту є **банківський кредит**, яким згідно зі ст. 2 Закону України «Про банки і банківську діяльність»⁴⁰⁴ від 07.12.2000 р. визнається будь-яке зобов'язання банку надати певну суму грошей, будь-яка гарантія, будь-яке зобов'язання придбати право вимоги боргу, будь-яке продовження строку погашення боргу, яке надано в обмін на зобов'язання боржника щодо повернення заборгованої суми, а також на зобов'язання на сплату процентів та інших зборів з такої суми. Відповідно до ст. 47 Закону України «Про банки і банківську діяльність» розміщення залучених коштів від свого імені, на власних умовах та на власний ризик віднесено до кредитних операцій, які належать до виключно банківських операцій, здійснювати які в сукупності дозволяється тільки юридичним особам, які мають банківську ліцензію⁴⁰⁵.

Близьким до банківського є **фінансовий кредит** — кошти, які надаються у позику юридичній або фізичній особі на визначений строк та під процент⁴⁰⁶. Надання коштів у позику, в тому числі на умовах фінансового кредиту, належить до фінансових послуг⁴⁰⁷. Банківський кредит є різновидом фінансового. Проте останній, на

⁴⁰³ Див.: Медведев, Д. А. Гражданское право [Текст] : учебник : в 3 т. / Д. А. Медведев, Е. Ю. Валявина, И. В. Елисеев [и др.] ; отв. ред. А. П. Сергеев, Ю. К. Толстой. – М.: ТК Велби ; Проспект, 2005. – Т. 2. – С. 488.

⁴⁰⁴ Офіц. вісн. України. – 2001. – № 1–2, ч. 1. – Ст. 1.

⁴⁰⁵ Крім вказаної за змістом ч. 1 ст. 49 Закону України «Про банки і банківську діяльність» до кредитних операцій також належать: організація купівлі та продажу цінних паперів за дорученням клієнтів; здійснення операцій на ринку цінних паперів від свого імені (включаючи андеррайтинг); надання гарантій і поручительств та інших зобов'язань від третіх осіб, які передбачають їх виконання у грошовій формі; придбання права вимоги на виконання зобов'язань у грошовій формі за поставлені товари чи надані послуги, приймаючи на себе ризик виконання таких вимог та прийом платежів (факторинг); лізинг.

⁴⁰⁶ Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг [Текст] : Закон України від 12.07.2001 р. // Офіц. вісн. України. – 2001. – № 32. – Ст. 1457.

⁴⁰⁷ Пункт 6 ч. 1 ст. 4 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг».

відміну від банківського, може надаватись, крім банків, також і небанківськими фінансовими кредитними установами (наприклад, кредитними спілками⁴⁰⁸). У деяких прямо передбачених законом випадках надавати фінансові кредити можуть також і некредитні фінансові установи (наприклад, страховики⁴⁰⁹).

Певні особливості правового регулювання має **комерційний кредит**, які полягають у тому, що він надається не за окремим цивільно-правовим договором (наприклад, кредитним), а в межах іншого договірного зобов'язання з передачі товарів, виконання робіт або надання послуг. Так, згідно зі ст. 1057 ЦК договором, виконання якого пов'язане з переданням у власність другій стороні грошових коштів або речей, які визначаються родовими ознаками, якщо інше не встановлено законом, може передбачатися надання кредиту як авансу, попередньої оплати, відстрочення або розстрочення оплати товарів, робіт або послуг (комерційний кредит). Зміст зобов'язання, пов'язаного із комерційним кредитуванням, складають дії однієї сторони щодо передачі у власність другій стороні грошових коштів або речей, які визначаються родовими ознаками, взамін на вчинення другою стороною дій з передачі товарів, виконання робіт або надання послуг.

Комерційне кредитування може мати місце як з боку продавця (відстрочення або розстрочення платежу), так і з боку покупця товарів, робіт, послуг (аванс, попередня оплата). Так, відповідно до ст. 693 ЦК договором купівлі-продажу на покупця може покладатися обов'язок здійснення попередньої оплати товару, тобто часткової або повної оплати до його передання продавцем. У даному випадку має місце кредитування продавця. Договором купівлі-продажу також може бути передбачений продаж товару в кредит з відстроченням або з розстроченням платежу (ст. 694 ЦК). При цьому здійснюється кредитування покупця⁴¹⁰. Суб'єктами відносин з комерційного кредитування можуть бути будь-які фізичні або юридичні особи.

Незважаючи на особливість комерційного кредиту, до нього застосовуються відповідні положення про кредит та позику, якщо інше не встановлено положеннями про договір, з якого виникло відповідне зобов'язання, і не суперечить суті такого зобов'язання. Виходячи з оплатної природи кредитного договору, комерційний кредит має оплатний характер у вигляді сплати процентів. Так, на суму попередньої оплати за договором купівлі-продажу ч. 3 ст. 693 ЦК передбачено нарахування процентів. Проте не завжди ЦК передбачає оплатність комерційного кредиту. Договором купівлі-продажу може бути передбачений (а не обов'язково передбачається) обов'язок покупця сплачувати проценти на суму, що відповідає ціні товару, проданого в кредит, починаючи від дня передання товару продавцем (абз. 2 ч. 5 ст. 694 ЦК). Якщо сторони не обумовили сплату покупцем процентів, то він зобов'язується сплатити продавцеві лише ціну товару. У цьому комерційний кредит відрізняється від кредиту товарного, який завжди є оплатним. Суть **товарного кредиту** полягає в тому, що одна сторона передає у власність другій стороні товари (роботи, послуги) на умовах договору, який передбачає відстрочення кінцевого розрахунку на визначений строк та під процент. Він передбачає передання права власності на товари (результати робіт, послуг) покупцеві (замовнику) у момент підписання договору або в момент фізичного отримання товарів (робіт, послуг) таким покупцем (замовником)

⁴⁰⁸ Організаційні, правові та економічні засади створення та діяльності кредитних спілок, їх об'єднань, права та обов'язки членів кредитних спілок та їх об'єднань визначаються Законом України «Про кредитні спілки» від 20.12.2001 р. (Офіц. вісн. України. – 2002. – № 3. – Ст. 79).

⁴⁰⁹ Відповідно до ч. 10 ст. 2 Закону України «Про страхування» страховики, які здійснюють страхування життя, можуть надавати кредити страхувальникам, які уклали договори страхування життя.

⁴¹⁰ Правилами торгівлі у розстрочку, затвердженими постановою Кабінету Міністрів України від 01.07.1998 р. № 997 (Офіц. вісн. України. – 1998. – № 27. – Ст. 989), встановлено порядок продажу суб'єктами господарської діяльності непродовольчих товарів фізичним особам у розстрочку, тобто на умовах розстрочення кінцевого розрахунку, на визначений строк та під відсоток.

незалежно від часу погашення заборгованості⁴¹¹. Другою відмінністю між комерційним і товарним кредитом є те, що останній має більш вузьку сферу застосування — передача товару на умовах відстрочення кінцевого розрахунку, тоді як на умовах комерційного кредитування може передбачатися, крім вказаного, також і розстрочення оплати товарів, робіт або послуг, аванс або попередня оплата.

Правовою формою, що опосередковує відносини сторін, пов'язані з наданням фінансового кредиту⁴¹², є відповідний кредитний договір, легальне визначення якого міститься у ст. 1054 ЦК, згідно з ч. 1 якої **кредитним договором банк або інша фінансова установа (кредитодавець) зобов'язується надати грошові кошти (кредит) позичальникові у розмірі та на умовах, встановлених договором, а позичальник зобов'язується повернути кредит та сплатити проценти.**

Кредитний договір розглядається як різновид договору позики, а тому, якщо інше не встановлено правилами про кредит і не впливає із суті кредитного договору, до відносин за кредитним договором застосовуються положення про договір позики. Ураховуючи наведене, до кредитного договору субсидіарно можуть застосовуватись правила, передбачені § 1 гл. 54 ЦК, присвячені правовому регулюванню договору позики (ч. 2 ст. 1054 ЦК), зокрема, щодо наслідків порушення позичальником договору позики (ст. 1050 ЦК), забезпечення виконання зобов'язання позичальником (ст. 1052 ЦК) та деякі інші.

У той же час частина правових норм, що регулюють відносини позики, в силу специфіки кредитного договору не можуть бути застосовані до нього. Так, по-різному визначаються в кредитному договорі та договорі позики суб'єктний склад та предмет договору (ч. 1 ст. 1046, ч. 1 ст. 1054 ЦК). Відрізняються також момент набрання чинності (ч. 2

ст. 1046, ч. 1 ст. 1054 ЦК), форма (ст. 1047, ст. 1055 ЦК), умови надання коштів (ст. 1048, ст. 1056¹ ЦК), можливість односторонньої відмови у наданні або одержанні кредиту (ст. 1056 ЦК), заборона збільшення процентної ставки за кредитним договором (ч. 2 ст. 1056¹ ЦК). До критеріїв, що дозволяють розмежувати вказані договори, зокрема, можна віднести: *по-перше*, коло суб'єктів. Позика може надаватись будь-якими особами (у разі надання її за рахунок власних коштів); кредит надається лише банками та/або іншими фінансовими установами. *По-друге*, предмет договору. Позика може надаватись грошовими коштами або іншими речами, визначеними родовими ознаками; кредит — лише грошима. *По-третє*, платність договору. Позика може бути як процентною, так і безпроцентною; кредит завжди передбачає сплату процентів. *По-четверте*, статус наданих коштів. Так, важливою ознакою кредитної операції є те, що вона здійснюється за рахунок залучених коштів.

Кредитний договір має **консенсуальний** характер, оскільки на відміну від договору позики набирає чинності з моменту, коли сторони в належній формі досягли згоди з усіх його істотних умов (ч. 1 ст. 638 ЦК). Це надає кредитному договору значних переваг порівняно з договором позики, який у силу своєї реальності не передбачає обов'язку позикодавця передати позичальнику суму позики і відповідно позичальник не вправі вимагати від позикодавця такої передачі, що особливо незручно при здійсненні підприємницької діяльності. Особливістю консенсуальної природи кредитного договору є те, що законом допускається одностороння відмова від надання або одержання кредиту за вже укладеним договором⁴¹³.

⁴¹¹ Див. п. 14.1.245 ст. 14 Податкового кодексу України від 2.12.2010 р. (Офіц. вісн. України. – 2010. – № 92. – (частина 1). – Ст. 3248.

⁴¹² Чинним законодавством, крім наведених, передбачаються також лізинговий, іпотечний, ломбардний, споживчий, консорціумний, інвестиційний, податковий та інші форми кредиту.

⁴¹³ У даному випадку можна говорити про односторонню відмову від виконання зобов'язання, що є винятком із цивільно-правового принципу недопущення односторонньої відмови від зобов'язання (ст. 525 ЦК).

Виходячи зі своєї консенсуальної природи, кредитний договір є **двостороннім**, оскільки правами й обов'язками наділені обидві сторони (ч. 3 ст. 626 ЦК). Він, на відміну від договору позики, є завжди **оплатним**, оскільки позичальник за одержаний кредит сплачує кредитодавцю проценти⁴¹⁴. Проценти нараховуються у вигляді відсотків на основну суму заборгованості або фіксованих сум з моменту надання кредиту позичальнику (зарахування на його рахунок). Розмір процентів та порядок їх сплати мають бути передбачені кредитним договором (ч. 1 ст. 1056¹ ЦК). На формування розміру процентів впливає ціла низка факторів, як-от: кредитний ризик⁴¹⁵, наявність забезпечення, попит і пропозиція, які склалися на кредитному ринку, строк користування кредитом, розмір облікової ставки й інші фактори. Крім указаних, на розмір процентної ставки може впливати також і маржа (банківська маржа), тобто винагорода кредитодавця. Розмір (ставка) процентів, за деяким винятком, не може бути нижчим встановленого мінімуму. Безпроцентні кредити є винятком із природи кредитування, а тому надання безпроцентних кредитів дозволяється лише у випадках, прямо передбачених законом.

У разі встановлення кредитодавцем умов кредитного договору у формулярах або інших стандартних формах, коли позичальник не вправі запропонувати свої умови договору, а лише може приєднатись до запропонованого договору в цілому, кредитний договір набуває рис **договору приєднання** (ст. 634 ЦК).

При наданні **споживчого кредиту** до договорів із споживачами застосовуються положення законодавства про захист прав споживачів, зокрема положення про несправедливі умови в договорах⁴¹⁶, перелік яких не є вичерпним.

§ 2. Елементи та умови кредитного договору

Суб'єктний склад кредитного договору визначений законом. Сторонами кредитного договору є кредитодавець — банк або інша фінансова установа і позичальник — фізична або юридична особа, що одержує кошти для підприємницьких або споживчих цілей.

Банком, відповідно до ст. 2 Закону України «Про банки і банківську діяльність», є юридична особа, яка має виключне право на підставі ліцензії Національного банку України здійснювати в сукупності такі операції: залучення у вклади грошових коштів фізичних і юридичних осіб, розміщення зазначених коштів від свого імені, на власних умовах та на власний ризик, відкриття і ведення банківських рахунків фізичних та юридичних осіб.

⁴¹⁴ Проценти у загальному розумінні є платою за використання грошових коштів або їх еквівалентів. Законодавче визначення процентів міститься у Податковому кодексі України, згідно з п.14.1.206. ст.1 якого процентами є дохід, який сплачується (нараховується) позичальником на користь кредитора у вигляді плати за використання залучених на визначений строк коштів або майна. До процентів включаються: платіж за використання коштів або товарів (робіт, послуг), отриманих у кредит; платіж за використання коштів, залучених у депозит; платіж за придбання товарів у розстрочку; платіж за користування майном згідно з договорами фінансового лізингу (оренди) (без урахування частини лізингового платежу, що надається в рахунок компенсації частини вартості об'єкта фінансового лізингу); винагорода (дохід) орендодавця як частина орендного платежу за договором оренди житла з викупом, сплачена фізичною особою платнику податку, на користь якого відступлено право на отримання таких платежів..

⁴¹⁵ Як зазначається у Методичних вказівках з інспектування банків «Система оцінки ризиків», схвалених постановою Правління Національного банку України від 15.03.2004 р. № 104, кредитним ризиком є наявний або потенційний ризик для надходжень та капіталу, який виникає через неспроможність сторони, що взяла на себе зобов'язання, виконати умови будь-якої фінансової угоди із банком або в інший спосіб виконати взяті на себе зобов'язання.

⁴¹⁶ Про захист прав споживачів [Текст] : Закон України від 12.05.1991 р. (у ред. Закону України від 01.12.2005 р.) // Офіц. вісн. України. – 2006. – № 1–2. – Ст. 1.

Фінансовою установою є юридична особа, яка відповідно до закону надає одну чи декілька фінансових послуг, а також інші послуги (операції), пов'язані з наданням фінансових послуг, у випадках, прямо визначених законом, та внесена до відповідного реєстру в установленому законом порядку⁴¹⁷. До фінансових установ належать банки, кредитні спілки, ломбарди, лізингові компанії, довірчі товариства, страхові компанії, установи накопичувального пенсійного забезпечення, інвестиційні фонди і компанії та інші юридичні особи, виключним видом діяльності яких є надання фінансових послуг, а у випадках, прямо визначених законом, — інші послуги (операції), пов'язані з наданням фінансових послуг»⁴¹⁸. Надавати фінансові кредити за рахунок залучених коштів має право на підставі відповідної ліцензії⁴¹⁹ лише кредитна установа⁴²⁰, якою є фінансова установа, що відповідно до закону має право за рахунок залучених коштів надавати фінансові кредити на власний ризик⁴²¹.

Позичальниками можуть виступати учасники цивільних відносин, зазначені у ст. 2 ЦК. Цілі, для яких позичальники одержують кредити, можуть бути різноманітними.

Кредитний договір під страхом його нікчемності має укладатися в **письмовій формі** незалежно від суб'єктного складу або суми кредиту (ст. 1055 ЦК). Письмова форма кредитного договору відповідає загальним вимогам, встановленим для письмової форми цивільно-правового договору (статті 207, 639 ЦК).

Істотними умовами кредитного договору є предмет, строк повернення та його ціна (розмір процентів).

Предметом кредитного договору є грошові кошти (кредит) у національній або іноземній валюті, які можуть надаватись позичальнику в готівковій або безготівковій формі. Обов'язковою кількісною характеристикою предмета кредитного договору є його розмір, тобто сума грошових коштів, які на умовах укладеного договору кредитодавець зобов'язується надати позичальникові.

Строк повернення кредиту, або строк користування ним, як його істотна умова визначається за погодженням сторін і зазначається у кредитному договорі. За строками користування банківські кредити поділяються на: короткострокові — до одного року; середньострокові — до трьох років; довгострокові — понад три роки (ч. 2 ст. 347 Господарського кодексу України⁴²² (далі — ГК)). Безпосередньо зі строком повернення кредиту (користування ним) пов'язана його **ціна**, яка встановлюється у формі процентів за кредит. Крім обов'язкового встановлення процентів у кредитному договорі також може бути передбачена (необов'язково)

⁴¹⁷ П.1 ч.1 ст.1 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг».

⁴¹⁸ Відповідно до ч.1 ст. 4 Закону України «Про фінансово-кредитні механізми і управління майном при будівництві житла та операціях з нерухомістю» від 19.06.2003р. (Офіційний вісник України. – 2003. – № 30. – Ст. 1525) управителем може бути фінансова установа.

⁴¹⁹ Див.: Ліцензійні умови провадження діяльності з надання фінансових кредитів за рахунок залучених коштів кредитними установами [Текст] : затв. розпорядженням Держ. коміс. з регулювання ринків фін. послуг України від 18.10.2005 р. № 4802 // Офіц. вісн. України. – 2005. – № 49. – Ст. 3101.

⁴²⁰ Частина 3 ст. 5 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг».

⁴²¹ Як зазначає Державний комітет з питань регуляторної політики та підприємництва у листі від 17.11.2006 р. № 8287 (див., наприклад: Ориєнтир. – 2006. – 12. – № 47), можливість надання процентної позики за рахунок залучених від інших осіб грошових коштів юридичними особами обмежена безпосередньо в ч. 3 ст. 5 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг», відповідно до якої це може здійснюватися виключно фінансовою установою зі статусом кредитної установи. Щодо надання процентної позики за рахунок власних коштів юридичними особами, то, на думку Держкомпідприємництва України, законом, який визначає можливість здійснення таких операцій, є Цивільний кодекс України, який у параграфі 1 гл. 71 <...> визначає можливість надання процентних позик без обмеження кола осіб-позикодавців.

⁴²² Офіц. вісн. України. – 2003. – № 11. – Ст. 462.

комісійна винагорода за одержання кредиту, яка сплачується, як правило, одноразово при видачі кредиту. Встановлення банками плати за користування кредитними коштами у вигляді лише комісійних не допускається⁴²³.

Характерною, проте необов'язковою умовою кредитного договору є **цільовий характер** використання кредиту позичальником, яка донедавна поряд із забезпеченістю, поверненням, строковістю та платністю була однією з основних засад кредитування. На сьогодні банки вправі видавати кредити без зазначення в договорі конкретної мети використання позичальником кредитних коштів. Банк також має право видавати бланкові (незабезпечені) кредити за умов додержання економічних нормативів. Сторони за взаємним погодженням можуть визначити й інші умови кредитного договору.

Аналізуючи істотні умови кредитного договору, слід звернути увагу на положення ч. 2 ст. 345 ГК, відповідно до якої у кредитному договорі передбачаються мета, сума і строк кредиту, умови і порядок його видачі та погашення, види забезпечення зобов'язань позичальника, відсоткові ставки, порядок плати за кредит, обов'язки, права і відповідальність сторін щодо видачі та погашення кредиту, яка надає підстави деяким авторам віднести вказані умови до істотних умов кредитного договору⁴²⁴. Проте, як вбачається, таке значне розширення істотних умов кредитного договору не відповідає його правовій природі та суті істотних умов, визначених чинним законодавством. Так, істотними умовами цивільно-правового договору є умова про предмет договору; умови, що визначені законом як істотні або є необхідними для договорів даного виду; усі інші умови, щодо яких за заявою хоча б однієї із сторін має бути досягнуто згоди (ч. 1 ст. 638 ЦК; ч. 2 ст. 180 ГК). При укладенні господарського договору сторони зобов'язані у будь-якому разі погодити предмет, ціну та строк дії договору (ч. 3 ст. 180 ГК). Таким чином, істотними умовами кредитного договору як цивільно-правового (господарського) договору відповідно до закону є умови про предмет, ціну, строк його дії, а також усі інші умови, щодо яких за заявою хоча б однієї зі сторін має бути досягнуто згоди.

Такої позиції дотримується і Національний банк України, який, виходячи зі структурно-системного аналізу положень ГК, у листі

№ 18-111/3249-8378 від 18.08.2004 р. «Про деякі питання застосування Цивільного кодексу України в банківській діяльності»⁴²⁵ зазначив, що

«У інших випадках, зокрема щодо умов, що наведені в ч. 2 ст. 345 Господарського кодексу України (зокрема, мета кредиту, умови і порядок його видачі та погашення, види забезпечення зобов'язань позичальника, порядок плати за кредит, обов'язки, права і відповідальність сторін щодо видачі та погашення кредиту), то відсутні підстави вважати їх істотними умовами кредитного договору...». Це підтверджується і судовою практикою⁴²⁶.

⁴²³ Див., наприклад, лист Національного банку України від 26.07.2004 р. № 14-011/2805-7443 «Про встановлення плати за користування кредитними ресурсами» (Ориентир. – 2004. – 08. – № 30).

⁴²⁴ Див.: Иванчук, В. Б. Хозяйственный кодекс Украины [Текст] : Комментарий / В. Б. Иванчук. – Изд. 2-е. – Харьков : Одиссей, 2005. – С. 710.

⁴²⁵ Юрид. вісн. України. – 2008. – 08. – № 33.

⁴²⁶ У постанові судової палати у господарських справах Верховного Суду України від 05.02.2008 р. (справа № 22/268) з посиланням на ст. 638 ЦК та ст. 180 ГК зазначається, що при укладенні господарського договору сторони зобов'язані у будь-якому випадку узгодити предмет, ціну та термін дії договору.

При вирішенні спору суд апеляційної інстанції встановив факт досягнення згоди між сторонами договору щодо всіх його істотних умов, застосування відповідних заходів щодо забезпечення основного зобов'язання, а також його виконання сторонами, прийшов до обгрунтованого висновку про відповідність спірного договору вимогам закону та безпідставності позовних вимог.

Посилання Вищого господарського суду України як на підставу недійсності оспорюваного договору на ту обставину, що сторонами не визначена у договорі відповідальність АБ «К» щодо видачі кредитних коштів, не можна визнати обгрунтованою, оскільки зазначене, відповідно до вимог статей 215, 203 ЦК, не є підставою для визнання такого правочину недійсним.

§ 3. Права та обов'язки сторін за кредитним договором

Зміст зобов'язання, що виникає на підставі укладеного кредитного договору, складають права та обов'язки його сторін, обсяг яких визначається з урахуванням заборон та обмежень, встановлених чинним законодавством.

Основним обов'язком кредитодавця є надання грошових коштів позичальникові у розмірі та на умовах, встановлених договором. При наданні кредитів банк зобов'язаний додержуватися основних принципів кредитування, у тому числі перевіряти кредитоспроможність позичальників⁴²⁷ та наявність забезпечення кредитів, додержуватися встановлених Національним банком України вимог щодо концентрації ризиків. Важливою при наданні кредитів є інформація про кредитну історію позичальника, яка належить до якісних характеристик позичальника. **Кредитною історією** є сукупність інформації про юридичну або фізичну особу, що її ідентифікує, відомостей про виконання нею зобов'язань за кредитними правочинами, іншої відкритої інформації відповідно до Закону, яка включає, зокрема, відомості щодо інтенсивності користування банківськими кредитами/гарантіями в минулому та своєчасності їх погашення й сплати відсотків/комісій за ними⁴²⁸.

Банкам забороняється прямо чи опосередковано надавати кредити для придбання власних цінних паперів. Використання цінних паперів власної емісії для забезпечення кредитів можливе з дозволу Національного банку України. Банк у силу прямого імперативу (ч. 6 ст. 49 Закону України «Про банки і банківську діяльність») не може надавати кредити під процент, ставка якого є нижчою від процентної ставки за кредитами, які бере сам банк, і процентної ставки, що виплачується ним по депозитах. Виняток можна робити лише у разі, якщо при здійсненні такої операції банк не матиме збитків. Протягом строку чинності кредитного договору банку, іншій фінансовій установі заборонено в односторонньому порядку збільшувати розмір процентів, встановлених при його укладенні (ч. 2 ст. 1056¹ ЦК). Банкам, за винятком випадків, встановлених законом, також забороняється в односторонньому порядку змінювати інші умови укладених з клієнтами договорів (ч. 4 ст. 55 Закону України «Про банки і банківську діяльність»). Умова договору щодо права банку, іншої фінансової установи змінювати розмір процентів в односторонньому порядку є нікчемною⁴²⁹ (ч. 3 ст. 1056¹ ЦК). Фінансовим установам забороняється вимагати дострокового погашення несплаченої частини боргу за кредитом та розривати в односторонньому порядку укладені кредитні договори у разі незгоди

⁴²⁷ Кредитоспроможність – наявність у позичальника/контрагента банку передумов для отримання кредиту та його здатність повернути кредит і відсотки за ним у повному обсязі та в обумовлені договором строки (Положення про порядок формування та використання резерву для відшкодування можливих втрат за кредитними операціями банків [Текст] : затв. постановою Правління Нац. банку України від 06.07.2000 р. № 279 : п. 2 // Офіц. вісн. України. – 2000. – № 32. – Ст. 1378).

⁴²⁸ Правові та організаційні засади формування і ведення кредитних історій, права суб'єктів кредитних історій та користувачів бюро кредитних історій, вимоги до захисту інформації, що складає кредитну історію, порядок утворення, діяльності та ліквідації бюро кредитних історій визначається Законом України «Про організацію формування та обігу кредитних історій» від 23.06.2005 р., метою якого є врегулювання суспільних відносин, що виникають у сфері збору, оброблення, зберігання, захисту та використання інформації про виконання особами грошових зобов'язань, функціонування інституцій, пов'язаних з обміном інформацією про грошові зобов'язання та забезпеченням прав та інтересів суб'єктів кредитної історії (Офіц. вісн. України. – 2005. – № 29. – Ст. 1690).

⁴²⁹ У зв'язку із зазначеною заборонаю збільшення банком чи іншою фінансовою установою в односторонньому порядку розміру процентів за кредитним договором звертає на себе увагу положення Закону України «Про захист прав споживачів» щодо надання споживчого кредиту, яке суперечить вимогам, встановленим ЦК України. Так, згідно з абз. 4 ч. 4 ст. 11 вказаного Закону у договорі про надання споживчого кредиту може зазначатися, що відсоткова ставка за кредитом може змінюватися залежно від зміни облікової ставки Національного банку України або в інших випадках. Про зміну відсоткової ставки за споживчим кредитом споживач повідомляється кредитодавцем письмово протягом семи календарних днів з дати її зміни. Без такого повідомлення будь-яка зміна відсоткової ставки є недійсною.

позичальника із пропозицією фінансової установи збільшити процентну ставку або інший платіж, передбачений кредитним договором або графіком погашення боргу (ч. 3 ст. 6 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг»).

Позичальник зобов'язується повернути одержаний кредит та сплатити проценти на умовах, встановлених кредитним договором. Позичальник, виходячи з консенсуальної природи кредитного договору, вправі вимагати від кредитодавця надання кредиту за укладеним договором.

Кредитодавець вправі вимагати від позичальника повернення суми кредиту та сплати процентів у розмірі, встановленому у договорі. Виплата процентів за користування кредитом здійснюється у строки, встановлені кредитним договором. Якщо сторони не погодили інше, кредитодавець вправі вимагати сплати процентів щомісяця до дня повернення кредиту (ч. 2 ст. 1048 ЦК).

Як уже раніше зазначалося, кредитним договором може бути передбачено цільове використання позивальником кредиту. Якщо ж позичальник порушує обов'язок щодо цільового використання кредиту, кредитодавець має право відмовитися від подальшого кредитування позичальника за договором.

Кредитодавець вправі вимагати дострокового повернення кредиту (його частини) та сплати належних йому за договором процентів. Це право обумовлюється порушенням позичальником умов кредитного договору, а саме, у разі: а) прострочення позичальником повернення чергової частини кредиту (якщо договором встановлений обов'язок його повернення частинами (із розстроченням)) (ч. 2 ст. 1050 ЦК);

б) невиконання позичальником обов'язків, встановлених кредитним договором, щодо забезпечення повернення кредиту, а також у разі втрати забезпечення виконання зобов'язання або погіршення його умов за обставин, за які кредитодавець не несе відповідальності (ст. 1052 ЦК).

Сторонам кредитного договору надано право відмовитись від надання або одержання кредиту на підставах, встановлених ЦК. Так, кредитодавець має право відмовитися від надання позичальникові передбаченого договором кредиту частково або в повному обсязі у разі порушення процедури визнання позичальника банкрутом або за наявності інших обставин, які явно свідчать про те, що наданий позичальникові кредит своєчасно не буде повернений (ч. 1 ст. 1056 ЦК). Відповідно до ч. 1 ст. 11 Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом»⁴³⁰ процедура визнання позичальника банкрутом порушується винесенням суддею ухвали про порушення провадження у справі про банкрутство. Іншими обставинами, що явно свідчать про те, що наданий позичальникові кредит своєчасно не буде повернений, можна вважати, наприклад, велику кредиторську заборгованість позичальника тощо. Слід звернути увагу на те, що така відмова кредитодавця стосується лише кредиту, який підлягає наданню позичальникові у майбутньому (наприклад, у порядку кредитної лінії) і не передбачає зміни умов повернення уже фактично наданого кредиту.

У свою чергу, позичальник, якщо інше не встановлено договором або законом, має право відмовитися від одержання кредиту частково або в повному обсязі незалежно від підстав лише до встановленого договором строку його надання, повідомивши про це кредитодавця (ч. 2 ст. 1056 ЦК).

За порушення встановлених кредитним договором зобов'язань сторони несуть відповідальність, встановлену чинним законодавством та договором.

Питання для самоконтролю

⁴³⁰ Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом [Текст] : Закон України від 14.05.1992 р. (у ред. Закону України від 30.06.1999 р.) // Офіц. вісн. України. – 1999. – № 33. – Ст. 1699.

1. Поняття та правова природа кредитного договору.
2. Види кредиту.
3. Співвідношення кредитного договору та договору позики.
4. Сторони кредитного договору. Їх права та обов'язки.
5. Зміст кредитного договору.
6. Комерційний кредит.
7. Поняття та правова характеристика кредитних історій.

ГЛАВА 55

ДОГОВІР БАНКІВСЬКОГО ВКЛАДУ (ДЕПОЗИТУ)

§ 1. Поняття та загальна характеристика договору банківського вкладу (депозиту)

Одним із найважливіших напрямів діяльності банківської системи є залучення коштів фізичних та юридичних осіб з подальшим їх розміщенням від свого імені, на власних умовах та на власний ризик. Указані операції разом з відкриттям та веденням поточних рахунків юридичних та фізичних осіб, відповідно до ст. 47 Закону України «Про банки і банківську діяльність⁴³¹», належать до виключно банківських операцій, здійснювати які в сукупності дозволяється тільки юридичним особам, які мають банківську ліцензію.

⁴³¹ Офіц. вісн. України. – 2001. – № 1–2 (ч. 1). – Ст. 1.

Залучення фінансових активів⁴³² із зобов'язанням щодо наступного їх повернення, згідно зі ст. 4 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг», є фінансовою послугою⁴³³. Правовою формою залучення банками коштів є договір банківського вкладу (депозиту), якому присвячено § 3 гл. 71 ЦК.

За договором банківського вкладу (депозиту) одна сторона (банк), що прийняла від другої сторони (вкладника) або для неї грошову суму (вклад), що надійшла, зобов'язується виплачувати вкладникові таку суму та проценти на неї або дохід в іншій формі на умовах та в порядку, встановлених договором (ч. 1 ст. 1068 ЦК).

Як синонім вкладу, як впливає з наведеного визначення, використовується термін «депозит» (від лат. depositum — річ, віддана на схов). У сучасних умовах ніякого зберігання вкладу не відбувається⁴³⁴. Банк залучає вільні кошти від юридичних і фізичних осіб з метою перетворення їх у капітал для його подальшого використання у банківських операціях, зокрема для кредитування. Метою вкладника за цим договором є не стільки зберігання самого вкладу, як одержання за вкладом доходу.

Договір банківського вкладу є **реальним** (ч. 2 ст. 640 ЦК). Він набирає чинності з моменту прийняття банком грошової суми (вкладу) (внесення суми вкладу до каси банку або зарахування її на банківський рахунок). Укладення договору банківського вкладу не є підставою виникнення будь-яких прав та обов'язків його сторін. І лише внесення вкладником вкладу породжує у нього право вимагати від банку повернення вкладу та сплати процентів на нього (доходу в іншій формі). У свою чергу, у банка є лише обов'язки з повернення суми вкладу та сплати процентів (доходу в іншій формі), що і визначає договір банківського вкладу як **односторонній** (ч. 2 ст. 626 ЦК). Договір банківського вкладу завжди є **відплатним**. За надання банку права розпоряджатися внесеним вкладом він зобов'язується виплатити вкладникові винагороду у вигляді процентів або доходу в іншій формі.

У разі укладення договору банківського вкладу з фізичною особою він є **публічним** договором (ч. 2 ст. 1058 ЦК). При цьому банк не вправі надавати переваги одним вкладникам перед іншими щодо укладення договору, якщо інше не встановлено законом, та не має права відмовитися від укладення договору за наявності у нього для цього такої можливості. У разі, якщо відмова банку від укладення договору є необґрунтованою, він має відшкодувати збитки, завдані особі такою відмовою (ст. 633 ЦК). Особливості залучення банківських вкладів регулюються внутрішніми положеннями банків, розробленими відповідно до законодавства України. Для вкладників — фізичних осіб банк зобов'язаний встановлювати однакові типові умови договору банківського вкладу відповідного виду, крім випадків, передбачених законодавством України. Положення про публічність договору банківського вкладу має застосування щодо договорів, які укладаються на однакових умовах. Залежно від виду вкладу, його суми, строку дії договору та інших умов процентні ставки можуть

⁴³² Фінансовими активами, згідно з п. 4 ст. 1 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг», є кошти, цінні папери, боргові зобов'язання та право вимоги боргу, що не віднесені до цінних паперів (Офіц. вісн. України. — 2001. — № 32. — Ст. 1457).

⁴³³ До фінансових послуг належать операції з фінансовими активами, що здійснюються в інтересах третіх осіб за власний рахунок чи за рахунок цих осіб, а у випадках, передбачених законодавством, — і за рахунок залучених від інших осіб фінансових активів, з метою отримання прибутку або збереження реальної вартості фінансових активів (ст. 1 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг»).

⁴³⁴ Таке зберігання відбувалось до виникнення безготівкових розрахунків, коли гроші існували тільки у формі монет. При цьому банки зобов'язувались повернути вкладникові саме ті монети, які були їм передані на зберігання. Проте, незважаючи на відсутність відносин зберігання за договором банківського вкладу, термін «зберігання» продовжує використовуватись у чинному законодавстві України (див., наприклад, ст. 340 Господарського кодексу України; ст. 2 Закону України «Про банки і банківську діяльність»).

відрізнятися одна від одної (диференціюватися). Банки мають встановлювати основні умови залучення банківського вкладу відповідного виду, які мають бути оприлюднені банком шляхом розміщення відповідної інформації в установі банку в загальнодоступному для клієнтів місці. Ця інформація може додатково розміщуватися банком у засобах масової інформації. До договору банківського вкладу, укладеного з юридичною особою, правила щодо його публічності не застосовуються.

Договір банківського вкладу, відповідно до чинного законодавства, є самостійним цивільно-правовим договором⁴³⁵.

Прийнятий вклад обліковується банком на відповідному вкладному (депозитному) рахунку⁴³⁶, відкритому вкладником на підставі укладеного договору банківського вкладу. Це наближає за своєю правовою природою договір банківського вкладу до договору банківського рахунка. Тому до відносин банку та вкладника за рахунком, на який внесений вклад, застосовуються положення про договір банківського рахунка, якщо інше не встановлено гл. 71 ЦК або не впливає із суті договору банківського вкладу. Так, наприклад, проведення розрахункових операцій за вкладними рахунками юридичної особи (фізичної особи — підприємця), крім операцій, пов'язаних з реалізацією майнових прав на суму вкладу, відповідно до укладених договорів застави та законодавства України, а також видача коштів готівкою зі вкладного рахунка юридичної особи (фізичної особи — підприємця) забороняються. До вкладних рахунків також належать пенсійні депозитні рахунки, що відкриваються фізичним особам відповідно до Закону України «Про недержавне пенсійне забезпечення»⁴³⁷ від 09.07.2003 р. для накопичення заощаджень на виплату пенсії. Порядок відкриття, використання і закриття вкладних рахунків урегульований Інструкцією про порядок відкриття, використання і закриття рахунків у національній та іноземних валютах, затвердженою постановою Правління Національного банку України від 12.11.2003 р. № 492⁴³⁸.

§ 2. Елементи та умови договору банківського вкладу (депозиту)

Сторонами договору банківського вкладу є банк та вкладник. **Банком**, відповідно до ст. 2 Закону України «Про банки і банківську діяльність», є юридична особа, яка має виключне право на підставі ліцензії

⁴³⁵ У літературі до прийняття ЦК тривалий час велася дискусія щодо місця договору банківського вкладу в системі договірних прав. Він розглядався як різновид договору позики, в якому позичальником є банк, а позикодавцем – вкладник. Позикодавець передає у власність позичальникові грошові кошти або інші речі, визначені родовими ознаками, а позичальник зобов'язується повернути позикодавцеві таку ж суму грошових коштів (суму позики) або таку ж кількість речей того ж роду та такої ж якості. Договір банківського вкладу також розглядався як різновид договору іррегулярного зберігання (зберігання коштів – речей, визначених родовими ознаками), де банк виконував роль зберігача та зобов'язувався повернути кошти на першу вимогу вкладника. Він також розглядався як договір, що поєднує елементи договору позики та зберігання, або як самостійний договір (див.: Флейшиц, Е. А. Расчетные и кредитные отношения [Текст] / Е. А. Флейшиц. – М., 1956. – С. 80; Ефимова, Л. Г. Банковское право [Текст] : учеб. и практ. пособие / Л. Г. Ефимова – М. : БЕК, 1994. – С. 100; Мозолин, В. П. Право собственности в Российской Федерации в период перехода к рыночной экономике [Текст] / В. П. Мозолин. – М., 1992. – С. 100; Агарков, М. М. Основы банковского права. Учение о ценных бумагах [Текст] / М. М. Агарков. – М. : БЕК, 1994. – С. 68–72; Вильнянский, С. И. Кредитно-расчетные правоотношения. [Текст] / С. И. Вильнянский. – Харьков, 1955. – С. 16; Компанец, Е. С. Применение законодательства о кредитовании и расчетах [Текст] / Е. С. Компанец, Э. Г. Полонский. – М., 1967. – С. 208–210; Олейник, О. М. Основы банковского права [Текст] : курс лекций / О. М. Олейник. – М., 1997. – С. 99).

⁴³⁶ Вкладний (депозитний) рахунок – це рахунок, що відкривається банком клієнту на договірній основі для зберігання грошей, що передаються клієнтом в управління на встановлений строк або без зазначення такого строку під визначений процент (дохід) і підлягають поверненню клієнту відповідно до законодавства України та умов договору.

⁴³⁷ Офіц. вісн. України. – 2003. – № 33. – Ст. 1769.

⁴³⁸ Там само. – № 51, ч. 1. – Ст. 2707.

Національного банку України здійснювати в сукупності залучення у вклади грошових коштів фізичних і юридичних осіб та розміщення зазначених коштів від свого імені, на власних умовах та на власний ризик, а також відкриття і ведення банківських рахунків фізичних та юридичних осіб.

Крім банків залучати грошові кошти можуть також інші **фінансові установи**. При цьому надання фінансових кредитів за рахунок залучених коштів, а також діяльність з надання будь-яких фінансових послуг, що передбачають пряме або опосередковане залучення фінансових активів від фізичних осіб фінансовими установами, дозволяється тільки після отримання відповідної ліцензії (ст. 34 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг»). У разі залучення коштів у іноземній валюті таким фінансовим установам необхідно одержати, відповідно до Положення про порядок надання небанківським фінансовим установам, національному оператору поштового зв'язку генеральних ліцензій на здійснення валютних операцій⁴³⁹, затвердженого постановою Правління Національного банку України від 09.08.2002 р. № 297, генеральну ліцензію на здійснення валютних операцій⁴⁴⁰, яка згідно з п. 2.1 вказаного Положення надається Національним банком України лише в разі наявності власного капіталу небанківської фінансової установи в сумі, еквівалентній не менше ніж 1 мільйон євро. До фінансових установ, що наділені правом залучати на договірних умовах внески (вклади) своїх членів на депозитні рахунки як у готівковій, так і в безготівковій формі, належать кредитні спілки⁴⁴¹.

Вкладником може бути будь-яка юридична чи фізична особа, в тому числі і неповнолітня, яка здійснила розміщення вкладу на рахунок у банку чи придбала ощадний (депозитний) сертифікат банку на договірних умовах. Відповідно до ст. 32 ЦК фізична особа у віці від чотирнадцяти до вісімнадцяти років (неповнолітня особа) вправі самостійно укладати договір банківського вкладу та розпоряджатися вкладом, внесеним нею на своє ім'я. Грошовими коштами, що внесені повністю або частково іншими особами у фінансову установу на її ім'я, неповнолітня особа може розпоряджатися за згодою органу опіки та піклування та батьків (усиновлювачів) або піклувальника.

Статтею 1063 ЦК передбачено можливість укладення договору банківського вкладу та внесення вкладу на користь третьої особи. У даному випадку банк, приймаючи грошову суму від однієї особи, зобов'язується виплатити її та проценти на неї (дохід в іншій формі) іншій особі, яка не має вкладного рахунка в цьому банку. Прикладом може, зокрема, слугувати внесення батьками вкладу на ім'я дитини. Такий договір банківського вкладу має характер договору на користь третьої особи (ст. 636 ЦК) з урахуванням притаманних йому особливостей. Вкладником при цьому вважається третя особа, на користь якої вноситься вклад, а тому істотною умовою такого договору банківського вкладу є визначення імені фізичної особи⁴⁴² або найменування юридичної особи, на користь якої зроблений вклад. Причому виникнення у третьої особи прав за укладеним договором ставиться в залежність від її поведінки: скористається вона наданим їй правом чи ні. Реалізувати

⁴³⁹ Офіц. вісн. України. – 2002. – № 36. – Ст. 1711.

⁴⁴⁰ Генеральна ліцензія на здійснення валютних операцій – документ Національного банку України, що надається небанківським фінансовим установам, національному оператору поштового зв'язку та дозволяє здійснювати валютні операції, що не потребують індивідуальної ліцензії, на весь період дії режиму валютного регулювання.

⁴⁴¹ Кредитна спілка – це неприбуткова організація, заснована фізичними особами, професійними спілками, їх об'єднаннями на кооперативних засадах з метою задоволення потреб її членів у взаємному кредитуванні та наданні фінансових послуг за рахунок об'єднаних грошових внесків членів кредитної спілки (Про кредитні спілки [Текст] : Закон України від 20.12.2001 р. // Офіц. вісн. України. – 2002. – № 3. – Ст. 79).

⁴⁴² Відповідно до ч. 1 ст. 28 ЦК ім'я фізичної особи, яка є громадянином України, складається із прізвища, власного імені та по батькові, якщо інше не впливає із закону або звичаю національної меншини, до якої вона належить.

свої права як вкладник вона вправі лише з моменту пред'явлення нею до банку першої вимоги, що впливає з прав вкладника, або вираження нею іншим способом наміру скористатися такими правами. Закон не визначає форми волевиявлення третьої особи. Тому воно може бути виражене як в усній, так і в письмовій формі. До моменту набуття цією особою прав вкладника ці права належать особі, яка зробила вклад. Особа, яка уклала договір банківського вкладу та внесла вклад на користь третьої особи до моменту набуття третьою особою прав вкладника, реалізовує їх у повному обсязі за своїм розсудом. Вона вправі отримувати, в тому числі достроково, вклад, проценти тощо. І якщо особа, на користь якої зроблено вклад, відмовилася від нього, особа, яка уклала договір банківського вкладу на користь третьої особи, має право вимагати повернення вкладу або переведення його на своє ім'я шляхом укладення додаткової угоди або нового договору банківського вкладу і відкриття нового вкладного рахунка.

Форма договору банківського вкладу. Договір банківського вкладу під страхом визнання його нікчемним укладається у письмовій формі (ч. 1 ст. 1059 ЦК), тобто сторони повинні зафіксувати його зміст в одному або кількох документах, у листах, телеграмах, якими вони обмінялися, або воля сторін має бути виражена за допомогою телетайпного, електронного або іншого технічного засобу зв'язку. Договір, який укладає юридична особа, підписується особами, уповноваженими на це її установчими документами, довіреністю, законом або іншими актами цивільного законодавства, та скріплюється печаткою (ст. 207 ЦК).

Письмова форма договору банківського вкладу, згідно з Положенням про порядок здійснення банками України вкладних (депозитних) операцій з юридичними і фізичними особами⁴⁴³, затвердженим постановою Національного банку України від 03.12.2003 р. № 516, вважається додержаною, якщо залучення банком вкладів юридичних і фізичних осіб підтверджується: договором банківського рахунка; договором банківського вкладу з видачею ощадної книжки; договором банківського вкладу з видачею ощадного (депозитного) сертифіката; договором банківського вкладу з видачею іншого документа, що підтверджує внесення вкладу і відповідає вимогам, встановленим законом, іншими нормативно-правовими актами у сфері банківської діяльності (банківськими правилами⁴⁴⁴) та звичаями ділового обороту. Перелік документів, якими підтверджується письмова форма банківського вкладу, не є вичерпним. Документами, що підтверджують письмову форму договору, зокрема, можуть бути виписки по рахунках, прибуткові та видаткові ордери тощо⁴⁴⁵.

Ощадна книжка. На підтвердження укладення договору банківського вкладу з фізичною особою і внесення грошових коштів на її рахунок за вкладом банк оформляє та видає фізичній особі ощадну книжку. Ощадна книжка виконує такі основні функції: доказову — підтверджує факт укладення договору банківського вкладу та документальну — відображає операції за рахунком. Ощадна книжка не є цінним папером.

Законодавством установлені вимоги щодо форми та змісту ощадної книжки. Як документ, що використовується для обслуговування грошового обігу, вона є документом суворого обліку⁴⁴⁶, виготовлення бланків якої здійснюється тільки на державних спеціалізованих підприємствах, які охороняються органами

⁴⁴³ Офіц. вісн. України. – 2004. – № 1. – Ст. 8.

⁴⁴⁴ У контексті ЦК під поняттям «банківські правила» слід розуміти нормативно-правові акти Національного банку України.

⁴⁴⁵ Проте при застосуванні документів, визнаних звичаями ділового обороту, слід враховувати вимогу ст. 7 ЦК стосовно того, що звичай, який суперечить договору або актам цивільного законодавства, у цивільних відносинах не застосовується.

⁴⁴⁶ Див. номенклатуру бланків цінних паперів і документів суворого обліку, що виготовляються за ліцензією Мінфіну – додаток до постанови Кабінету Міністрів України від 19.04.1993 р. № 283 «Про встановлення порядку виготовлення бланків цінних паперів і документів суворого обліку» // Уряд. кур'єр. – 1993. – 04–29.04.93 р. – № 61–62.

внутрішніх справ⁴⁴⁷. В ощадній книжці вказуються найменування і місцезнаходження банку (його філії), номер рахунка за вкладом, а також усі грошові суми, зараховані на рахунок та списані з рахунка та залишок грошових коштів на рахунку на момент пред'явлення ощадної книжки у банк (ст. 1064 ЦК).

Відомості про вклад, указані в ощадній книжці, є підставою для проведення розрахунків за вкладом між банком і вкладником. Для здійснення банком операцій за депозитним рахунком, таких як видача банківського вкладу, виплата процентів за ним і виконання розпоряджень вкладника про перерахування грошових коштів з рахунка за вкладом іншим особам, вкладник повинен пред'явити ощадну книжку. Інші операції, зокрема зарахування коштів на депозитний рахунок як вкладником, так і третіми особами, можуть бути проведені банком і без наявності ощадної книжки. Якщо ощадну книжку втрачено або приведено у непридатний для пред'явлення стан, банк за заявою вкладника видає йому нову ощадну книжку.

Ощадний (депозитний) сертифікат. Ощадним (депозитним) сертифікатом є цінний папір, який підтверджує суму вкладу, внесеного у банк, і права вкладника (володільця сертифіката) на одержання зі спливом встановленого строку суми вкладу та процентів, встановлених сертифікатом, у банку, який його видав. Ощадний сертифікат належить до групи боргових цінних паперів⁴⁴⁸ (ст. 195 ЦК). Відносини, пов'язані з випуском, оформленням, розміщенням і погашенням ощадних (депозитних) сертифікатів, регулюються ст. 1065 ЦК, ст. 13 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок»⁴⁴⁹ від 23.02.2006 р. та Положенням про порядок здійснення банками України вкладних (депозитних) операцій з юридичними і фізичними особами.

Володільцями (власниками) ощадних (депозитних) сертифікатів можуть бути фізичні та юридичні особи. Емітентами ощадних (депозитних) сертифікатів можуть бути лише банки — юридичні особи. Розміщення ощадних (депозитних) сертифікатів здійснюється без відкриття вкладного (депозитного) рахунку. Грошові кошти зараховуються безпосередньо на рахунки банку. Ощадні (депозитні) сертифікати можуть випускатися за ініціативою банку одноразово або серіями; іменними або на пред'явника. Іменні ощадні (депозитні) сертифікати розміщуються у бездокументарній формі, а на пред'явника — у паперовій (документарній). Ощадні (депозитні) сертифікати розміщуються на певний строк (під відсотки, передбачені умовами їх розміщення)⁴⁵⁰. Ощадні (депозитні) сертифікати можуть випускатися процентними⁴⁵¹, купонними⁴⁵² або безкупонними⁴⁵³. Ощадні (депозитні) сертифікати можуть бути номіновані як у національній, так і в іноземній

⁴⁴⁷ Див. Правила виготовлення бланків цінних паперів і документів суворого обліку, затв. наказом Міністерства фінансів України від 25.11.1993 р. № 98, Служби безпеки України від 15.11.1993 р. № 118, Міністерства внутрішніх справ України від 24.11.1993 р. № 740.

⁴⁴⁸ Боргові цінні папери – цінні папери, що посвідчують відносини позики і передбачають зобов'язання емітента сплатити у визначений строк кошти відповідно до зобов'язання.

⁴⁴⁹ Офіц. вісн. України. – 2006. – № 13. – Ст. 857.

⁴⁵⁰ Пункт 4.1 Положення про порядок здійснення банками України вкладних (депозитних) операцій з юридичними і фізичними особами також передбачає випуск ощадних (депозитних) сертифікатів на вимогу.

⁴⁵¹ Процентний ощадний (депозитний) сертифікат – це ощадний (депозитний) сертифікат, випущений банком з визначеною процентною ставкою.

⁴⁵² Купонний ощадний (депозитний) сертифікат – це ощадний (депозитний) сертифікат, що має окремі купони, на кожному з яких зазначено строк здійснення виплати процентної плати. У разі настання цього строку банк відриває купон і виплачує власнику сертифіката дохід згідно з визначеним процентом.

⁴⁵³ Безкупонний ощадний (депозитний) сертифікат – це сертифікат, який не має окремих відривних купонів, проценти сплачуються разом з поверненням суми вкладу (депозиту).

валюти. Ощадними (депозитними) сертифікатами на пред'явника, номінованими як у національній, так і в іноземній валюті, оформляються лише вклади на строк більше ніж 30 днів. Не дозволяється випуск та розміщення банками ощадних (депозитних) сертифікатів, номінованих у банківських металах.

При розміщенні ощадних (депозитних) сертифікатів банки зобов'язані залучати лише ту валюту, у якій номіновані ощадні (депозитні) сертифікати. Строк обігу ощадних (депозитних) сертифікатів установлюється від дати видачі сертифіката безпосередньо вкладнику (власнику сертифіката) до дати, з якої власник сертифіката отримав право вимоги вкладу.

Ощадний (депозитний) сертифікат як цінний папір має містити реквізити, визначені законодавством України. Відповідно до ч. 3 ст. 13 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» в ощадному (депозитному) сертифікаті у документарній формі зазначаються вид цінного паперу, найменування і місцезнаходження банку, що випустив сертифікат, серія і номер сертифіката, дата випуску, сума депозиту, процентна ставка, строк отримання вкладу, підпис керівника банку або іншої уповноваженої особи, засвідчений печаткою банку.

Розміщення та погашення ощадних (депозитних) сертифікатів здійснюється лише банком-емітентом. До погашення приймаються тільки оригінали ощадних (депозитних) сертифікатів. За умови настання строку вимоги вкладу (депозиту) банк здійснює платіж проти пред'явлення ощадного (депозитного) сертифіката. Погашення ощадних (депозитних) сертифікатів, які номіновані в національній валюті, та виплата процентів за ними здійснюються банками лише в національній валюті. Погашення ощадних (депозитних) сертифікатів, які номіновані в іноземній валюті, та виплата процентів за ними здійснюються банками в іноземній валюті, а за письмовою заявою вкладника або особи, уповноваженої на здійснення цієї операції, — у національній валюті за курсом Національного банку України на дату закінчення строку, що зазначений в ощадному (депозитному) сертифікаті, або на дату дострокового викупу сертифіката.

Доход за ощадними (депозитними) сертифікатами виплачується під час пред'явлення їх для оплати в банк, що розмістив ці сертифікати. У разі дострокового пред'явлення ощадного (депозитного) сертифіката до оплати банком виплачується сума вкладу та проценти, які виплачуються закладами на вимогу, якщо умовами сертифіката не встановлений інший розмір процентів. Якщо строк одержання вкладу (депозиту) за строковим ощадним (депозитним) сертифікатом прострочено, то такий сертифікат вважається документом на вимогу, за яким на банк покладається зобов'язання сплатити зазначену в ньому суму вкладу (депозиту) та процентів за ним у разі пред'явлення ощадного (депозитного) сертифіката.

Відступлення ощадного (депозитного) сертифіката здійснюється шляхом укладення договору між особою, що відступає права за сертифікатом, та особою, що набуває ці права. Відчуження ощадного (депозитного) сертифіката шляхом учинення передавального напису чинним законодавством не передбачається.

Розрахунки за придбані ощадні (депозитні) сертифікати та сплата грошових коштів за ними здійснюються: для юридичних осіб — лише в безготівковій формі; для фізичних осіб — як у готівковій, так і в безготівковій формі.

Єдиною істотною умовою договору банківського вкладу є його **предмет**. За змістом параграфу 3 гл. 71 ЦК, предметом договору банківського вкладу можуть бути грошові кошти (вклад) у готівковій або безготівковій формі у валюті України або в іноземній валюті⁴⁵⁴. Положення про порядок здійснення банками України вкладних (депозитних) операцій з юридичними і фізичними особами визначає, що, крім грошових коштів,

⁴⁵⁴ Вкладом (депозитом), відповідно до ст. 2 Закону України «Про банки і банківську діяльність», є кошти в готівковій або у безготівковій формі, у валюті України або в іноземній валюті, які розміщені клієнтами на їх іменних рахунках у банку на договірних засадах на визначений строк зберігання або без зазначення такого строку і підлягають виплаті вкладнику відповідно до законодавства України та умов договору.

банки як вклади вправі залучати від юридичних і фізичних осіб також і банківські метали⁴⁵⁵. При прийнятті вкладу банк набуває на нього право власності, що надає йому можливість розпоряджатись ним, у тому числі для здійснення кредитування фізичних та юридичних осіб. При цьому в банку виникає зобов'язання повернути на першу вимогу вкладника таку саму суму та сплатити проценти на неї або дохід в іншій формі. Вкладник же втрачає право власності (при внесенні коштів у готівковій формі) й одночасно з цим набуває права вимоги щодо виконання банком його зобов'язань⁴⁵⁶.

Види вкладів. Вклади поділяються на два основних види: *вклади на вимогу* — на умовах видачі вкладу (або його частини) на першу вимогу та *строкові вклади* — на умовах повернення вкладу зі спливом встановленого договором строку. Договором банківського вкладу може бути передбачено внесення грошових коштів або банківських металів на інших умовах їх повернення — *умовні вклади*⁴⁵⁷), наприклад досягнення особою певного віку, настання обумовленої договором події. Банки повертають вклади та сплачують нараховані проценти у строки, що визначені умовами договору банківського вкладу між вкладником і банком. Проте незалежно від виду вкладу банк зобов'язаний видати вклад або його частину на першу вимогу вкладника (ч. 2 ст. 1060 ЦК). Відмова вкладника від свого права на одержання вкладу на першу вимогу є протизаконною. Тому будь-яка умова договору про відмову вкладника від права на одержання вкладу на першу вимогу є нікчемною і ніякої юридичної сили не має. Вказана норма не поширюється на вклади, зроблені юридичними особами на інших умовах повернення, які встановлені договором.

Дострокове повернення вкладу безпосередньо впливає на розмір процентів (у бік його зменшення), що виплачуються за строковим вкладом. Так, якщо відповідно до договору вклад повертається вкладникові на його вимогу до спливу строку або до настання інших обставин, визначених договором, проценти за цим вкладом виплачуються у розмірі процентів закладами на вимогу, якщо договором не встановлений більш високий процент. У даному випадку має місце дострокове розірвання договору банківського вкладу з ініціативи вкладника. Закон, захищаючи іншу сторону договору (банк) від дострокового повернення вкладу, допускає можливість зменшення розміру процентів⁴⁵⁸.

З іншого боку, якщо вкладник не вимагає повернення суми строкового вкладу зі спливом строку, встановленого договором банківського вкладу, або повернення суми вкладу, внесеного на інших умовах повернення, після настання визначених договором обставин, за загальним правилом, договір банківського вкладу вважається продовженим на умовах вкладу на вимогу. Закінчення строку чинності договору банківського вкладу припиняє обов'язок банку виплачувати проценти (дохід в іншій формі) вкладникові у погодженому в договорі розмірі. Але, використовуючи вклад після спливу встановленого договором строку,

⁴⁵⁵ До банківських металів відповідно до ст. 1 Закону України «Про Національний банк України» від 20.05.1999 р. належать золото, срібло, платина, метали платинової групи, доведені (афіновані) до найвищих проб відповідно до світових стандартів, у зливках і порошках, що мають сертифікат якості, а також монети, вироблені з дорогоцінних металів // Офіц. вісн. України. – 1999. – № 24. – Ст. 1087.

⁴⁵⁶ Слід зазначити, що в юридичній літературі висловлюється також інша думка відносно власності на грошові кошти, які вкладник передає банку на умовах договору банківського вкладу. Так, Г. Л. Коротка стверджує, що «є підстави вважати, що за договором банківського вкладу передані банку кошти завжди залишаються власністю вкладника, який залишає за собою право розпорядження ними. Для банку ці гроші зберігають режим залучених коштів, які він зобов'язаний повернути вкладнику за першою вимогою» / Коротка, Г. Л. Цивільне право України [Текст] : підруч. у 2 кн. / О. В. Дзера (кер. авт. кол.), Д. В. Боброва, А. С. Довгерт та ін. ; за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. – 2-ге вид., допов. і перероб. – К. : Юрінком Інтер, 2004. – Кн. 2. – С. 384.

⁴⁵⁷ Якщо строки зберігання умовних вкладів визначено договором, то такі вклади обліковуються як строкові. Якщо строки зберігання умовних вкладів договором не визначено, то вони обліковуються як вклади на вимогу.

⁴⁵⁸ У разі дострокового повернення вкладу банк здійснює нарахування процентів за скорегованою ставкою, враховуючи розмір уже виплачених процентів.

банк все ж таки зобов'язаний нараховувати при цьому проценти на нього на умовах вкладу на вимогу. Сторони в договорі можуть погодити можливість його подовження, зазначивши при цьому відповідні умови його подальшої дії, включаючи строк, розмір процентної ставки тощо.

Кількість вкладних рахунків, які вправі відкривати вкладники, а також сума вкладу чинним законодавством, як правило, не обмежується. Певні обмеження щодо загального обсягу залучених вкладів встановлені для банків. Так, спеціалізованим банкам (за винятком ощадного) забороняється залучати вклади (депозити) від фізичних осіб в обсягах, що перевищують 5 відсотків капіталу банку (ст. 48 Закону України «Про банки і банківську діяльність»).

Сума, строки та умови приймання вкладів визначаються між банком та вкладником на договірних засадах. Кошти на вкладний (депозитний) рахунок юридичної особи (громадянина-підприємця) перераховуються з її (його) поточного рахунку і після настання обставин їх повернення, визначених договором банківського вкладу, повертаються на її (його) поточний рахунок, крім випадків, передбачених законодавством України. Банки можуть перераховувати грошові кошти на вкладний (депозитний) рахунок юридичної особи (громадянина-підприємця) з її (його) іншого вкладного (депозитного) рахунку, відкритого в цьому банку, лише в разі зміни банком порядку бухгалтерського обліку рахунку юридичної особи (громадянина-підприємця), пов'язаної із запровадженням банком процедури зміни рахунків клієнтів не за їх ініціативою у випадках і в порядку, визначених нормативно-правовими актами Національного банку, або зміною умов договору банківського вкладу. Нарховані проценти закладами (депозитами) юридичних осіб (громадян-підприємців) відповідно до умов договору банківського вкладу (депозиту) банки можуть перераховувати на поточний рахунок юридичної особи (громадянина-підприємця) або зараховувати на поповнення вкладу (депозиту).

Кошти на вкладний (депозитний) рахунок фізичної особи можуть бути внесені вкладником готівкою, перераховані з іншого власного вкладного (депозитного) або поточного рахунку. Після закінчення строку або настання інших обставин, визначених законодавством України чи договором банківського вкладу, кошти із вкладного (депозитного) рахунку повертаються вкладнику шляхом видачі готівкою або в безготівковій формі на зазначений у договорі рахунок вкладника для повернення коштів чи за заявою вкладника на інший його рахунок. Нарховані проценти (дохід в іншій формі) за вкладом фізичної особи відповідно до умов договору банківського вкладу можуть або перераховуватися на її поточний рахунок, або зараховуватися на поповнення вкладу, або виплачуватися фізичній особі готівкою.

Банк сплачує вкладнику суму вкладу і нараховані за ним проценти: у національній валюті, якщо грошові кошти надійшли на вкладний (депозитний) рахунок у національній валюті; у валюті вкладу (депозиту), якщо грошові кошти надійшли на вкладний (депозитний) рахунок в іноземній валюті, або на умовах та в порядку, передбачених договором, відповідно до заяви вкладника — в іншій іноземній чи в національній валюті; у банківських металах, якщо вкладний (депозитний) рахунок відкритий у банківських металах, або на умовах та в порядку, передбачених договором, відповідно до заяви вкладника — у національній валюті.

У переважній більшості випадків на рахунок за банківським вкладом зараховуються грошові кошти, які надійшли до банку безпосередньо від вкладника. Проте закон надає можливість іншим особам внесення грошових коштів на рахунок, відкритий вкладником. Зарахування грошових коштів на рахунок вкладника не допускається, якщо договором банківського вкладу передбачена заборона прийняття банком вкладів від третіх осіб (ч. 1 ст. 1062 ЦК). У разі надання вкладником третій особі необхідних даних про свій рахунок за вкладом законодавством встановлена презумпція згоди вкладника на одержання грошових коштів від іншої особи. Незалежно від того, хто вніс вклад на рахунок, лише вкладник наділений правом розпорядження коштами, що обліковуються на його рахунку.

У разі помилкового зарахування коштів на рахунок вкладника, незалежно від підстав такого помилкового зарахування (з вини банку, вкладника або особи, яка здійсниє внесення коштів), вони підлягають поверненню за правилами витребування майна від добросовісного набувача, згідно з якими майно за відплатним договором придбане в особи, яка не мала права його відчужувати, про що набувач не знав і не міг знати, власник має право витребувати це майно від набувача лише у разі, якщо майно було загублене власником або особою, якій він передав майно у володіння; було викрадене у власника або особи, якій він передав майно у володіння; вибуло з володіння власника або особи, якій він передав майно у володіння, не з їхньої волі іншим шляхом. Якщо майно було набуто безвідплатно в особи, яка не мала права його відчужувати, власник має право витребувати його від добросовісного набувача у всіх випадках (ст. 388 ЦК). Аналіз наведеної норми свідчить, що помилково зараховані кошти підлягають поверненню їх власнику у всіх випадках.

§ 3. Права та обов'язки сторін за договором банківського вкладу (депозиту)

За договором банківського вкладу банк зобов'язується повернути вкладникові вклад та виплачувати проценти на нього або дохід в іншій формі. Проценти є платою банком за надане йому вкладником право розпорядження вкладом⁴⁵⁹. Процентні ставки за вкладними операціями встановлюються банками самостійно. Їх розмір зазвичай зазначається у договорі. Національний банк України встановлює індикативні розміри процентних ставок⁴⁶⁰ для банків з урахуванням ситуації на грошово-кредитному ринку. Однак розмір процентів та строки їх сплати не є істотними умовами договору банківського вкладу, а тому в договорі вони можуть не зазначатись. Якщо договором не встановлений розмір процентів, банк зобов'язаний виплачувати проценти у розмірі облікової ставки Національного банку України⁴⁶¹ (ч. 1 ст. 1061 ЦК).

ЦК урегульовано порядок нарахування процентів та періодичність їх виплати. Проценти на банківський вклад нараховуються від дня, наступного за днем надходження вкладу у банк, до дня, який передуює його поверненню вкладникові або списанню з рахунка вкладника з інших підстав (ч. 5 ст. 1061 ЦК). Пунктом 1.7 Положення про порядок здійснення банками України вкладних (депозитних) операцій з юридичними і фізичними особами вказана норма закріплена як диспозитивна, що надає сторонам можливість встановити

⁴⁵⁹ На думку Національного банку, немає правових підстав щодо встановлення банком додаткової сплати комісійної винагороди та премії у договорі банківського вкладу (депозиту), за яким банк залучає вклади (депозити) юридичних і фізичних осіб в іноземній валюті, оскільки за своєю правовою природою комісійна винагорода або премія є платою комітента за виконані послуги комісіонера згідно договору комісії. / Див. напр. лист Національного банку України від 20.03.2007 р. № 13-210/1006-2842 «Щодо можливості сплати банком комісійної винагороди та премії в іноземній валюті при залученні вкладів (депозитів) клієнтів в іноземній валюті» // Офіц. вісн. нормативно-правових актів з митної справи, фінансів, податків та бухгалтерського обліку. – 2007. – 04. – № 15.

⁴⁶⁰ Індикативна процентна ставка – рекомендований орієнтовний розмір процентних ставок для банків щодо проведення ними операцій із залучення та розміщення коштів / Стаття 1 Положення про процентну політику Національного банку України, затв. постановою Правління Національного банку України від 18.08.2004 р. № 389 // Офіц. вісн. України. – 2004. – № 36. – Ст. 2422.

⁴⁶¹ Облікова ставка Національного банку України відповідно до ст. 1 Закону України «Про Національний банк України» – виражена у відсотках плата, що береться Національним банком України за рефінансування комерційних банків шляхом купівлі векселів до настання строку платежу по них і утримується з номінальної суми векселя. Облікова ставка є найнижчою серед ставок рефінансування і є орієнтиром ціни на гроші.

строки нарахування процентів на вклад, залучений відповідно до договору банківського вкладу на власний розсуд, відступивши від положень ч. 5 ст. 1061 ЦК⁴⁶².

Виплата процентів за вкладом здійснюється у строки, що обумовлені в договорі. Якщо договором банківського вкладу не встановлено періодичність їх виплати, проценти на банківський вклад виплачуються вкладникові на його вимогу зі спливом кожного кварталу окремо від суми вкладу, а невитребувані у цей строк проценти збільшують суму вкладу, на яку нараховуються проценти (ч. 6 ст. 1061 ЦК). У разі повернення вкладу виплачуються всі нараховані до цього моменту проценти.

Законодавством, за загальним правилом (якщо інше не встановлено договором), допускається зміна банком розміру процентів, які виплачуються на вклади на вимогу. При цьому банк вправі збільшувати розмір процентної ставки у будь-який момент. Проценти у підвищеному розмірі починають нараховуватися згідно з умовами такого підвищення, встановленими банком (наприклад, з моменту прийняття рішення про підвищення процентних депозитних ставок, зі встановленої банком конкретної дати тощо). У разі зменшення банком розміру процентів на вклади на вимогу новий їх розмір застосовується до вкладів, внесених до повідомлення вкладників про зменшення процентів, зі спливом одного місяця з моменту відповідного повідомлення (ч. 2 ст. 1061 ЦК). Таке повідомлення повинно мати персональний характер і бути зафіксованим у письмовій формі. Вказана норма має диспозитивний характер, а тому сторони в договорі вправі передбачити інший, ніж встановлений ЦК, строк, з якого діятиме зменшена процентна ставка.

Одностороннє зменшення банками розміру процентних ставок на вклади, які обліковуються як строкові, чинним законодавством заборонено. Банк, якщо інше не встановлено законом, не може в односторонньому порядку зменшувати встановлений договором розмір процентів на строковий вклад або на вклад, внесений на умовах його повернення у разі настання визначених договором обставин (ч. 3 ст. 1061 ЦК). Згідно з ч. 4 ст. 55 Закону України «Про банки і банківську діяльність» банкам забороняється в односторонньому порядку змінювати умови укладених з клієнтами договорів, зокрема зменшувати розмір процентної ставки за договорами банківського вкладу (крім вкладу на вимогу), за винятком випадків, встановлених законом. З цього випливає, що законодавчі підстави для одностороннього зменшення банком процентних ставок за строковим вкладом повністю відсутні. Можливість одностороннього зменшення банками розміру процентних ставок на такі вклади заборонено передбачати також у договорі банківського вкладу. Тому будь-яка умова договору щодо права банку змінювати розмір процентів на строковий вклад в односторонньому порядку є нікчемною (ч. 4 ст. 1061 ЦК).

Договором банківського вкладу може бути встановлено обов'язок банку виплачувати вкладникові дохід в іншій, ніж проценти, формі. В даному випадку вклад вноситься у грошовій формі, на нього нараховуються проценти, але виплата на певний термін часу частини чи всієї вартості вкладу здійснюється не у грошовій, а в іншій формі, що передбачена договором. Таким чином, у разі відкриття банківського вкладу (депозиту) за погодженням сторін у договорі може зазначатися, що грошовий вклад та проценти виплачуватимуться у будь-якій прийнятній сторонам формі, визначеній ст. 177 ЦК, зокрема і банківськими металами, цінними паперами тощо⁴⁶³. У разі виплати доходу в іншій, ніж грошова, формі, в договорі має бути зазначена форма, порядок та строки такої виплати, які є істотними умовами договору банківського вкладу.

⁴⁶² Слід звернути увагу на лист Національного банку України від 18.08.2004 р. № 18-111/3249-8378 «Про деякі питання застосування Цивільного кодексу України в банківській діяльності», в якому, з посиланням на статті 3, 6, 627 ЦК, зазначається, що встановлення умови про нарахування процентів в день надходження вкладу у банк при здійсненні операцій «овернайт» (надання та отримання кредитів і депозитів терміном не більше одного операційного дня без урахування неробочих днів банку) на міжбанківському ринку не суперечить положенням та загальним принципам Цивільного кодексу України // Юрид. вісн. України. – 2008. – 08. – № 33.

⁴⁶³ Див. лист Національного банку України від 18.08.2004 р. № 18-111/3249-8378 «Про деякі питання застосування Цивільного кодексу України в банківській діяльності».

За договором банківського вкладу у вкладника відсутні обов'язки перед банком. З моменту набрання ним чинності (з моменту передачі банку вкладу) у вкладника виникає лише право вимагати від банку повернення вкладу та сплати процентів на нього або доходу в іншій формі згідно з умовами укладеного договору.

Важливе значення має питання щодо забезпечення належного виконання банком свого обов'язку за договором. Воно може здійснюватись як видами забезпечення, встановленими законом (ст. 546 ЦК), так і встановленими договором. Окрім того, захист майнових інтересів вкладників може забезпечуватись шляхом добровільного страхування їх фінансових ризиків⁴⁶⁴. При цьому особлива увага приділена вкладникам — фізичним особам, інтереси яких підлягають підвищеному захисту. Так, ст. 57 Закону України «Про банки і банківську діяльність» установлено, що вклади фізичних осіб Державного ощадного банку України гарантуються державою, зобов'язання якої мають цивільно-правовий характер. Вклади фізичних осіб у інших банках гарантуються в порядку і розмірах, передбачених законодавством України. Суб'єктом, який надає таку гарантію, є Фонд гарантування вкладів фізичних осіб⁴⁶⁵, створення якого передбачено Указом Президента України від 10.09.1998 р. № 996/98 «Про заходи щодо захисту прав фізичних осіб — вкладників комерційних банків України»⁴⁶⁶. Порядок відшкодування вкладів вкладникам — фізичним особам установлений Законом України «Про Фонд гарантування вкладів фізичних осіб»⁴⁶⁷ від 20.09.2001 р. та визначається Положенням про порядок відшкодування Фондом гарантування вкладів фізичних осіб коштів закладами фізичних осіб⁴⁶⁸, затвердженим рішенням адміністративної ради Фонду гарантування вкладів фізичних осіб від 12.02.2002 р. № 2 (у редакції рішення адміністративної ради Фонду гарантування вкладів фізичних осіб від 9.04.2009 р. № 2).

Фонд гарантування вкладів фізичних осіб (надалі — Фонд) є державною спеціалізованою установою, яка виконує функції державного управління у сфері гарантування вкладів фізичних осіб. Він є юридичною особою, має відокремлене майно, яке є об'єктом права державної власності і перебуває у його повному господарському віданні. Фонд є економічно самостійною установою, яка не має на меті одержання прибутку, має самостійний баланс, поточний та інші рахунки в Національному банку України (ст. 8 Закону України «Про Фонд гарантування вкладів фізичних осіб»).

Вкладники набувають право на одержання гарантованої суми відшкодування коштів закладами за рахунок коштів Фонду в грошовій одиниці України з дня настання недоступності вкладів⁴⁶⁹. Фонд, за встановленими законодавством обмеженнями, гарантує кожному вкладнику учасника (тимчасового учасника) Фонду⁴⁷⁰ та

⁴⁶⁴ Див. п. 18 ч. 4 ст. 6 Закону України «Про страхування» від 07.03.1996 р. (у ред. Закону України від 4.10.2001 р. // Офіц. вісн. України. — 2001. — № 44. — Ст. 1951.

⁴⁶⁵ Положення про Фонд гарантування вкладів фізичних осіб затв. постановою Кабінету Міністрів України і Національного банку України від 30.08.2002 р. № 1301/268 // Офіц. вісн. України. — 2002. — № 36. — Ст. 1710.

⁴⁶⁶ Офіц. вісн. України. — 1998. — № 37. — Ст. 1347.

⁴⁶⁷ Там само. — 2001. — № 42. — Ст. 1882.

⁴⁶⁸ Там само. — 2009. — № 52. — Ст. 1803.

⁴⁶⁹ Недоступність вкладів — неможливість одержання вкладу вкладником відповідно до умов договору, яка настає з дня призначення ліквідатора учасника (тимчасового учасника) Фонду.

⁴⁷⁰ Учасниками Фонду є банки і філії іноземних банків, які включені до Державного реєстру банків, що веде Національний банк України, та мають банківську ліцензію на право здійснення банківської діяльності. Участь у Фонді банків і філій іноземних банків є обов'язковою.

санаційного банку відшкодування коштів за його вкладами, включаючи відсотки, в розмірі вкладів на день настання недоступності вкладів, але не більше 1200 грн по вкладах у кожному із таких учасників. Зазначений розмір відшкодування коштів за вкладами, включаючи відсотки, за рахунок коштів Фонду може бути збільшено за рішенням адміністративної ради Фонду залежно від тенденцій розвитку ринку ресурсів, залучених від вкладників учасників (тимчасових учасників) Фонду⁴⁷¹. Відшкодування вкладів в іноземній валюті відбувається у національній валюті України після перерахування суми вкладу за офіційним (обмінним) курсом Національного банку України на день настання недоступності вкладів. Фонд відшкодовує вклади, розміщені на рахунках, що не використовуються вкладником для здійснення підприємницької діяльності. Виплата Фондом гарантованої суми відшкодування через визначені банки-агенти здійснюється протягом трьох місяців з дня настання недоступності вкладів. У разі ліквідації системоутворюючого банку цей строк може бути продовжено до шести місяців.

Вкладник вправі розпорядитись належним йому правом на вклад на випадок смерті. Право на вклад входить до складу спадщини незалежно від способу розпорядження ним. Порядок спадкування права на вклад у банках (фінансових установах) регулюється нормами ст. 1228 ЦК та п. 10.15 Інструкції про порядок відкриття, використання і закриття рахунків у національній та іноземній валютах. Вкладник відповідно до ч. 1 ст. 1228 ЦК має право розпорядитися правом на вклад у банку (фінансовій установі) на випадок своєї смерті, склавши заповіт або зробивши відповідне розпорядження банку (фінансовій установі) — *заповідальне розпорядження*. Порядок вчинення заповідального розпорядження може регламентуватися внутрішніми положеннями відповідного банку із урахуванням норм Інструкції про порядок відкриття використання і закриття рахунків у національній та іноземній валютах. Таке розпорядження може здійснюватися вкладником письмово у вигляді запису в картці особового рахунку, на ощадній книжці або шляхом подання на ім'я фінансової установи окремого документа (заяви). В останньому випадку на ньому має бути зазначена дата його складання. Цей документ засвідчується підписом уповноваженого працівника банку і зберігається в справі з юридичного оформлення рахунку. У випадку відсутності заповіту або заповідального розпорядження щодо права на вклад у банках на випадок смерті вкладника спадкування відбувається за законом.

Дія заповідального розпорядження може бути повністю або частково скасована заповітом, складеним після того, як було зроблене розпорядження банку, якщо в заповіті змінено особу, до якої має перейти право на кошти фізичної особи — власника рахунку, або якщо заповіт стосується всього майна спадкодавця.

Незалежно від того, чи здійснюється успадкування вкладу згідно із законом, заповітом або заповідальним розпорядженням, банк здійснює виплату вкладу (його частини) спадкоємцю власника рахунку на підставі

⁴⁷¹ З 5.11.2008р. розмір відшкодування коштів за вкладами, включаючи відсотки, за рахунок коштів Фонду гарантування вкладів фізичних осіб становить 150000 грн. (Див. п.8 розділу II Закону України «Про першочергові заходи щодо запобігання негативним наслідкам фінансової кризи та про внесення змін до деяких законодавчих актів України» від 31.10.2008р. // Офіц. вісн. України. – 2008. - №84. - Ст. 2809.; Рішення адміністративної ради Фонду гарантування вкладів фізичних осіб від 17.11.2010р. №2 «Про розмір відшкодування коштів за вкладами» // Офіц. вісн. України. – 2010. - № 95. - Ст. 3384.)

відповідного свідоцтва про право на спадщину⁴⁷² або дозволу нотаріуса на одержання спадкоємцем частини вкладу спадкодавця⁴⁷³, або за рішенням суду.

Питання для самоконтролю

1. Поняття та правова природа договору банківського вкладу.
2. Форма договору банківського вкладу.
3. Сторони договору банківського вкладу.
4. Види банківських вкладів. Їх характеристика.
5. Проценти на банківський вклад.
6. Договір банківського вкладу на користь третьої особи.
7. Виконання договору банківського вкладу.

ГЛАВА 56

ДОГОВІР БАНКІВСЬКОГО РАХУНКА

Загальні положення

Реалізація економічних відносин виробництва та обігу матеріальних благ, які існують у вигляді товару, а також здійснення банківської діяльності значною мірою є неможливим без використання коштів у безготівковій формі.

⁴⁷² Відповідно до п. 220 Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України, затв. наказом Міністерства юстиції України від 03.03.2004 р. № 20/5, свідоцтво про право на спадщину на грошовий вклад, щодо якого вкладник зробив розпорядження банку (фінансовій установі), а також на грошовий вклад, щодо якого відсутнє заповідальне розпорядження, після смерті вкладника видається нотаріусом спадкоємцям на загальних підставах, тобто після закінчення шести місяців з часу відкриття спадщини (ч. 1 ст. 1298 ЦК) // Офіц. вісн. України. – 2004. – № 10. – Ст. 639. (Офіц. вісн. України. – 2004. – № 15. – Уточнення).

⁴⁷³ До закінчення строку про прийняття спадщини нотаріус може видати спадкоємцеві дозвіл на одержання частини вкладу спадкодавця у банку (фінансовій установі) на покриття витрат з догляду за спадкодавцем під час його хвороби, а також на його поховання; на утримання осіб, які перебували на утриманні спадкодавця; витрат, пов'язаних з повідомленням спадкоємців про відкриття спадщини; інших витрат, викликаних обставинами, які мають істотне значення (п. 199 Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України).

Відповідно до ст. 3.1 Закону України «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні»⁴⁷⁴ кошти існують у готівковій — формі грошових знаків або у безготівковій формі — формі записів на рахунках у банках. Таким чином, будь-які зарахування, облік, переказ коштів є неможливими без існування банківського рахунка — спеціальної економічної конструкції, що набуває правового змісту при укладенні договору банківського рахунка. Банківськими рахунками відповідно до ст. 2 Закону України «Про банки та банківську діяльність»⁴⁷⁵ вважаються рахунки, на яких обліковуються власні кошти, вимоги, зобов'язання банку стосовно його клієнтів і контрагентів та які дають можливість здійснювати переказ коштів за допомогою банківських платіжних інструментів.

Відносини щодо банківського рахунка, як і банківська діяльність у цілому, значною мірою врегульовані Національним банком України як суб'єктом правотворчості, причому у своїй більшості нормами публічно-правового змісту. Банківське законодавство непоодинокі містить посилання на прямі заборони вчинення певних дій або їх нікчемність. Це викликається об'єктивними потребами та здійснюється на виконання покладених на цей особливий центральний орган державного управління функцій, основною серед яких є конституційна функція забезпечення стабільності грошової одиниці України⁴⁷⁶. Серед нормативних актів підзаконного характеру, які стосуються відносин банківського рахунка, слід виділити Інструкцію про порядок відкриття, використання і закриття рахунків у національній та іноземних валютах (у подальшому — Інструкція № 492)⁴⁷⁷, Положення про ведення касових операцій у національній валюті в Україні⁴⁷⁸, Положення про порядок видачі ліцензії на здійснення окремих банківських операцій небанківським установам⁴⁷⁹, Інструкцію про міжбанківський переказ коштів в Україні в національній валюті⁴⁸⁰ тощо.

Разом з тим встановлення Національним банком України правил проведення банківських операцій для банків та інших фінансових установ і здійснення банківського нагляду не усуває приватно-правової складової у відносинах між банками та їх клієнтами в розумінні ієрархії нормативно-правових актів (ст. 4 ЦК) і в розумінні співвідношення актів цивільного законодавства та договору (ст. 6 ЦК). З'ясування публічно- або приватно-правової сутності правовідносин має за таких умов принципове значення.

За договором банківського рахунка банк зобов'язується приймати і зараховувати на рахунок, відкритий клієнтові (володільцеві рахунка), грошові кошти, що йому надходять, виконувати розпорядження клієнта про перерахування і видачу відповідних сум з рахунка та проведення інших операцій за рахунком (ч. 1 ст. 1066 ЦК).

⁴⁷⁴ Закон України від 5 квітня 2001 р. // Відом. Верхов. Ради. – 2001. – № 29. – Ст. 137.

⁴⁷⁵ Закон України від 7 грудня 2000 р. // Відом. Верхов. Ради. – 2001. – № 5 – 6. – Ст. 30.

⁴⁷⁶ Див: Про Національний банк України [Текст] : Закон України від 20 травня 1999 р. // Відом. Верхов. Ради. – 1999. – № 29. – Ст. 238.

⁴⁷⁷ Затверджена постановою Правління НБУ від 12.11.2003 р. № 492 // Офіц. вісн. України. – 2003. – № 51. – Ч. 1. – Ст. 2707.

⁴⁷⁸ Затверджене постановою Правління НБУ від 15.12.2004 р. № 637 // Офіц. вісн. України. – 2005. – № 3. – Ст. 155.

⁴⁷⁹ Затверджене постановою Правління НБУ від 16.08.2001 р. № 344 // Офіц. вісн. України. – 2001. – № 36. – Ст. 1668.

⁴⁸⁰ Затверджена постановою Правління НБУ від 16.08.2006 р. № 320 // Офіц. вісн. України. – 2006. – № 36. – Ст. 2507.

ЦК виходить з того, що договір банківського рахунка є самостійним видом договору, відмінним від інших подібних до нього договорів, й існує у вигляді єдиного цілісного зобов'язання⁴⁸¹, хоча це питання протягом тривалого часу й залишається дискусійним⁴⁸². Існують думки, що цей договір є змішаним й включає елементи позики, доручення та комісії або що в ньому поєднуються позикова спрямованість та спрямованість на надання специфічних банківських послуг, чи про його сутність як попереднього договору щодо здійснення банком майбутніх розрахункових правочинів⁴⁸³ тощо.

Договір є *консенсуальним*. На відміну від договорів позики та банківського вкладу в договорі банківського рахунка права й обов'язки сторін виникають з моменту досягнення згоди з усіх його істотних умов незалежно від того, чи були внесені кошти у момент відкриття рахунка.

Договір є *відплатним*, що має місце як зі сторони клієнта, так і зі сторони банку. Зміст відплатності визначає ч. 4 ст. 1068 ЦК, згідно з якою клієнт зобов'язаний сплатити плату за виконання банком операцій за рахунком клієнта, якщо це встановлено договором, та ст. 1070 ЦК, згідно з якою за користування коштами, що знаходяться на рахунку клієнта, банк сплачує проценти. Зазначені проценти сплачуються банком у розмірі, який зазвичай сплачується банком за вкладом на вимогу зі спливом кожного кварталу, якщо інший розмір та строки їх сплати не встановлені договором.

Двосторонність договору визначається наявністю у *банка* або *іншої фінансової установи* кореспондуючих прав та обов'язків відносно *клієнта*, хоча це безпосередньо й не зазначено у легальному визначенні договору.

Згідно зі ст. 2 Закону «Про банки та банківську діяльність» банком є юридична особа, яка має виключне право на підставі ліцензії Національного банку здійснювати у сукупності такі операції: залучення у вклади грошових коштів фізичних і юридичних осіб та розміщення зазначених коштів від свого імені, на власних умовах та на власний ризик, відкриття і ведення банківських рахунків фізичних та юридичних осіб. Іншим фінансовим установам, відповідно до Положення про порядок видачі ліцензії на здійснення окремих банківських операцій небанківським установам, Національний банк видає ліцензію на відкриття та ведення поточних рахунків клієнтів, у тому числі переказ коштів з цих рахунків за допомогою платіжних інструментів та зарахування коштів на них через банківські установи. Видача ліцензії вимагає дотримання, зокрема, таких обов'язкових умов як включення до Державного реєстру фінансових установ та отримання окремої ліцензії на провадження діяльності з надання фінансових послуг відповідно до Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг»⁴⁸⁴.

Клієнтом (володільцем рахунка) може виступати як фізична, так і юридична особа.

Предметом договору банківського рахунка є надання банком володільцю рахунка певних банківських послуг, причому визначення змісту цих послуг є істотною умовою договору, а його *об'єктом* — безготівкові кошти, оскільки всі послуги банку полягають у банківських операціях з ними. Природа коштів у їх безготівковій формі визначається як зобов'язальні права клієнта у вигляді безстрокового, безумовного та

⁴⁸¹ Витрянский, В. Договор банковского счета // Хоз-во и право. – 2006. – № 2. – С. 3–8.

⁴⁸² Див: Романец Ю. В. Система договоров в гражданском праве России [Текст] / Ю.В. Романец. – М.: Юристъ, 2001. – С. 465–472.

⁴⁸³ Безклубий І. А. Правова природа договору банківського рахунка [Текст] / І.А.Безклубий // Вісн. госп. судочинства. – 2005. – № 5. – С. 133.

⁴⁸⁴ Закон України від 12 липня 2001 р. // Відом. Верхов. Ради. – 2002. – № 1. – Ст. 1.

абстрактного права вимоги виплати коштів. Отже, володілець рахунка у розумінні ст. 316 ЦК не є власником коштів.

Слід звернути увагу, що Закон «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні» використовує правильний україномовний термін «кошти» на відміну від гл. 72 ЦК, де йдеться про «грошові кошти»⁴⁸⁵.

Інструкція № 492 визначає, що договір банківського рахунка укладається в *письмовій формі* шляхом подання клієнтом заяви встановленої форми.

Законодавство передбачає існування декількох видів рахунків залежно від правового режиму використання коштів на них і не встановлює, за окремими винятками, обмежень клієнтів у виборі банку або кількості рахунків. Так, у ст. 6 Закону «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні» зазначається, що резиденти та нерезиденти України мають право відкривати рахунки в будь-яких банках України відповідно до власного вибору для забезпечення своєї господарської діяльності і власних потреб. Цей же Закон, а також Інструкція № 492 встановлюють такі види рахунків, як *вкладний (депозитний)* — відкривається банком клієнту на договірній основі для зберігання коштів, що передаються клієнтом банку в управління на встановлений строк та під визначений процент (дохід) відповідно до умов договору; *поточний* — відкривається банком клієнту на договірній основі для зберігання коштів і здійснення розрахунково-касових операцій за допомогою платіжних інструментів відповідно до умов договору та вимог законодавства України; *кореспондентський* — відкривається одним банком іншому банку для здійснення міжбанківських переказів.

При цьому відкриття та функціонування вкладних (депозитних) рахунків регулюється правилами договору банківського вкладу (§ 3 гл. 71 ЦК), а кореспондентських рахунків — договором про кореспондентський рахунок у Національному банку України (гл. 72 ЦК, Інструкція про міжбанківський переказ коштів в Україні в національній валюті).

Інструкція № 492 встановлює, що до поточних рахунків також належать:

- рахунки за спеціальними режимами їх використання, що відкриваються у випадках, передбачених законами України або актами Кабінету Міністрів України;
- поточні рахунки в національній валюті офіційним представництвам і представництвам юридичних осіб-нерезидентів, які не займаються підприємницькою діяльністю на території України;
- поточні рахунки, що відкриваються в національній валюті постійним представництвам;
- карткові рахунки, що відкриваються для обліку операцій за платіжними картками;
- поточні (накопичувальні) рахунки виборчих фондів;
- інвестиційні рахунки, що відкриваються нерезидентам-інвесторам для здійснення інвестиційної діяльності.

Законодавство передбачає також необхідність дотримання певної процедури при відкритті та функціонуванні рахунків. Зокрема, банкам забороняється відкривати та вести анонімні (номерні) рахунки. Рахунок клієнту відкривається лише після його ідентифікації; відкриття та функціонування рахунків передбачає подання відповідних документів, наприклад, статуту, свідоцтва про державну реєстрацію, документа, що підтверджує взяття юридичної особи на облік в органі державної податкової служби чи органі Пенсійного фонду України, або обов'язкове повідомлення податкових органів про відкриття рахунку, що має місце стосовно підприємців тощо. Встановлюються також особливості використання коштів залежно від виду рахунка, статусу суб'єкта, цільового призначення коштів.

⁴⁸⁵ Калашник, Ю. І. Стилiстичнi зауваження. Вапнярчук, В. В. Зразки кримiнально-процесуальних документiв: досудове провадження / за наук. ред. Ю. М. Грошевого. – Вид. 4-ге, доп. i перероб. – Х. : Вид. ФО-П Вапнярчук Н. М., 2009. – С. 19.

Законодавство не називає договір банківського рахунка публічним. Хоча ч. 2 ст. 1067 ЦК і передбачає обов'язок банку укласти цей договір за умови звернення клієнта з пропозицією на оголошених банком умовах, що відповідають закону та банківським правилам, а також містить заборону відмови у відкритті рахунка й право на захист у разі необґрунтованого ухилення банку, ці ознаки не скасовують положення ч. 1 цієї ж статті, згідно з якою договір банківського рахунка укладається на умовах, погоджених сторонами. Інакше кажучи, такий договір залишається взаємоузгодженим, а отже, на нього не можуть поширюватися правила ст. 633 ЦК. Хоча існують і точки зору, що за участю клієнта фізичної особи-споживача цей договір допустимо вважати публічним⁴⁸⁶.

Банк може відмовити клієнту в укладенні договору чи здійсненні фінансової операції, зокрема у випадках, передбачених Законом України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансуванню тероризму»⁴⁸⁷.

До основних обов'язків банку відносять належне виконання операцій по рахунку, передбачених законом, банківськими правилами та звичаями ділового обороту. Це прийняття, зарахування, видача, перерахування коштів, що надійшли на рахунок клієнта, а також кредитування рахунка клієнта, незважаючи на відсутність на ньому коштів, якщо це передбачено договором банківського рахунка (статті 1068, 1069 ЦК). Правовідносини кредитування рахунка позначаються в банківській практиці як *овердрафт* або *конткорент*, на них поширюються положення про позику та кредит. Вони мають місце при додатковій домовленості сторін, оскільки за загальним правилом банк не повинен виконувати доручення клієнта при відсутності коштів на рахунку.

Банк зобов'язаний здійснити банківську операцію у встановлені строки. Зокрема, відповідно до ст. 8 Закону «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні» банк зобов'язаний виконати доручення клієнта, що міститься в розрахунковому документі, який надійшов протягом операційного часу банку, в день його надходження, а у разі його надходження після закінчення операційного часу — не пізніше наступного робочого дня, якщо інші строки не передбачені у договорах. Банк виконує доручення клієнта, яке міститься в документі на переказ готівки, протягом операційного часу в день надходження цього документа до банку, якщо інші строки не передбачені у договорах. На випадок порушення зазначених строків, за загальним правилом ст. 32 вказаного Закону, банк зобов'язаний сплатити платнику пеню у розмірі 0,1 відсотка суми простроченого платежу за кожний день прострочення, однак не більше 10 відсотків суми переказу, та відшкодувати понесені збитки.

Крім того, при несвоєчасному зарахуванні на рахунок коштів, що надійшли клієнтові, їх безпідставного списання або порушення банком розпорядження клієнта про перерахування коштів з його рахунка банк повинен негайно після виявлення порушення зарахувати відповідну суму на рахунок клієнта або належного отримувача, сплатити проценти та відшкодувати завдані збитки (ст. 1073 ЦК).

Обов'язок гарантування банківської таємниці покладено на банк ст. 1076 ЦК та гл. 10 Закону «Про банки та банківську діяльність», згідно з якими банківською таємницею є інформація щодо діяльності та фінансового стану клієнта, яка стала відомою банку у процесі обслуговування клієнта та взаємовідносин з ним чи третіми особами при наданні послуг банку, і розголошення якої може завдати матеріальної чи моральної шкоди клієнту. При цьому банк зобов'язаний гарантувати таємницю банківського рахунка, операцій за рахунком і відомостей про клієнта. Закон містить невичерпний перелік відомостей, які є банківською

⁴⁸⁶ Безклубий, І. А. Про публічність договору банківського рахунка [Текст] / І. А. Безклубий // Бюл. М-ва юстиції України. – 2005. – № 3 (41). – С. 29–32.

⁴⁸⁷ Закон України від 28 листоп. 2002 р. // Відом. Верхов. Ради. – 2003. – № 1. – Ст. 2.

таємницею, зокрема, це відомості про банківські рахунки клієнтів, операції, які були проведені на користь чи за дорученням клієнта, здійснені ним угоди, фінансово-економічний стан клієнтів, інформація про організаційно-правову структуру юридичної особи — клієнта, її керівників, напрями діяльності тощо.

Банкам забороняється також надавати інформацію про клієнтів іншого банку, навіть якщо їх імена зазначені у документах, угодах та операціях клієнта, за винятком надання іншим банкам загальної інформації, в обсягах, необхідних при наданні кредитів, банківських гарантій. Частково це питання врегульовано також у Законі України «Про організацію формування та обігу кредитних історій»⁴⁸⁸, відповідно до ст. 3 якого функціонують бюро кредитних історій — юридичні особи, виключною діяльністю яких є збір, зберігання, використання сукупності інформації про юридичну або фізичну особу, що її ідентифікує, відомостей про виконання нею зобов'язань за кредитними правочинами, іншої відкритої інформації відповідно до Закону, яка становить кредитну історію.

Інформація щодо банківської таємниці розкривається банками за запитом встановлених осіб або органів та у випадках, вичерпним чином перелічених у ст. 62 Закону, на письмову вимогу суду або за рішенням суду, органам прокуратури України, Служби безпеки України, Міністерства внутрішніх справ України, Антимонопольного комітету України, органам Державної податкової служби України, органам державної виконавчої служби. При цьому, як правило, інформація має бути запитана стосовно операцій за рахунками конкретної юридичної або фізичної особи — суб'єкта підприємницької діяльності за конкретний проміжок часу з викладенням вимоги на бланку державного органу встановленої форми за підписом керівника державного органу (його заступника), скріпленому гербовою печаткою, та містити передбачені Законом підстави для отримання цієї інформації.

У разі розголошення банком відомостей, що становлять банківську таємницю, клієнт має право вимагати від банку відшкодування завданих збитків та моральної шкоди.

Правила зберігання, захисту, використання та розкриття банківської таємниці регулюються також постановою Правління Національного банку України від 14 липня 2006 р. № 267⁴⁸⁹.

До обов'язків клієнта входить дотримання банківських правил при здійсненні операцій по рахунку, в тому числі правильне складання розрахункових документів та оплата банку витрат на здійснення операцій. Оскільки ж банк має право використовувати кошти на рахунку клієнта, гарантуючи його право безперешкодно розпоряджатися ними, не виключеною є ситуація, коли в договорі банківського рахунка сторони не визначатимуть плату за надання послуг банком, погодившись, що витрати банку погашаються отриманим доходом від використання коштів клієнта. Правилком також може бути здійснення взаємозаліку між банком та клієнтом або шляхом договірною списання коштів з рахунку клієнта.

Обмеження прав клієнта на розпорядження коштами, що знаходяться на його рахунку, не допускається, крім випадків обмеження права розпорядження рахунком за рішенням суду у випадках, установлених законом (ст. 1074 ЦК).

Законодавство містить правило, згідно з яким банк не має права визначати та контролювати напрями використання коштів клієнта та встановлювати інші, не передбачені договором або законом, обмеження його права розпоряджатися ними на власний розсуд. Банк може списати кошти з рахунку клієнта на підставі його розпорядження, крім наявності рішення суду, а також при договірному списанні за згодою сторін.

⁴⁸⁸ Закон України від 23 черв. 2005 р. // Відом. Верхов. Ради. – 2005. – № 32. – Ст. 421.

⁴⁸⁹ Затв. постановою Правління НБУ від 14.07.2006 р. № 267 // Офіц. вісн. України. – 2006. – №32. – Ст. 2330.

Незалежно від підстав списання коштів з рахунка клієнта банк виконує розрахункові документи відповідно до черговості їх надходження (календарна черговість) та виключно в межах залишку наявних коштів клієнта. Виключення з останнього правила може мати місце при кредитуванні рахунка клієнта.

У разі одночасного надходження до банку кількох розрахункових документів встановлюється інша черговість залежно від законодавчих пріоритетів, яка складається з шести черг, перерахованих у ст. 1071 ЦК.

Законодавство передбачає спрощений для клієнта порядок розірвання договору банківського рахунка, згідно з яким він розривається за заявою клієнта у будь-який час. Ініціювання розірвання цього договору банком пов'язується, за загальним правилом, з наявністю на рахунку клієнта суми меншої від мінімального розміру, передбаченого банківськими правилами або договором, та її невідновлення протягом місяця від дня попередження банком про це, у разі відсутності операцій за цим рахунком протягом року, в інших випадках, встановлених договором або законом. При цьому залишок коштів на рахунку видається клієнтові або за його вказівкою перераховується на інший рахунок.

Відсутність операцій за рахунком клієнта протягом трьох років підряд при відсутності залишку коштів надає право банку відмовитися від зазначеного договору та закрити рахунок клієнта.

Питання для самоконтролю

1. Поняття та правова характеристика договору банківського рахунка.
2. Назвіть види та цільове призначення банківських рахунків.
3. Назвіть основні права та обов'язки сторін за договором банківського рахунка.
4. Визначте зміст обов'язку щодо гарантування банківської таємниці.
5. Черговість виконання банком розрахункових документів клієнта.
6. Припинення договору банківського рахунка.

ДОГОВІР ФАКТОРИНГУ

§ 1. Поняття та загальна характеристика договору факторингу

Розвиток ринкових відносин передбачає значне прискорення товарного та грошового обігу. З метою збільшення обсягу реалізації товарів (робіт, послуг) суб'єкти підприємництва вимушені надавати своїм покупцям (замовникам) пільгові умови виконання укладених договорів, зокрема придбання товарів (робіт, послуг) на умовах товарного кредиту, який передбачає відстрочення кінцевого платежу за вже одержаний товар (роботи, послуги). Застосовуючи такий порядок розрахунків, продавці стикаються з цілою низкою проблем, як-то: обмеження обігових коштів для власного розвитку, необхідність постійного контролю за здійсненням боржниками платежів за укладеними договорами, а також ймовірністю неодержання, несвоєчасного одержання або одержання не в повному обсязі оплати від дебіторів, що значно підвищує комерційні ризики продавців та вимагає додаткових витрат. Одним із ефективним інструментів, спрямованих на подолання вказаної проблеми, є договір факторингу⁴⁹⁰.

Договір факторингу є новим для національного законодавства. Перша згадка про можливість здійснення факторингових операцій у законодавстві України міститься у Законі України «Про банки та банківську діяльність» від 20.03.1991р., в ст. 3 якого встановлено, що банки можуть виконувати банківські операції з придбання права вимоги з поставки товарів і надання послуг, прийняття ризику виконання таких вимог та інкасацію цих вимог (факторинг)⁴⁹¹. Проте світова практика надання факторингових послуг має багаторічну історію.

Серед спеціалістів немає єдиного підходу щодо питання виникнення факторингу. Одні автори вважають, що окремі елементи факторингових операцій виникли ще у XIII–XIV ст., проте широкого розвитку факторинг набув лише до початку XX ст., що було викликано «посиленням інфляційних процесів, які вимагали прискорення реалізації продукції і переведення капіталу із товарної форми в грошову. Саме ці причини призвели до витіснення факторингом комерційного кредиту у вексельній формі»⁴⁹². Інші стверджують, що джерелом сучасних факторингових операцій служить практика, яка склалась в першій половині XIX ст., з надання торговельними компаніями, що займались збутом товарів, їх виробникам (постачальникам) різноманітних комерційно-фінансових послуг⁴⁹³. Треті вважають, що дослідження історії виникнення даної діяльності доцільно проводити з XVIII ст., оскільки саме в цей час мав місце активний розвиток бізнесу факторів, що визначило появу сучасного факторингу⁴⁹⁴. Відносини, як підкреслює О.С.Комаров, що виникли

⁴⁹⁰ Факторинг (англ. factoring від. factor – агент, представник; лат. factor – творець, створювач) – придбання агентом рахунку боржника. // Великий енциклопедичний юридичний словник / За редакцією акад. НАН України Ю. С. Шемшученка. – К. : ТОВ «Видавництво «Юридична думка»», 2007. – С. 934.

⁴⁹¹ Відом. Верхов. Ради УРСР. – 1991. – №25. – Ст. 281.

⁴⁹² Новоселова Л. А. Сделки уступки права (требования) в коммерческой практике. – М. : Факторинг, 2004. – С. 332–333.

⁴⁹³ Комаров О. С. Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть вторая: Текст, комментарии, алфавитно-предметный указатель / Под ред. О.М. Козырь, А.Л. Маковского, С. А. Хохлова. – М.,1996. – С. 436.

⁴⁹⁴ Шевченко Е. Е. Договор финансирования под уступку денежного требования в системе гражданского права Российской Федерации. – М. – 2005. – С. 8.

як виключно торговельна діяльність, переродилися у фінансову операцію з надання та гарантування кредиту і стали складовою частиною діяльності комерційних банків⁴⁹⁵. В Європі факторинг одержав розвиток, починаючи з 50-х років ХХ ст. Саме в цей час підприємства почали активно застосовувати відстрочення платежу за поставками товарів своїм покупцям. У цей же час почав розвиватись і міжнародний факторинг⁴⁹⁶.

Вперше на теренах колишнього Радянського Союзу спроби застосування факторингу були здійснені ще наприкінці 80-х років минулого століття. Листом від 12.12.1989 р. № 252 «Про порядок здійснення операцій з відступлення постачальниками банку права одержання платежу за платіжними вимогами за поставлені товари, виконані роботи та надані послуги» Держбанк СРСР дозволяв банкам здійснювати на договірних засадах торговельно-комісійні (факторингові) операції. Проте це стосувалось лише випадків відступлення вже прострочених вимог. Зміст факторингових операцій на той час був ще досить віддалений від міжнародної практики⁴⁹⁷. Факторингове обслуговування носило характер разових правочинів⁴⁹⁸. І лише з набранням чинності

ЦК (1.01.2004 р.) договірні факторингові відносини набули повноцінного законодавчого закріплення.

В основі факторингової операції лежить відступлення грошової вимоги, яка була відома ще римським юристам як загальноцивільна цесія. Проте факторинг не можна розглядати як різновид останньої, бо в сучасному вигляді він, зокрема, крім заміни кредитора у зобов'язанні, включає можливість надання клієнту (первісному кредитору) цілого спектру послуг, у тому числі і фінансових.

Правова сутність факторингу полягає в одержанні клієнтом від фінансової установи — фактора грошових коштів в обмін на відступлення останньому належного йому права грошової вимоги до третьої особи (боржника) за укладеним між клієнтом та боржником договором. Іншими словами, клієнт (кредитор), якому належить грошова вимога до свого контрагента, не чекаючи оплати за проданий товар (роботу, послугу), відступає свою вимогу банку або іншій фінансовій установі, одержуючи при цьому відразу грошові кошти.

⁴⁹⁵ Комаров О. С. Вказана праця. – С.436-437.

⁴⁹⁶ В 1960 році була створена перша факторингова асоціація – International Factors Group (IFG), яка на сьогоднішній день об'єднує більш як 60 компаній з 41 країни світу.

⁴⁹⁷ Крім факторингу, в міжнародній практиці виділяють також форфейтинг (англ. forfeiting від forfeit – штраф, розплата, втрата права), який за своєю суттю досить близький до факторингу (див., наприклад, Шмиттгофф К. Экспорт: право и практика международной торговли. – М. : Юрид. лит., – 1993. – С. 231–237.) Форфейтинг є формою кредитування зовнішньоекономічних операцій у формі купівлі в експортера векселів, акцептованих імпортером. Він є однією з банківських операцій і угод у банківській справі, різновидом кредиту і посередницької комерційної діяльності. Правовий зміст форфейтингу полягає у тому, що комерційний банк перекупує у продавця (постачальника) – експортера вимоги до покупця – імпортера на суму товару чи наданої послуги і сплачує експортеру вартість поставлених товарів (послуг) за певний процент до моменту її проплати імпортером. На відміну від звичайного обліку векселів комерційними банками, форфейтинг передбачає перехід усіх ризиків за борговим зобов'язанням до його покупця – форфейтера (облік «без обороту»). Тому останній вимагає надання гарантій банку країни-імпортера. Форфейтинг зазвичай має середньостроковий характер – до 7 років. Облікова ставка у форфейтингових операціях зумовлена витратами форфейтера, пов'язаними із залученням (позикою) коштів, страхуванням і валютними ризиками. Перевагою форфейтинга є тверда ставка кредитування і відносно проста юридична процедура оформлення переуступки векселів. Вартість форфейтинга, яка зрештою включається в ціну товару, зазвичай є вищою за інші форми кредиту (Великий енциклопедичний юридичний словник. / За редакцією акад. НАН України Ю. С. Шемшученка. – К. : ТОВ «Видавництво «Юридична думка», 2007. – С. 948.).

⁴⁹⁸ Так, напр., п. 8 Методичних рекомендацій по наданню комерційними банками факторингових послуг підприємствам та організаціям, викладеним у листі Національного банку України від 4.05.1992 р. №12001/200 (Українська інвестиційна газета. – 2006. – 10. – № 40) встановлено, що факторингові послуги можуть надаватись на викуп дебіторської заборгованості, під розрахункові документи за відвантаженою продукцією та надані послуги.

Таким чином, факторинг, як зазначає Д. А. Медведев, — це спосіб кредитування однієї особи іншою з умовою платежу у формі правонаступництва («купівлі» або передачі прав вимоги до третьої особи)⁴⁹⁹.

«Економічний інтерес сторони, що відступає вимогу, — стверджує Л.О.Новосолова, — як правило, полягає в негайному одержанні грошей, зменшенні витрат на обслуговування дебіторської заборгованості і частковому або повному звільненні від ризику неплатоспроможності боржника. Сторона, що фінансує (фактор) одержує винагороду за надані послуги і в низці випадків одержує додатковий дохід у вигляді різниці між виплаченими кредитором і одержаними від боржника сумами»⁵⁰⁰.

Зазвичай, фактор виплачує клієнту суму, меншу за розмір одержаної вимоги, враховуючи при цьому як ступінь ризику невиконання боржником свого зобов'язання за відступленою вимогою, так і розмір своєї винагороди. Однак, враховуючи ризики недержання (несвоєчасного або в неповному обсязі одержання) платежу від боржника, клієнт може одержати значну вигоду від такої угоди з фактором. Так, одержавши від фактора грошові кошти, клієнт має можливість негайно спрямувати їх на подальший розвиток своєї підприємницької діяльності, підтверджуючи правило, що «гроші сьогодні завжди коштують дорожче, ніж гроші завтра». Крім одержаних грошових коштів, важливим для клієнта може бути також і те, що, відповідно до умов договору факторингу, фактор буде зобов'язаний надавати клієнтові послуги, пов'язані з грошовою вимогою, право якої він відступає. Як правило, надання фактором клієнту фінансових послуг, пов'язаних із грошовими вимогами клієнта та його дебіторською заборгованістю, має місце при систематичній довготривалій співпраці між фактором і клієнтом, коли фактор викупує у клієнта всі або значний обсяг грошових вимог.

Враховуючи досить широку сферу та особливості застосування факторингу, можна виділити, зокрема, його наступні види: внутрішній і зовнішній; відкритий або закритий (конфіденційний); з правом регресу або без нього; повний та факультативний; з повним сервісом або агентський⁵⁰¹.

При внутрішньому факторингу всі його учасники (фактор, клієнт та боржник) здійснюють свою діяльність на території однієї держави. Якщо хоча б один із учасників факторингових відносин здійснює свою діяльність на території іншої держави, то має місце міжнародний (зовнішній) факторинг⁵⁰².

При відкритому факторингу передбачається обов'язок сторін договору (фактора або клієнта) повідомити боржника про відступлення фактору права вимоги до нього. При цьому у боржника виникає обов'язок з оплати фактору заборгованості за одержану від продавця (клієнта) продукцію (виконану роботу, надану послугу). При закритому (конфіденційному) факторингу боржнику не повідомляється про відступлення права вимоги до нього і він зобов'язаний здійснити виконання (платіж) безпосередньо кредитором, який у свою чергу зобов'язаний передати одержану від боржника заборгованість фактору.

Факторинг з правом регресу має місце тоді, коли фактор управі одержати від клієнта грошові кошти, які з певних причин (за винятком недійсності відступленої клієнтом вимоги до боржника) не можуть бути

⁴⁹⁹ Гражданское право: учеб.: в 3 т. Т. 2. – 4-е изд., перераб. и доп. / Е. Ю. Валявина, И. В. Елисеев [и др.]; отв. ред. А. П. Сергеев, Ю. К. Толстой. – М. : ТК Велби, Изд-во «Проспект», 2005. – С. 508.

⁵⁰⁰ Новосолова Л. О. Вказана праця. – С. 331–332.

⁵⁰¹ Цей перелік не вичерпує класифікаційний поділ факторингових відносин. У літературі також наводяться й інші види факторингу (див., напр., Шевченко Є. Є. Вказана праця. – С. 25–26.).

⁵⁰² Відносини, пов'язані з укладенням та виконанням міжнародних договорів факторингу, включаючи відступлення грошових вимог, які впливають з договору купівлі-продажу товарів між постачальником та боржником, що здійснюють господарську діяльність на території різних держав регулюються Конвенцією УНІДРУА «Про міжнародний факторинг», вчиненої 28.05.1988 р. в м. Оттаві (дата приєднання України – 11.01.2006 р.; дата набрання чинності для України – 01.07.2007 р.) // Офіційний вісник України. – 2007. – № 84. – Ст. 3127; див. також Конвенцію ООН «Про уступку дебіторської заборгованості в міжнародній торгівлі», прийняту у м. Нью-Йорку 12.12.2001р.

одержані від боржника (напр., у разі неплатоспроможності останнього). При факторингу без права регресу (безоборотному факторингу) клієнт несе відповідальність перед фактором лише за недійсність відступленого ним права вимоги. У всіх інших випадках невиконання боржником свого зобов'язання з оплати заборгованості всі негативні наслідки несе фактор.

В залежності від обсягу дебіторської заборгованості, яка відступається фактору, факторинг поділяють на повний, коли клієнт відступає фактору всю заборгованість щодо всіх або певних боржників, та факультативний, коли клієнт відступає лише частину дебіторської заборгованості за вибором фактора.

Факторинг з повним сервісом передбачає укладення між його сторонами договору рамкового типу, за яким клієнт під фінансування, що йому надається фактором, зобов'язується відступати свої вимоги по мірі їх виникнення у спрощеному порядку, а фактор надає клієнту послуги з бухгалтерського обліку та опрацювання його рахунків. Агентський факторинг полягає в тому, що фактор не здійснює будь-якого контролю за дебіторською заборгованістю клієнта, який сам одержує платежі від боржника на користь фактора⁵⁰³.

За договором факторингу (фінансування під відступлення права грошової вимоги) одна сторона (фактор) передає або зобов'язується передати грошові кошти в розпорядження другої сторони (клієнта) за плату (у будь-який передбачений договором спосіб), а клієнт відступає або зобов'язується відступити факторові своє право грошової вимоги до третьої особи (боржника) (ч. 1 ст. 1077 ЦК).

З наведеного визначення випливає, що договір факторингу, в залежності від вибраного сторонами варіанту поведінки, може носити як консенсуальний, так і реальний характер. За **консенсуальної** (ч. 1 ст. 640 ЦК) моделі договору, фактор зобов'язується надати клієнту грошові кошти, а останній приймає на себе обов'язок відступити факторові своє право грошової вимоги до третьої особи (боржника). В даному випадку договір факторингу є **двостороннім** (ч. 3 ст. 626 ЦК). Коли сторони пов'язують укладення договору факторингу (набрання ним чинності) або з фактичною передачею фактором грошових коштів клієнту, або з фактичним відступленням останнім свого права грошової вимоги до боржника, договір факторингу є **реальним** (ч. 2 ст. 640 ЦК). При цьому такий договір слід вважати **одностороннім** (ч. 2 ст. 626 ЦК)⁵⁰⁴, оскільки обов'язок виникає лише в однієї сторони: або у клієнта, який одержав від фактора грошові кошти, або у фактора, якому клієнт відступив належне йому право грошової вимоги, а інша сторона лише вправі вимагати виконання зобов'язання від свого контрагента. В той же час і реальний договір факторингу, який набирає чинності з моменту фактичної передачі фактором грошових коштів клієнту, може бути двостороннім. Так, відповідно до ч. 2

ст. 1077 ЦК договором факторингу може бути передбачено зобов'язання фактора надавати клієнтові послуги, пов'язані із грошовою вимогою, право якої він відступає. В даному випадку правами та обов'язками наділені обидві його сторони.

Договір факторингу є **оплатним**. За надання послуги, що полягає у здійсненні фінансування (передачі грошових коштів в розпорядження другої сторони) клієнта, фактор одержує плату (винагороду).

⁵⁰³ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Книга пятая. В 2 т. Том 1: Договоры о займе, банковском кредите и факторинге. Договоры, направленные на создание коллективных образований. – М. : Статут. – 2006. – С. 528 – 529.

⁵⁰⁴ Слід погодитись з Л. Г. Єфімовою, яка стверджує, що «реальний договір є односторонньо зобов'язуючим, а консенсуальний – взаємним» // Єфімова Л. Г. Банковские сделки: право и практика. – М. : Издательство «НИМП». – 2001. – С. 564.

Договір факторингу визначається чинним законодавством як самостійний цивільно-правовий договір⁵⁰⁵ з надання фінансових послуг⁵⁰⁶.

§ 2. Елементи та умови договору факторингу

Сторонами у договорі факторингу є фактор і клієнт (ч.1 ст. 1079 ЦК). Законодавець чітко визначає його суб'єктний склад. Так, у якості **фактора** можуть виступати дві категорії суб'єктів: **а.** банки⁵⁰⁷ (економічні, організаційні і правові засади створення, діяльності, реорганізації і ліквідації яких визначається Законом України «Про банки і банківську діяльність»⁵⁰⁸ від 07.12.2000 р.); **б.** фінансові установи⁵⁰⁹ (що діють відповідно до Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» з урахуванням норм законів України, які встановлюють особливості їх діяльності). Юридична особа, що має намір надавати послуги з факторингу, повинна набути статусу фінансової установи, якою згідно зі ст. 1 вказаного Закону є юридична особа, яка відповідно до закону надає одну чи декілька фінансових послуг, а також інші послуги (операції), пов'язані з наданням фінансових послуг, у випадках, прямо визначених законом, та внесена до відповідного реєстру в установленому законом порядку⁵¹⁰. П.1 ч.1 ст.1 наведеного Закону встановлюється, що виключним видом діяльності фінансових установ є надання фінансових послуг, а у випадках, прямо визначених законом, — інших послуг (операцій), пов'язаних з наданням фінансових послуг.

⁵⁰⁵ В юридичній літературі висловлюються різні точки зору з приводу його юридичної природи. Договір факторингу в одних випадках позиціонують як один із різновидів договору з надання послуг (враховуючи, що він зароджувався як посередницька, комісійна діяльність), в інших – як різновид договору купівлі-продажу, за яким здійснюється купівля-продаж майнового права. У зв'язку з цим заслуговує на увагу позиція, за якою договір факторингу може існувати як у формі купівлі-продажу (факторинг-купівля-продаж), так і у формі договору з надання послуг (факторинг-комісія) (Красько І. Є. Договір факторинга // Предпринимательство, хозяйство и право. – 1996. – № 6. – С. 3-4.). Деякі автори вважають договір факторингу змішаним, який містить елементи різних договорів (ч. 2 ст. 628 ЦК). Так. Є. О. Суханов вважає, що підставою, яка дозволяє розглядати договір факторингу як змішаний, є те, що поряд з відступленням вимоги та кредитуванням тут виникають зобов'язання з фінансового обслуговування фактором свого клієнта (Гражданское право: В 2 т. Том II. Полутом 2: Учебник / Отв. ред. проф. Е. А. Суханов. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Волтерс Клувер. – 2005. – С. 232.). Н. Агафонова, розглядаючи договір факторингу як змішаний, який містить елементи кредиту та цесії, зазначає, що кредитом у договорі факторингу є кошти, які надаються однією стороною за відчуження на її користь грошової вимоги, а остання при цьому визнається всього лише специфічним засобом повернення наданого кредиту (Агафонова Н. Финансирование под уступку денежного требования // Хозяйство и право. – 2000. – № 6. – С. 112.).

⁵⁰⁶ П. 11 ч. 1. ст. 4 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» від 12.07.2001 р. // Офіц. вісн. України. – 2001. – № 32. – Ст. 1457.

⁵⁰⁷ Банк, відповідно до ст. 2 Закону України «Про банки і банківську діяльність» – це юридична особа, яка має виключне право на підставі ліцензії Національного банку України здійснювати у сукупності такі операції: залучення у вклади грошових коштів фізичних і юридичних осіб та розміщення зазначених коштів від свого імені, на власних умовах та на власний ризик, відкриття і ведення банківських рахунків фізичних та юридичних осіб.

⁵⁰⁸ Офіц. вісн. України. – 2001. – № 1–2 (ч. 1). – Ст. 1.

⁵⁰⁹ Слід також зазначити, що термін «фінансова установа» не в повній мірі відповідає класифікації юридичних осіб, передбаченій ЦК.

⁵¹⁰ Порядок та вимоги щодо внесення інформації про фінансові компанії до Держреєстру фінансових установ встановлюються Законом України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг», Положенням про Державний реєстр фінансових установ, затв. розпорядженням Державної комісії з регулювання ринків фінансових послуг України від 28.08.2003 р. № 41 (в редакції розпорядження Державної комісії з регулювання ринків фінансових послуг України від 16.01.2007 р. № 6640) // Офіц. вісн. України. – 2007. – № 9. – Ст. 336 (Офіц. вісн. України. – 2007. – № 19. – уточнення) та Положенням про внесення інформації щодо фінансових компаній до Державного реєстру фінансових установ та встановлення вимог до облікової та реєструючої системи фінансових компаній, затв. розпорядженням Державної комісії з регулювання ринків фінансових послуг України від 5.12.2003 р. № 152 // Офіц. вісн. України. – 2004. – № 1. – Ст. 17 (Офіц. вісн. України. – 2004. – № 9. – уточнення).

Клієнтом у договорі факторингу може бути фізична або юридична особа, яка є суб'єктом підприємницької діяльності⁵¹¹ (ч. 2 ст. 1079 ЦК) і яка відступає або зобов'язується відступити факторові своє право грошової вимоги до свого боржника. Факторингова діяльність носить характер підприємницької, а тому, як слідує з положень ст.1079 ЦК, сторонами договору факторингу можуть бути лише суб'єкти підприємницької діяльності.

В результаті відступлення клієнтом права грошової вимоги факторові зобов'язаною особою перед фактором стає боржник, який був контрагентом клієнта з продажу товарів (виконання робіт, надання послуг). Боржник не є стороною договору факторингу, проте порядок виконання ним грошової вимоги, відступленої клієнтом факторові

(ст. 1082 ЦК), права його щодо пред'явлення до заліку своїх грошових вимог (ч. 1 ст. 1085 ЦК), а також положення, спрямовані на захист прав боржника (ст. 1086 ЦК), врегульовані нормами гл. 73 ЦК. Закон не пред'являє до боржника додаткових вимог щодо його правового статусу. А тому боржником може бути будь-яка особа (не обов'язково підприємець).

Відносини між учасниками факторингових відносин можна розділити на два види — внутрішні (між фактором та клієнтом) та зовнішні (між фактором та боржником). Внутрішні відносини регулюються договором факторингу, а зовнішні — договором, укладеним між клієнтом та боржником, право вимоги за яким на підставі договору факторингу відступлено фактору⁵¹², а також відповідними нормами чинного законодавства.

Предметом договору факторингу може бути право грошової вимоги як однієї, так і декількох. Зі змісту ст. 1077 ЦК випливає, що підстава виникнення такого права грошової вимоги клієнта до боржника може бути різною: як та, що ґрунтується на договірному зобов'язанні, так і на недоговірному. Проте, враховуючи сферу застосування факторингу, право вимоги клієнта до боржника, як правило, виникає з укладеного між клієнтом і боржником договору щодо передачі товару, виконання роботи або надання послуги. Якщо вимога носить не грошовий характер (наприклад, передання речі, виконання роботи тощо), то у разі її відступлення договір факторингу не укладається і сторони повинні керуватись загальними положеннями про заміну кредитора (цесію).

В залежності від того, виникло зобов'язання щодо проведення платежу боржником на користь кредитора на момент укладення договору факторингу чи ні, розрізняють *наявну вимогу*, тобто вимогу, строк платежу за якою настав, та *майбутню вимогу*, право на яку виникне в майбутньому. Майбутня вимога може ґрунтуватись як на уже укладеному договорі, строк платежу за яким ще не наступив (продаж на умовах відстрочення платежу), так і на договорі, який ще повинен бути укладений у майбутньому. Наявна вимога є більш вигідною для фактора, ніж майбутня. Незважаючи на набрання чинності договором факторингу, майбутня вимога вважається переданою фактору з дня виникнення права вимоги до боржника. Якщо передання права грошової вимоги обумовлене певною подією, воно вважається переданим з моменту настання цієї події. У цих випадках додаткове оформлення відступлення права грошової вимоги не вимагається (ч. 2 ст. 1078 ЦК).

Предметом договору факторингу також може бути надання клієнтові додаткових послуг, які пов'язані із переданим правом грошової вимоги (ведення бухгалтерських рахунків клієнта, інкасація цих вимог тощо) (ч. 2 ст. 1077 ЦК).

⁵¹¹ Державна реєстрація юридичних осіб, а також фізичних осіб – підприємців здійснюється відповідно до положень Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців» від 15.05.2003 р. // Офіц. вісн. України. – 2003. – № 25. – Ст. 1172.

⁵¹² Як вже зазначалось раніше, договір факторингу виник із торговельного посередництва, тому структура договірних зв'язків за цим договором має схему договору комісії.

Важливою рисою договору факторингу є його **мета**. В договорі факторингу відступлення клієнтом права грошової вимоги здійснюється як з метою відчуження вимоги факторові під одержання клієнтом грошових коштів від фактора, так і з метою забезпечення виконання зобов'язання самого клієнта перед фактором (абз. 2 ч. 1 ст. 1077 ЦК). В останньому випадку, як зазначає Л. Ю. Василевська, суть грошової вимоги полягає в залученні третьої особи (боржника) до виконання зобов'язання клієнта з повернення наданих йому грошових коштів⁵¹³. При цьому право грошової вимоги переходить до фактора за умови порушення клієнтом зобов'язання, забезпеченого вказаною вимогою.

Мета договору визначає зміст і обсяг прав та обов'язків його сторін, а також дозволяє відмежовувати договір факторингу від суміжних договорів. Так, з однієї сторони, відступлення права вимоги, що здійснюється в межах договору факторингу, наближає його до цесії, передбаченої загальними положеннями зобов'язального права (статті 512–519 ЦК). Проте, як зазначається в літературі, цесія, яка здійснюється за договором факторингу, є особливим комерціалізованим різновидом загальноцивільного відступлення права вимоги, яка, однак, не носить самостійного характеру, а входить до договору факторингу як його елемент⁵¹⁴. У зв'язку з цим дії клієнта з відступлення права вимоги за договором факторингу підлягають регулюванню спеціальними правилами, передбаченими гл. 73 ЦК.

З другого боку, дії сторін з відступлення права вимоги та передачі грошових коштів наближають договір факторингу до договору купівлі-продажу. Предметом договору купівлі-продажу, відповідно до ч. 3 ст. 656 ЦК, може бути право вимоги, якщо вимога не має особистого характеру. Частина 1 ст. 1084 ЦК передбачено можливість купівлі фактором в рамках договору факторингу грошової вимоги клієнта. При цьому, за загальним правилом, до договору купівлі-продажу права вимоги застосовуються положення про відступлення права вимоги (ч. 3 ст. 656 ЦК). Однак ці договори мають і суттєві відмінності. За договором факторингу фактор не просто купує відповідну грошову вимогу (як при купівлі-продажу майнового права), а фінансує діяльність клієнта, маючи при цьому можливість одержати від нього всю або частину дебіторської заборгованості останнього за договорами з передачі товарів (виконання робіт або надання послуг).

Суттєвою ознакою, що відмежовує договір факторингу від інших договорів, є законодавче закріплення недійсності заборони відступлення права грошової вимоги (ст. 1080 ЦК), за якого договір факторингу буде дійсним навіть за наявності між клієнтом і боржником домовленості щодо заборони відступлення вимоги. Тоді як за договором купівлі-продажу наявність такого застереження унеможливує відступлення права вимоги за договором. Фактор також може бути зобов'язаний прийняти на себе обов'язки з обслуговування цієї дебіторської заборгованості (надання послуг)⁵¹⁵. Договір факторингу також містить ознаки договорів

⁵¹³ Василевская Л. Ю. Факторинг в России и Германии: особенности договорных конструкций // Право и политика. – 2003. – № 12. – С. 42.

⁵¹⁴ Єфімова Л. Г. Вказана праця. – С. 581.

⁵¹⁵ Брагінський М. І., Вітрянський В. В. Вказана праця. – С. 555.

застави⁵¹⁶, доручення, агентського договору⁵¹⁷, а також кредитних (позикових) відносин⁵¹⁸. Згідно зі спеціальним банківським законодавством факторингові операції віднесені до кредитних⁵¹⁹.

Строк договору факторингу визначається за домовленістю сторін, які, виходячи з умов договору, визначають його на власний розсуд, враховуючи загальні положення про строк зобов'язання (ст. 530, 631 ЦК).

Форма договору факторингу визначається загальними вимогами щодо форми правочину (ст. ст. 205–209, 513 ЦК). У разі відступлення факторові грошової вимоги до боржника в порядку забезпечення виконання зобов'язання клієнта перед фактором форма договору факторингу повинна визначатись відповідно до вимог щодо форми забезпечувального зобов'язання (ст. 547 ЦК).

Ціна договору факторингу визначається розміром винагороди фактора за надання клієнтові відповідної послуги⁵²⁰. Оплата послуг фактора встановлюється за погодженням сторін у залежності від ризику, який несе фактор, що, в свою чергу, визначається, зокрема, характером діяльності клієнта та його боржників, а також низкою інших обставин. Розмір винагороди фактора може встановлюватись по-різному, наприклад, у твердій сумі; у формі відсотків від вартості вимоги, що відступається; у вигляді різниці між номінальною вартістю вимоги, зазначеної у договорі, та її ринковою (дійсною) вартістю⁵²¹. Якщо право вимоги відступається «за номінальною вартістю» без стягнення фактором додаткової плати, то в цьому випадку відносини факторингу відсутні, а відносини сторін регулюються загальними положеннями про купівлю-продаж з урахуванням норм стосовно заміни кредитора у зобов'язанні (ч. 3 ст. 656 ЦК). Вказаної позиції дотримується також і судова практика. Так, напр., Верховний Суд України в постанові судової палати з господарських справ від 10.07.2007 р. (справа № 26/347-06-6531) зазначив, що договір факторингу спрямований на фінансування однією стороною другої сторони шляхом надання у її розпорядження певної суми грошових коштів. Вказана послуга за договором факторингу надається фактором клієнту за плату, розмір якої визначається договором. При цьому сама грошова вимога, передана клієнтом фактору, не може розглядатись як плата за надану останнім фінансову послугу⁵²².

⁵¹⁶ Єфімова Л. Г. Вказана праця. – С. 583.

⁵¹⁷ Василевська Л. Ю. Вказана праця. – С. 45.

⁵¹⁸ Див. Суханов Є. О. Вказана праця. С. 233; Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (постатейный). Часть вторая / Под ред. А. П. Сергеева и Ю. К. Толстого. – М., 2003. – С. 555.

⁵¹⁹ Див. п. 6 ч. 2 ст. 47 та ч. 1 ст. 49 Закону України «Про банки і банківську діяльність».

⁵²⁰ «Договір факторингу передбачає спосіб та розмір винагороди фактора за надані послуги. По суті, – як вважає Комаров О. С. – мова йде про комісію, розмір якої визначається на підставі суми переданих боргів... розмір такої комісії у різних країнах коливається між 0,75 та 3,5 %. До цієї ставки додається кредитний процент за авансовими платежами, що здійснюються фактором» // Комаров О. С. Вказана праця. – С. 438.

⁵²¹ Кошти, що передаються фактором в розпорядження клієнта за відступлення права грошової вимоги до третьої особи (боржника), а також кошти, що сплачуються третьою особою (боржником) в погашення заборгованості у фактора, як стверджує Державна податкова адміністрація у листі від 23.04.2007 р. №8217/7/22-3017 «Щодо оподаткування факторингових операцій» підлягають оподаткуванню в сумі перевищення надходжень від боржника над сумою сплаченою клієнту, які і є доходом (прибутком) від здійснення факторингових операцій // Офіційний вісник нормативно-правових актів з митної справи, фінансів, податків та бухгалтерського обліку. – 2007. – 06. – №24.

⁵²² Надруковано: газета «Юридическая практика». – № 36. – 4.09.2007 р.

§ 3. Права та обов'язки сторін за договором факторингу

За консенсуальним договором факторингу його сторони як наділені певними правами, так і несуть обумовлені обов'язки. Так, ст. 1077 ЦК передбачає, що фактор зобов'язується передати грошові кошти в розпорядження клієнта (здійснити його фінансування), а клієнт у свою чергу зобов'язується відступити факторові своє право грошової вимоги до боржника. Вказані обов'язки сторін кореспондують їхнім правам: так, фактор вправі вимагати від клієнта відступлення належного клієнту права грошової вимоги до свого контрагента, що виникла, як правило, на підставі продажу товарів, виконання роботи або надання послуги. Клієнт же вправі вимагати від фактора здійснення відповідного фінансування. Вказані права та обов'язки складають основу змісту договору факторингу. Сторони також можуть бути наділені й іншими правами та обов'язками. Так, наприклад, договором факторингу може бути передбачено (а за договором міжнародного факторингу це є обов'язкова його умова⁵²³) обов'язок фактора надавати клієнтові послуги, пов'язані із грошовою вимогою, право якої він відступає (ч. 2 ст. 1077 ЦК).

В результаті відступлення клієнтом права грошової вимоги до боржника в останнього виникає обов'язок здійснити платіж факторові. Виконання боржником грошової вимоги факторові у даному випадку звільняє боржника від його обов'язку перед клієнтом (ч. 3 ст. 1082 ЦК). Проте такий обов'язок не є безумовним, а ставиться в залежність від одержання боржником письмового повідомлення про відступлення права грошової вимоги факторові. В цьому повідомленні повинна бути визначена грошова вимога, яка підлягає виконанню, а також названий фактор, якому має бути здійснений платіж. Договором факторингу надавати вказане повідомлення боржникові може бути зобов'язаний як клієнт, так і фактор (ч.1 ст.1082 ЦК). У разі неповідомлення боржникові про відступлення права грошової вимоги фактор несе ризик настання несприятливих для нього наслідків: боржник звільняється від необхідності сплати грошових коштів на користь фактора. При цьому виконання боржником свого обов'язку клієнту (кредитору за укладеним з ним договором) як первісному кредиторові є належним виконанням (ч. 2

ст. 516 ЦК). Боржник має право вимагати від фактора надання йому в розумний строк доказів того, що відступлення права грошової вимоги факторові справді мало місце. Невиконання фактором цього обов'язку надає право боржникові здійснити платіж клієнтові на виконання свого обов'язку перед ним як первісному кредиторові (ч. 2 ст. 1082 ЦК).

Клієнт, виконуючи свій основний обов'язок з відступлення свого права грошової вимоги до боржника, за загальним правилом (якщо інше не встановлено договором факторингу), повинен передати факторові дійсну грошову вимогу. Частина 2 ст. 1081 ЦК визнає грошову вимогу, право якої відступається, дійсною, за наявності у сукупності двох умов: а) якщо клієнт наділений правом грошової вимоги і має всі необхідні повноваження щодо його відступлення; в) якщо в момент відступлення цієї вимоги йому не були відомі обставини, внаслідок яких боржник має право не виконувати вимогу. Клієнт вважається добросовісним і не несе відповідальності перед фактором, якщо після відступлення грошової вимоги стали відомі обставини, що перешкоджають факторові одержати виконання від боржника.

⁵²³ П. 2 ст. 1 Конвенції УНІДРУА «Про міжнародний факторинг» встановлено, що фактор має виконувати принаймні дві з таких функцій: а) фінансування постачальника, включаючи надання позики та здійснення авансових платежів; б) ведення обліку (головної бухгалтерської книги) щодо дебіторської заборгованості; в) пред'явлення до сплати грошових вимог; г) захист від несплат боржників.

Договір факторингу є дійсним навіть тоді, коли між клієнтом та боржником існує домовленість про заборону відступлення права грошової вимоги або його обмеження⁵²⁴ (ч.1 ст.1080 ЦК). Відступлення права грошової вимоги за таких умов є прямим порушенням договору, укладеного між клієнтом і боржником. Однак ЦК, виходячи із принципів захисту прав підприємців (клієнтів) та практики здійснення міжнародного факторингу⁵²⁵, визнає дійсним таке відступлення права грошової вимоги, незважаючи на його пряму заборону або обмеження. У разі, коли відступлення права грошової вимоги клієнта до боржника не допускається законом (наприклад у зобов'язаннях, нерозривно пов'язаних з особою кредитора), таке відступлення за договором факторингу є неприпустимим (ст. 515 ЦК). Боржник не може пред'явити факторові вимоги до клієнта у зв'язку з порушенням ним умови про заборону або обмеження відступлення права грошової вимоги (ч. 2

ст. 1085 ЦК). При цьому з метою захисту інтересів боржника він залишає за собою право застосувати до клієнта (кредитора) заходи цивільно-правового впливу (в тому числі відповідальності) за порушення встановленої укладеним між ними договором заборони або обмеження відступлення права грошової вимоги⁵²⁶.

Відступаючи факторові своє право дійсної грошової вимоги, клієнт, за загальним правилом, не відповідає за невиконання або неналежне виконання боржником грошової вимоги, право якої відступається і яка пред'явлена до виконання фактором. Проте сторони в договорі факторингу можуть передбачити відповідальність клієнта за невиконання боржником відступленої факторові вимоги.

Фактор у свою чергу вправі здійснити відступлення одержаного від клієнта права грошової вимоги третій особі (наступне відступлення права грошової вимоги) за умови, що це передбачено договором факторингу. Таке наступне відступлення здійснюється відповідно до правил про договір факторингу, тобто іншому факторові. За відсутності такої умови фактор зобов'язаний сам пред'являти боржнику вимоги щодо виконання грошового зобов'язання (ст. 1083 ЦК).

В залежності від мети, з якою здійснюється відступлення клієнтом права грошової вимоги відрізняються правові наслідки такого відступлення.

У разі фінансування клієнта шляхом купівлі у нього фактором права грошової вимоги, фактор набуває права на всі суми, які він може одержати від боржника на виконання вимоги. Клієнт при цьому не відповідає перед фактором, якщо одержані ним суми є меншими від суми, сплаченої фактором клієнтові (ч.1 ст.1084 ЦК). В даному випадку фактор повністю несе ризик неодержання частково або в повному обсязі виконання від боржника.

Одержавши від фактора певну грошову суму (наприклад, за кредитним договором), клієнт стає зобов'язаний перед фактором за повернення вказаних коштів. В забезпечення виконання цього зобов'язання клієнт управі передати факторові право грошової вимоги до свого боржника, який не бере участі у відносинах між фактором і клієнтом. Таке зобов'язання носить забезпечувальний (додатковий, акцесорний) характер. Основним зобов'язанням є саме повернення клієнтом одержаних від фактора грошових коштів. Тому, якщо ж відступлення права грошової вимоги факторові здійснюється з метою забезпечення виконання зобов'язання

⁵²⁴ На відміну від положень, установлених ст. 1080 ЦК, яка виходить з принципу пріоритету факторингового договору, за правилами загальноцивільної сесії кредитор, якщо це встановлено договором або законом, не може бути замінений у зобов'язанні (ч. 3 ст. 512 ЦК).

⁵²⁵ Ст. 6 Конвенції УНІДРУА «Про міжнародний факторинг» встановлено, що відступлення права грошової вимоги постачальником факторові є дійсним, незважаючи на будь-яку угоду між постачальником і боржником, яка забороняє таке відступлення.

⁵²⁶ Наприклад, відшкодування клієнтом збитків, завданих відступленням права грошової вимоги.

клієнта перед фактором, фактор зобов'язується відзвітувати перед клієнтом і передати йому суму, що перевищує суму боргу клієнта, який забезпечений відступленням права грошової вимоги (ч. 2 ст. 1084 ЦК). Ця норма є диспозитивною, а тому договором факторингу може бути встановлений інший порядок розрахунків між його сторонами. І навпаки, якщо сума, одержана фактором від боржника, виявилася меншою від суми боргу клієнта перед фактором, який забезпечений відступленням права вимоги, клієнт залишається боржником перед фактором і зобов'язаний сплатити факторові залишок боргу.

Особа боржника, який не є суб'єктом договору факторингу має важливе значення для його сторін. Виходячи з обов'язку боржника здійснити платіж на користь фактора, йому надаються також певні засоби захисту проти заявлених фактором вимог.

У відносинах між клієнтом та боржником можуть мати місце взаємні грошові зобов'язання, що підлягають припиненню, наприклад, шляхом зарахування, яке здійснюється за заявою однієї із сторін (ст. 601 ЦК). Відступлення клієнтом права грошової вимоги на користь фактора, з точки зору боржника, є лише заміною його первісного кредитора (клієнта) на нового кредитора (фактора) і не припиняє його права на проведення заліку (ст. 603 ЦК). Тому боржник управі пред'явити до заліку факторові свої грошові вимоги, що ґрунтуються на договорі боржника з клієнтом, які виникли у боржника до моменту, коли він одержав повідомлення про відступлення права грошової вимоги факторові (ч. 1 ст. 1085 ЦК).

Боржнику надається також право вимагати повернення сплачених факторові грошових сум як безпосередньо від клієнта, так і від фактора. Підстави для заявлення таких вимог різняться в залежності від змісту порушення взятих на себе сторонами договору факторингу зобов'язань (ст. 1086 ЦК). Боржник не може вимагати від фактора повернення сум, уже сплачених йому за відступленою грошовою вимогою, якщо у разі порушення клієнтом своїх обов'язків за договором, укладеним з боржником, він управі одержати ці суми безпосередньо від клієнта. На фактора покладається обов'язок повернути боржникові одержані від нього за відступленою грошовою вимогою кошти, які боржник управі одержати безпосередньо від клієнта у разі: а) якщо фактор не передав клієнтові грошові кошти, пов'язані з відступленням права грошової вимоги, або б) передав їх клієнтові, знаючи про порушення останнім зобов'язання перед боржником, пов'язаного з відступленням права грошової вимоги.

Питання для самоконтролю

1. Поняття договору факторингу.
2. Предмет договору факторингу.
3. Ціна та інші умови договору факторингу.
4. Сторони в договорі факторингу, їх права та обов'язки.
5. Правове положення боржника, право грошової вимоги до якого відступається за договором факторингу.
6. Недійсність заборони відступлення права грошової вимоги.
7. Відповідальність за договором факторингу.

ГЛАВА 58

ЗОБОВ'ЯЗАННЯ З РОЗРАХУНКІВ

§ 1. Загальні положення про розрахунки. Види безготівкових розрахунків

Відповідно до ст. 1087 ЦК розрахунки за участю фізичних осіб, не пов'язані із здійсненням ними підприємницької діяльності, можуть провадитися у готівковій або безготівковій формі за допомогою розрахункових документів у електронному або паперовому вигляді. Разом із тим розрахунки між юридичними особами й за участю фізичних осіб, пов'язані із здійсненням ними підприємницької діяльності, провадяться в безготівковій формі. Розрахунки між цими особами можуть провадитися також готівкою, якщо інше не встановлено законом. Указана норма передбачає можливість здійснення платежів у готівковій та безготівковій формі, що відповідає ст. 3 Закону України «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні»⁵²⁷, хоча фактично розрахунки можуть відбуватися також і у вигляді зарахування взаємних грошових вимог⁵²⁸, у тому числі, наприклад, під час проведення переказу коштів у Національній системі масових електронних платежів⁵²⁹, у результаті чого взаємні грошові зобов'язання припиняються (ст. 601 ЦК).

Конституція України у ст. 99 визначає, що грошовою одиницею України є гривня.

Грошове зобов'язання має бути виконане у гривнях. Використання іноземної валюти, а також платіжних документів в іноземній валюті при здійсненні розрахунків на території України за зобов'язаннями допускається у випадках, порядку та на умовах, установлених законом (ст. 533 ЦК).

При здійсненні готівкових розрахунків, як правило, не виникає самостійного зобов'язання, оскільки зустрічне передання грошей пов'язане з отриманням товарів, робіт, послуг тощо. Виняток становить приймання банком готівки від клієнтів для зарахування на рахунки інших юридичних і фізичних осіб або на відповідний рахунок банку, тому що в такому випадку прийняття готівкових коштів регулюється договором банківського рахунка.

Готівкові розрахунки передбачаються, зокрема, Положенням про ведення касових операцій у національній валюті в Україні, затвердженим постановою Правління Національного банку України № 637 від 15.12.2004 р.⁵³⁰, що передбачає їх здійснення через касу із встановленням Національним банком граничної суми готівкового розрахунку між особами протягом одного дня за одним або кількома платіжними документами. Касові операції оформляються *касовими ордерами, видавковими відомостями, розрахунковими документами*, документами за операціями із застосуванням *платіжних карток*, іншими касовими документами, які підтверджували б факт продажу товарів, надання послуг, отримання готівкових коштів. Під час роботи з готівкою касири керуються Правилами визначення платіжності та обміну банкнот і монет Національного банку України, затвердженими постановою Правління Національного банку України № 547 від 17.11.2004 р.⁵³¹

Проведення безготівкових розрахунків пов'язане із укладенням договорів банківського рахунка, фактичним існуванням у суб'єктів відповідних банківських рахунків та процесом списання грошей із рахунків платника на користь банку платника та/або третіх осіб. Безготівкові кошти, по суті, становлять собою власність банку, володілець рахунку залишає за собою лише право вимагати від банку здійснення відповідних операцій за рахунком та видачі коштів готівкою. Отже, при безготівкових розрахунках складаються

⁵²⁷ Закон України від 5 квіт. 2001 р. // Відом. Верхов. Ради. – 2001. – № 29. – Ст. 137.

⁵²⁸ Див. напр.: Вильнянский, С. И. Кредитно-расчетные отношения [Текст] : учеб. пособие / С. И. Вильнянский. – Харьков : Изд. Харьк. ун-та. 1955. – С. 39–41.

⁵²⁹ Про затвердження Правил Національної системи масових електронних платежів. Постанова Правління Національного банку України від 10.12.2004 р. № 620 // Офіц. вісн. України. – 2005. – № 2. – Ст. 93.

⁵³⁰ Офіц. вісн. України. – 2005. – № 3. – Ст. 155.

⁵³¹ Там само. – 2004. – № 49. – Ст. 3221.

правовідносини саме з приводу прав вимоги до банку й кредитор за грошовим зобов'язанням отримує від боржника не гроші як такі, а права вимоги до власного банку, передані за допомогою механізму банківського переказу.

Банк не має права визначати та контролювати напрями використання грошових коштів клієнта та встановлювати інші, не передбачені договором або законом, обмеження його права розпоряджатися коштами на власний розсуд, і зобов'язаний вчиняти для клієнта операції, які передбачені для рахунків даного виду законом, банківськими правилами та звичаями ділового обороту. Списання коштів з рахунка клієнта інакше як на підставі його розпорядження, рішення суду, а також у випадках, встановлених договором між банком і клієнтом, не допускається. Разом із тим ініціатором переказу може бути платник, а також отримувач у разі ініціювання переказу за допомогою платіжної вимоги при договірному списанні та в інших випадках, передбачених законодавством, і стягувач, що отримує відповідне право виключно на підставі визначених законом виконавчих документів у випадках, передбачених законом.

Банк не стає стороною зобов'язання, за яким здійснюються розрахунки, він відповідає за правильність та підставність виконання договору банківського рахунка.

Безготівкові розрахунки здійснюються через банки (їх філії, відділення) та інші фінансові установи, у яких клієнтам відкрито відповідні рахунки. Платежі клієнтів, що мають рахунки у різних банках, відбуваються у формі міжбанківського переказу за допомогою кореспондентських рахунків банків та інформаційної мережі Національного банку⁵³².

Згідно зі ст. 27.1 Закону «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні» міжбанківський переказ здійснюється шляхом: 1) проведення суми переказу через кореспондентські рахунки, що відкриваються банками в Національному банку України; 2) проведення суми переказу через кореспондентські рахунки, що відкриваються банками в інших банках або в розрахунковому банку.

Зазначене передбачає існування таких суб'єктів розрахункових правовідносин, як *платник, банк платника, отримувач, банк отримувача*.

Відповідно до ст. 1088 ЦК при здійсненні безготівкових розрахунків допускаються розрахунки із застосуванням платіжних доручень, акредитивів, розрахункових чеків (чеків), розрахунки за інкасо, а також інші розрахунки, передбачені законом, банківськими правилами та звичаями ділового обороту, які сторони обирають на свій розсуд.

Особливістю здійснення безготівкових розрахунків є їхнє регулювання не лише ЦК та іншими законами, а й банківськими правилами, в тому числі міжнародними, які застосовуються як звичай ділового обороту, що зафіксовано у відповідному документі⁵³³.

Види безготівкових розрахунків (які іноді називають формами розрахунків) становлять собою способи та порядок виконання грошового зобов'язання з використання коштів на банківському рахунку й передбачають існування відповідних документів, які збігаються або не збігаються за своєю назвою із видом розрахунку.

Документ на банківський переказ може бути паперовим або електронним, кожен із них має однакову юридичну силу. Відповідальність за достовірність інформації, що міститься в реквізитах електронного документа, несе особа, яка підписала цей документ електронним цифровим підписом. Електронний документ на переказ, не засвідчений електронним цифровим підписом, не приймається до виконання. При цьому при

⁵³² Інструкція про міжбанківський переказ коштів в Україні в національній валюті. [Текст] : затв. постановою Правління Нац. банку України № 320 від 16.08.2006 р. // Офіц. вісн. України. – 20.09.2006 р. – 2006. – № 6. – Ст. 2507.

⁵³³ Див., зокрема: Уніфіковані звичаї та правила по документарному акредитиву (UCP-600). Публікація Міжнародної торгівельної палати 2007 р. № 600 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?page=2&nreg=988_013.

прийманні електронних документів на переказ має бути дотримана відповідна процедура перевірки електронного цифрового підпису, що дає можливість пересвідчитися у цілісності та достовірності електронного документа. У разі недотримання зазначених вимог банк несе відповідальність за шкоду, завдану суб'єктам переказу.

Правовий статус електронного цифрового підпису та регулювання відносин, що виникають при використанні електронного цифрового підпису, визначається Законом України «Про електронний цифровий підпис» від 22.05.2003 р.⁵³⁴, згідно з яким електронним цифровим підписом є вид електронного підпису, отриманого за результатом криптографічного перетворення набору електронних даних, який додається до цього набору або логічно з ним поєднується і дає змогу підтвердити його цілісність та ідентифікувати підписувача. Електронний цифровий підпис накладається за допомогою особистого ключа та перевіряється за допомогою відкритого ключа.

Інструкція про безготівкові розрахунки в Україні в національній валюті, затверджена постановою Правління Національного банку України № 22 від 21.01.2004 р. (надалі — Інструкція № 22)⁵³⁵, визначає *безготівкові розрахунки* як перерахування певної суми коштів з рахунків платників на рахунки отримувачів, а також перерахування банками за дорученням підприємств і фізичних осіб коштів, унесених ними готівкою в касу банку, на рахунки отримувачів коштів; а до *розрахункового документа* відносить документ на паперовому носії, що містить доручення та/або вимогу про перерахування коштів з рахунка платника на рахунок отримувача.

Платники та стягувачі оформляють доручення/розпорядження про списання коштів з рахунків на відповідних бланках розрахункових документів (у вигляді електронного розрахункового документа, якщо це передбачено договором), для яких визначаються відповідна форма та порядок оформлення.

Доручення платників про списання коштів з їх рахунків банки приймають до виконання виключно в межах залишку коштів, якщо тільки банк за окремою домовленістю не здійснить кредитування рахунка (ст. 1069 ЦК). Однак платіжні вимоги на примусове списання коштів з рахунків платників банки приймають незалежно від наявності на них достатньої суми та виконують їх у межах залишку коштів.

Інструкція № 22 встановлює правила використання під час здійснення розрахункових операцій таких видів платіжних інструментів, як *меморіального ордера, платіжного доручення, платіжної вимоги-доручення, платіжної вимоги, розрахункового чека, акредитива*.

Використання векселів⁵³⁶ та спеціальних платіжних засобів, зокрема, платіжних карток, мобільних платіжних інструментів⁵³⁷, регулюється спеціальним законодавством України, у тому числі нормативно-правовими актами Національного банку.

⁵³⁴ Офіц. вісн. України. – 2003. – № 25. – Ст. 1175.

⁵³⁵ Там само. – 2004. – № 13. – Ст. 908.

⁵³⁶ Зазначене питання, зокрема, регулюється: Конвенцією, якою запроваджено Уніфікований закон про переказні векселі та прості векселі (з урахуванням застережень, передбачених у додатку II до неї), Конвенцією про врегулювання деяких колізій законів про переказні векселі та прості векселі, Конвенцією про гербовий збір стосовно переказних векселів і простих векселів (підписані в Женеві 7 червня 1930 р.), а також законами України від 5 квітня 2001 р. «Про обіг векселів в Україні», від 23 лютого 2006 р. «Про цінні папери та фондовий ринок», від 6 липня 1999 р. «Про приєднання України до Женевської конвенції 1930 р., якою запроваджено Уніфікований закон про переказні векселі та прості векселі», від 6 липня 1999 р. «Про приєднання України до Женевської конвенції 1930 р. про врегулювання деяких колізій законів про переказні векселі та прості векселі», від 6 липня 1999 р. «Про приєднання України до Женевської конвенції 1930 р. про гербовий збір стосовно переказних векселів і простих векселів» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?user=a#Find>.

⁵³⁷ Про здійснення операцій з використанням спеціальних платіжних засобів. Затв. постановою Правління Національного банку України № 223 від 30.04.2010 р. // Офіц. вісн. України. – 2010. – № 52. – Ст. 1747.

Клієнти банків для здійснення розрахунків самостійно обирають платіжні інструменти (за винятком меморіального ордера) і зазначають їх під час укладення договорів.

Відповідальність за правильність заповнення реквізитів розрахункового документа несе особа, яка його оформила і подала до обслуговуючого банку.

Під час підписування розрахункового документа не дозволяється використання факсиміле. Розрахункові документи, оформлені своїми клієнтами, банк приймає протягом часу, визначеного в договорах банківського рахунка цих клієнтів.

Банк платника зобов'язаний перевірити відповідність номера рахунка платника і його коду та приймає цей документ до виконання тільки у разі їх збігу, а також перевіряє його повноту, цілісність та достовірність під страхом відповідальності за шкоду, завдану платнику у разі недотримання цих вимог.

Банк отримувача зобов'язаний перевірити відповідність номера рахунка отримувача і його коду, що містяться в розрахунковому документі, та зараховувати кошти на рахунок отримувача виключно у разі їх збігу. У протилежному разі банк отримувача затримує суму переказу на строк до чотирьох робочих днів для встановлення належного отримувача й при його невстановленні зобов'язаний повернути кошти.

За загальним правилом, розрахункові документи, що надійшли до банку протягом операційного часу, виконуються в день їх надходження, а які надійшли після операційного часу — наступного робочого дня.

Тривалість операційного часу встановлюється банком самостійно та закріплюється у внутрішніх нормативних актах.

Платіжне доручення може бути відкликане ініціатором переказу в будь-який час до списання суми коштів з його рахунка шляхом подання до банку, що обслуговує цього ініціатора, документа на відкликання.

§ 2. Розрахунки із застосуванням платіжних доручень

Розрахунки платіжним дорученням (банківський переказ) — найбільш поширена форма розрахунків. У деяких правовідносинах використання такої форми розрахунків має пріоритетний характер. Наприклад, у відносинах з поставки товарів покупець оплачує товари з дотриманням порядку та форми розрахунків, що передбачаються договором. Якщо ж порядок та форма розрахунків не визначені в договорі, то розрахунки здійснюються платіжними дорученнями.

При здійсненні розрахунків із застосуванням платіжних доручень банк зобов'язується за дорученням платника за рахунок грошових коштів, розміщених на його рахунку в цьому банку, переказати певну грошову суму на рахунок визначеної платником особи (одержувача) у цьому чи в іншому банку у строк, встановлений законом або банківськими правилами, якщо інший строк не передбачений договором або звичаями ділового обороту (ч.1 ст. 1089 ЦК).

Із зазначеного випливають такі загальні ознаки: переказ здійснюється банком за рахунок коштів платника, що розміщені на його рахунку в цьому банку; переказ здійснюється банком на рахунок, вказаний платником; переказ здійснюється в строк, встановлений законом чи відповідно до нього, якщо сторони договору банківського рахунка не передбачили більш короткий строк виконання переказу.

Положення, що регулюють зазначений вид безготівкових розрахунків, застосовуються також до відносин, пов'язаних із перерахуванням грошових коштів через банк особою, яка не має рахунка у цьому банку, якщо інше не встановлене законом, банківськими правилами або не впливає із суті відносин. Прикладом таких

відносин є відносини із безготівкового переказу юридичними та фізичними особами (резидентами та нерезидентами) на користь інших осіб коштів за рахунок готівкових коштів, прийнятих до каси банку⁵³⁸.

Зміст платіжного доручення та поданих разом з ним розрахункових документів та їх форма мають відповідати вимогам закону і встановленим відповідно до нього банківським правилам. Для здійснення переказу платник подає в банк доручення на бланку відповідної форми. Доручення вважається дійсним протягом десяти календарних днів з дати його виписування. Причому день оформлення платіжного доручення не враховується. Платіжне доручення за домовленістю сторін може мати паперову або електронну форму.

Відповідно до п. 1. 30 ст. 1 Закону «Про платіжні системи та переказ грошей в Україні» під платіжним дорученням розуміють розрахунковий документ, який містить доручення платника банку або іншої установи — члену платіжної системи, що його обслуговує, здійснити переказ визначеної в ньому суми грошей зі свого рахунка на рахунок отримувача. Згідно з Інструкцією № 22 платіжне доручення визначається як розрахунковий документ, що містить письмове доручення платника обслуговуючому банку про списання зі свого рахунка зазначеної суми коштів та її перерахування на рахунок отримувача. Із вищевказаного можна зробити висновок, що хоча ці поняття тотожні, однак поняття, що надається в Інструкції, є більш конкретизованим, тому що вимагає від платника надати доручення банку в письмовій, а не в будь-якій формі. Однак ч. 1 ст. 1090 ЦК передбачає також можливість платника надавати доручення про списання коштів зі свого рахунка у формі електронного розрахункового документа. Платіжні доручення застосовуються в розрахунках за товарними і нетоварними платежами: перерахування грошових коштів з метою оплати товарів, робіт або послуг; у порядку попередньої оплати; повернення (надання) позики або кредиту та виплати відсотків по них; виплати податків та інших обов'язкових платежів у бюджеті; заробітної плати, пенсії, здійснення інших грошових виплат.

Банк перевіряє заповнення реквізитів та відповідність вимогам Інструкції за зовнішніми ознаками. Він не має права робити виправлення у платіжному дорученні клієнта, якщо інше не встановлено законом або банківськими правилами (ч. 2 ст. 1090 ЦК).

Виконання платіжного доручення полягає в тому, що банк, який його прийняв, виконує обов'язок переказати (списати) з рахунка платника суму, що вказана в дорученні, та перерахувати її банку, в якому відкритий рахунок отримувача коштів у встановлений строк. Таким чином, здійснюється виконання платіжного доручення в ситуації, коли банки, що обслуговують платника та отримувача коштів, пов'язані кореспондентськими відносинами. В інших випадках, отримавши платіжне доручення, банк вправі залучити інші банки для виконання операцій щодо переказу грошових коштів на рахунок, визначений у дорученні клієнта (ч. 2 ст. 1091 ЦК). Переведення грошей є прикладом абстрактного правочину, оскільки розрахунки проводяться незалежно від того, чи укладений між платником і одержувачем коштів договір.

Законом встановлений обов'язок негайно інформувати платника на його вимогу про виконання платіжного доручення (ч. 3 ст. 1091). У цьому випадку банк повинен оформити повідомлення про виконання ним платіжного доручення. Однак порядок надання інформації може встановлюватися договором, оскільки не передбачається нормативними актами. Тоді невиконання банком цього обов'язку вважатиметься порушенням договірних обов'язків та підставою для притягнення до цивільно-правової відповідальності.

Проведення розрахунків в іноземній валюті регламентується підзаконними нормативними актами, наприклад, Положенням про оформлення та подання клієнтами платіжних доручень в іноземній валюті, заяв

⁵³⁸ Інструкція № 1 організації емісійно-касової роботи в установах банків України [Текст] : затв. постановою правління НБУ від 7 липня 1994 р. № 129 (п. 15.29) Правила здійснення фізичними особами переказів іноземної валюти в межах України. Постанова правління НБУ від 12 березня 2003 р. № 235.

про купівлю або продаж іноземної валюти до уповноважених банків і інших фінансових установ та порядок їх використання, затвердженим постановою правління НБУ від 05.03.2002 р. № 82 та ін.

Невиконання чи неналежне виконання платіжного доручення клієнта передбачає відповідальність банку на підставах та в розмірах, передбачених законом (ст. 1092 ЦК), тобто у разі невиконання чи неналежного виконання платіжного доручення клієнта банк, що виступає у ролі боржника по зобов'язанню, що виникло з цього доручення, повинен відшкодувати платникові (кредитору) всі завдані збитки, відповідно до ЦК, Закону «Про платіжні системи та переказ грошей в Україні» та умов договору.

§ 3. Розрахунки за акредитивом

Акредитивна форма розрахунків донедавна використовувалась у невеликих обсягах порівняно з іншими формами розрахунків, наприклад, щодо розрахунків за платіжним дорученням. Однак за сучасних умов саме розрахунки за акредитивом забезпечують паритет ризиків платника та отримувача коштів. Термін «акредитив» (від нім. *akkreditiv*) — повноваження на виконання будь-якої дії, може розглядатись у двох значеннях: як розрахунковий документ та як акредитивне зобов'язання.

При здійсненні розрахунків за акредитивом банк зобов'язується провести за дорученням клієнта (заявника акредитива) або від свого імені за умови пред'явлення документів, які відповідають умовам, визначеним акредитивом, або доручає іншому (виконуючому) банку здійснити цей платіж на користь одержувача грошових коштів або визначеної ним особи — бенефіціара (ст. 1093 ЦК).

Як вид розрахунків акредитив є зручний як для постачальників, оскільки його використання фактично забезпечує отримання останнім коштів за поставлений покупцю товар, так і для посередників, оскільки дає останнім можливість швидко отримати кошти після відвантаження товару. У зв'язку з цим зазначений вид розрахунків набув значного поширення у сфері міжнародної торгівлі, а останнім часом і в розрахунках між резидентами України (ст. 1093–1098 ЦК).

Крім норм ЦК України, розрахунки за акредитивом регулюються Інструкцією НБУ «Про безготівкові розрахунки в Україні в національній валюті» № 22, уніфікованими правилами та звичаями для документарних акредитивів Міжнародної торгової палати. Останні згідно зі

ст. 2 Закону України «Про платіжні системи та переказ грошей в Україні» та Указом Президента України «Про заходи щодо впорядкування розрахунків за договорами, що укладають суб'єкти підприємницької діяльності» від 4 жовтня 1994 р. № 566/94 регулюють відносини у сфері використання акредитивів і використовуються в міжнародних розрахунках, а також у внутрішніх розрахунках за умови, що акредитив містить посилання на те, що він регулюється цими Правилами. Зазначені Правила застосовуються в Україні у частині, яка не суперечить ЦК та іншим актам цивільного законодавства.

Акредитив характеризується такими ознаками:

- це правочин, відокремлений від договору, що передбачає такий вид розрахунків при цьому банк не бере участі у виконанні цього договору;
- це грошове зобов'язання, виконання якого здійснюється на умовах, визначених в акредитиві;
- банк-емітент проводить платіж на користь отримувача або визначеної ним особи бенефіціара за дорученням клієнта — заявника акредитива і відповідно до його вказівок або від власного імені;
- банк здійснює платіж за акредитивом за рахунок коштів клієнта або власних коштів;
- за операціями з акредитивами заінтересовані сторони мають справу лише з документами, а не з товарами, послугами чи іншими видами зобов'язань, з якими можуть бути пов'язані документи.

Суб'єктами акредитивного зобов'язання в широкому розумінні виступають платник, банк-емітент акредитива, отримувач коштів (бенефіціар) і, як правило, виконуючий банк. Виконуючий банк залежно від операції за акредитивом, виконання якої доручено йому банком - емітентом, також може бути й авізуючим банком (банк, який за дорученням банк-емітента сповіщає акредитив одержувачу коштів без будь-якої відповідальності за його оплату). Схематично взаємовідносини учасників акредитивних розрахунків включають чотири стадії. Перша стадія — отримання доручення платника банком-емітентом про відкриття акредитива з інструкціями про платіж. Друга стадія полягає у передачі повноважень про здійснення платежів від банка-емітента виконуючому банку (банку отримувача). Третя стадія — надання продавцем (бенефіціаром) документів, які вказані в акредитиві, що посвідчують відвантаження товару. Остання стадія — здійснення платежу виконуючим банком за прийнятими ним документами.

Платіж за акредитивом може бути здійснений двома способами: грошима та векселем. Вексельний спосіб платежу включає оплату банком переказ векселя, наданого бенефіціаром, акцепт банком такого векселя (безумовне прийняття та згода його оплати) та оплата та зарахування векселя на користь бенефіціара.

Законодавством передбачена можливість використання декількох видів акредитивів, що застосовуються в банківській практиці. Найбільш поширеним є поділ акредитивів на покриті та непокриті:

- покритий (депонований) — акредитив для здійснення платежів, за яким завчасно бронюються кошти платника в повній сумі на окремому рахунку в банку-емітенті або у виконуючому банку. Кошти заявника акредитива бронюються на спеціальному аналітичному рахунку, який має назву «Розрахунки за акредитивами» відповідних балансових рахунків;

- непокритий (гарантований) — акредитив, оплата за яким (якщо тимчасово немає коштів на рахунку платника) гарантується банком емітентом за рахунок банківського кредиту.

Також акредитиви поділяються на відкличні або безвідкличні. Відкличний зберігає за банком-емітентом право змінити або анулювати акредитив у будь-який час без попереднього повідомлення бенефіціара. Вид акредитива визначається договором, за яким проводяться розрахунки, відкличання акредитива не створює зобов'язань банку-емітента перед одержувачем грошових коштів (бенефіціаром). Разом з тим виконуючий банк повинен здійснити платежі або інші операції за відкличним акредитивом, до моменту отримання повідомлення від банка-емітента про зміну або анулювання акредитива. Необхідно також підкреслити, що будь який акредитив вважається відкличним, якщо в його тексті не буде прямо зазначено те, що відкривається безвідкличний акредитив.

Усі розпорядження щодо зміни умов відкличного акредитива або його анулювання заявник може надати бенефіціару лише через банк-емітент, який повідомляє виконуючий банк, а останній — бенефіціара. Виконуючий банк не може самостійно приймати розпорядження від заявника акредитива. Якщо останній не є банком-емітентом, то змінити умови відкличного акредитива або анулювати його можна тільки після отримання від виконуючого банку повідомлення, яке підтвердить, що до часу зміни або анулювання умов акредитиву документи за ним не були надані та відповідно до них не було проведено розрахунків (оплати). У разі здійснення виконуючим банком платежу до отримання повідомлення про зміну умов або анулювання акредитива проти документів, які за зовнішніми ознаками відповідають умовам акредитива, банк-емітент зобов'язаний відшкодувати втрати виконуючому банку, який уповноважений на здійснення платежу.

На відміну від відкличного акредитива, безвідкличний не може бути змінений без згоди отримувача коштів. Безвідкличний може набути характеру підтвердженого акредитива. Для цього виконуючий банк приймає на себе обов'язки додатково до зобов'язання банка-емітента провести платіж бенефіціару відповідно до умов акредитива. Таким чином, поряд із платіжним зобов'язанням банку-емітента виникає додаткове зобов'язання виконуючого банку, що створює для бенефіціара ефект подвійного забезпечення платежу. При

цьому безвідкличний акредитив не може бути змінений або анульований без згоди не тільки отримувача коштів, а і його банку (ст. 1095 ЦК).

Для відкриття акредитива платник надає до банку заяву установленої форми з відомостями про номер акредитива, строк його дії, найменування бенефіціара та виконуючого банку, місця виконання акредитива, його суми та ін. Форма заяви передбачена Інструкцією і всі її реквізити є обов'язковими. Банк-емітент, прийнявши заяву, визначає спосіб виконання акредитива та повідомляє виконуючий (авізуючий) банк про відкриття акредитива не пізніше наступного робочого дня після отримання наданої клієнтом заяви. Виконуючий банк повідомляє бенефіціара про відкриття та умови акредитива протягом десяти робочих днів з дня отримання повідомлення від банку-емітента. Після відвантаження продукції (виконання робіт, надання послуг) бенефіціар надає виконуючому банку необхідні документи, що передбачені умовами акредитива. До них звичайно відносять комерційний рахунок («інвойс») за товар, товаророзпорядчі документи (коносамент, накладні), транспортні та страхові документи. При порушенні хоча б однієї з умов виплати за акредитивом не проводяться. Однак банки, що виконують інструкції платника, не повинні ретельно досліджувати отримані документи. Вони перевіряють лише їх зовнішню відповідність умовам акредитива. У разі відмови виконуючого банку прийняти документи він зобов'язаний надіслати повідомлення до банку-емітента для отримання згоди на оплату документів із розбіжностями. Якщо протягом семи робочих днів після надіслання повідомлення вони не отримають відповідь або вона буде негативною, виконуючий банк повертає бенефіціару всі документи за акредитивом, письмово вказавши причини їх повернення і засвідчивши цей запис підписами виконавця та контролера та відбитком штампа банку. Акредитив має містити дату закінчення строку та місця подання документів для платежу.

Стаття 1098 ЦК встановлює підстави для закриття акредитива. Їх перелік є вичерпним, до них належать: сплив терміну його дії у виконуючому банку; заява одержувача про відмову від використання акредитива до закінчення строку його дії; вимога платника по відкриттю акредитива повністю або частково, якщо це передбачено його умовами.

Після тримання повідомлення про закриття акредитива банк-емітент списує потрібну суму з відповідного рахунка, призначеного для обліку акредитивів.

Принципи відповідальності банку за порушення умов акредитива ґрунтуються на схемі акредитивного зобов'язання. Майнову відповідальність перед платником несе банк-емітент, а перед банком-емітентом — виконуючий банк. Постадійна схема доведення відповідальності до винуватої особи має два винятки, характерні для розрахункових правовідносин. По-перше, у разі необґрунтованої відмови виконуючого банку у виплаті коштів за покритим або підтвердженим акредитивом відповідальність перед бенефіціаром покладається на виконуючий банк, що повинен виконувати доручення банку-емітента. По-друге, у разі неправильної виплати виконуючим банком грошових коштів за депонованим чи гарантованим акредитивом унаслідок порушень умов останнього пряма відповідальність перед платником покладається на виконуючий банк.

§ 4. Розрахунки за інкасовими дорученнями

Розрахунки за інкасовими дорученнями не передбачають існування спеціального для цього випадку платіжного документа. Термін має певним чином узагальнююче значення й означає банківську операцію з отримання виконуючим банком коштів або акцепту (згоди) платежу на підставі різних розрахункових чи інших документів за дорученням отримувача, який виступає як довіритель (принципал).

Розрахунки за інкасо (від італ. *incaso* — виручка, виторг) важливі перш за все у цілях забезпечення чекового та вексельного обігу, однак його застосовують також при розрахунках за допомогою таких платіжних документів, як платіжні вимоги та платіжні вимоги-доручення.

Відповідно до ст. 1099 ЦК у разі розрахунків за інкасовими дорученнями (за інкасо) банк (банк-емітент) за дорученням клієнта здійснює за рахунок клієнта дії щодо одержання від платника платежу та (або) акцепту платежу. Банк-емітент, який одержав інкасове доручення, має право залучати для його виконання інший банк (виконуючий банк).

Інструкція № 22 визначає інкасування (інкасо) як здійснення банком за дорученням клієнта операцій з розрахунковими та супровідними документами з метою одержання платежу або передавання розрахункових та/чи супровідних документів проти платежу, або передавання розрахункових та/чи супровідних документів на інших умовах.

Виконання інкасового доручення полягає у негайному поданні виконуючим банком платнику для оплати чи акцепту документів отримувача коштів у тій формі, в якій вони були від нього одержані, за винятком банківських відміток і написів, необхідних для оформлення інкасової операції.

У разі відсутності будь-якого документа або невідповідності документів за зовнішніми ознаками інкасовому дорученню виконуючий банк повинен негайно повідомити про це клієнта, а у разі їх неусунення — повертає документи без виконання.

Учасниками розрахунків з використанням інкасо є довіритель, яким, як правило, є продавець, підрядник, виконавець тощо — особа, яка дає доручення з інкасо своєму банку; банк-емітент, якому довіритель доручає операцію з інкасо; виконуючий банк — банк, який здійснює представлення платнику; платник, яким, як правило, є покупець товару, замовник робіт, послуг тощо.

Міжнародні правила по інкасо⁵³⁹ встановлюють, що інкасо означає операції, які здійснюються банками на підставі отриманих інструкцій з документами в цілях отримання платежу та/або акцепту; передання документів проти платежу та/або проти акцепту; передання документів на інших умовах.

Документами, за якими здійснюється інкасо, можуть бути фінансові (переказні векселі, чеки, інші подібні документи, що використовуються для отримання платежу коштами) та/або комерційні документи (рахунки, транспортні, товаророзпорядчі або інші не фінансові документи). Залежно від цього існує два види інкасо — *чисте* та *документарне*.

До першого виду належить інкасо фінансових документів, що не супроводжуються комерційними документами. Другий вид означає інкасо фінансових документів, що супроводжуються комерційними документами або інкасо виключно комерційних документів.

Інкасо здійснюється в таких формах:

- 1) одержання платежу — надання простого або переказного векселя, чека, платіжної розписки або інших фінансових документів для одержання платежу грошима;
- 2) акцепт переказного векселя — надання переказного векселя для його акцепту платником;
- 3) видача комерційних документів проти платежу — виконуючий банк видає комерційні документи (які можуть супроводжуватися фінансовими документами) платникові тільки за умови здійснення платежу грішми;
- 4) видача комерційних документів проти акцепту переказного векселя — виконуючий банк видає комерційні документи платникові тільки за умови акцепту переказного векселя;

⁵³⁹ Міжнародні правила по інкасо (редакція 1995 року). Публікація Міжнародної торговельної палати 1996 р. № 522 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=988_009.

5) видача документів на інших умовах — виконуючий банк видає документи платникові тільки при виконанні умов, зазначених в інкасовому дорученні⁵⁴⁰.

Документарне інкасо вигідне, зокрема, постачальнику товару, оскільки виконуючий банк фактично захищає його право на товар, не видаючи товаророзпорядчі документи покупцю до моменту здійснення оплати чи акцепту переказного векселя.

Частковий платіж може бути прийнятий виконуючим банком, якщо це встановлено банківськими правилами, або за наявності спеціального дозволу. Інкасовані суми, за відрахуванням належної оплати, негайно передаються виконуючим банком у розпорядження банку-емітента, який повинен зарахувати ці суми на рахунок клієнта. Якщо платіж та (або) акцепт не були отримані, виконуючий банк повинен негайно повідомити банк-емітент про причини неплатежу або відмови від акцепту, який у свою чергу повідомляє про це клієнта. У разі неотримання вказівок щодо подальших дій у визначений строк документи можуть бути повернуті банку-емітентові.

Виконуючий банк несе відповідальність за повноту та правильність акцепту переказного векселя, однак не несе відповідальності за дійсність та достовірність підпису або за наявність повноважень на його підписання.

Банки не несуть відповідальності за форму, достатність, точність, достовірність, подробику або правову силу будь-якого документа; вони також не несуть відповідальності за опис, кількість, вагу, якість, умови, упаковку, поставку, цінність або наявність товару, представленого будь-яким документом, або за сумнівність або дії та упушення, платоспроможність, виконання або репутацію відправників, перевізників, експедиторів, одержувачів чи страховиків товару, або будь-якої іншої особи.

§ 5. Розрахунки із застосуванням розрахункових чеків

ЦК визначає *розрахунковий чек (чек)* як документ, що містить нічим не обумовлене письмове розпорядження власника рахунка (чекодавця) банку переказати вказану у чеку грошову суму одержувачеві (чекодержателю) й визначає, що платником за чеком може бути лише банк, у якому чекодавець має грошові кошти на рахунку, якими він може розпоряджатися (ст. 1102).

Інструкція № 22 встановлює, що чеки використовуються лише для безготівкових перерахувань з рахунка *чекодавця* на рахунок *отримувача* коштів і не підлягають сплаті готівкою, крім випадків обміну чека фізичними особами на готівку або отримання здачі із суми чека готівкою, однак не більше ніж 20 відсотків його суми.

Чеки виготовляються спеціалізованим підприємством на спеціальному папері, брошуруються в розрахункові чекові книжки або виготовляються як окремі бланки та є документами суворого обліку. Чек має містити передбачені законодавством реквізити, за відсутності яких чи при внесенні до нього виправлень, а також по закінченні строку дії він є недійсним.

Чек оплачується за рахунок грошових коштів чекодавця, заброньованих на спеціально відкритому рахунку. Банк-емітент видає чекову книжку на ім'я чекодавця на суму, що не перевищує залишок коштів на рахунку чекодавця.

Строк дії чекової книжки — один рік, а чека, який видається фізичній особі для одноразового розрахунку, — три місяці з дати його видачі. Ці строки можуть продовжуватися за погодженням із банком-емітентом.

⁵⁴⁰ Юлдашев, О. Х. Міжнародне приватне право: теоретичні та прикладні аспекти [Текст] / О. Х. Юлдашев. – К. : МАУП, 2004. – С. 339.

Чек заповнюється чекодавцем власноручно або з використанням технічних засобів; не дозволяється внесення до чека виправлень та використання замість підпису факсиміле.

Забороняється передавання чека/чекової книжки його/її власником будь-якій іншій особі, а також підписання незаповнених бланків чека і проставлення на них відбитка печатки юридичними особами. За бажанням фізичної особи чек може виписуватися на ім'я іншої особи, яка стає його власником. Видача чеків на пред'явника не проводиться.

Чекодавець виписує чек із чекової книжки під час здійснення платежу і видає за отримані ним товари (виконані роботи, надані послуги). Виписуючи чек, чекодавець переписує на його корінець залишок ліміту з корінця попереднього чека і зазначає новий залишок ліміту.

Чек із чекової книжки пред'являється до оплати в банк чекодержателя протягом 10 календарних днів безпосередньо від чекодавця, на ім'я якого оформлені документи, що підтверджують отримання ним товарів (виконання робіт, надання послуг). Платник за чеком повинен пересвідчитися всіма можливими способами у справжності чека, а також у тому, що пред'явник чека є уповноваженою особою.

Чек підлягає оплаті шляхом його подання до банку чекодержателя на інкасо для одержання платежу, платіж здійснюється за правилами про інкасове доручення. Як правило, зарахування коштів за інкасованим чеком на рахунок чекодержателя провадиться після одержання платежу від платника.

Банк-емітент може відмовитися від оплати чека, якщо чек або реєстр чеків заповнено з порушенням вимог цієї глави або є виправлення, замість підпису стоїть факсиміле; чек виписаний чекодавцем на суму, більшу ніж заброньована на відповідному рахунку. У разі відмови за цих причин оплатити чек банк-емітент викреслює його з реєстру чеків, виправляє загальний підсумок і не пізніше наступного робочого дня надсилає цей чек до банку чекодержателя.

Чекодержатель повинен повідомити чекодавця про неплатіж протягом двох робочих днів, наступних за днем вчинення протесту або рівнозначного акта.

У разі відмови платника в оплаті чека чекодержатель має право пред'явити позов до суду із застосуванням скороченого строку позовної давності в один рік. Чекодержатель має право вимагати крім оплати суми чека відшкодування своїх витрат на одержання оплати, а також процентів.

Законом України «Про нотаріат»⁵⁴¹ (ст. 93) передбачається прийняття нотаріусами для пред'явлення до платежу чеків, поданих після закінчення десяти днів та посвідчення їх наступної несплати шляхом напису на чеку за встановленою формою. Одночасно з написом на чеку нотаріус надсилає повідомлення чекодавцеві про неоплату його чека банком і вчинення напису на чеку. На прохання чекодержателя нотаріус у разі несплати чека вчиняє виконавчий напис.

Питання для самоконтролю

1. Назвіть окремі види безготівкових розрахунків та визначте їх особливості.
2. Назвіть види платіжних документів (інструментів) та загальний порядок їх складання.
3. Поняття, зміст та виконання платіжного доручення.
4. Дайте визначення поняття платіжного доручення та назвіть його види.
5. Що слід розуміти під виконанням акредитива?
6. Яку відповідальність несе банк за порушення умов акредитива?

⁵⁴¹ Про нотаріат [Текст] : Закон України від 02.09.1993 р. // Відом. Верхов. Ради України. – 1993.– № 39. – Ст. 383.

РОЗДІЛ XIV

ЗОБОВ'ЯЗАННЯ ЩОДО РОЗПОРЯДЖАННЯ ПРАВАМИ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

ГЛАВА 59

РОЗПОРЯДЖАННЯ МАЙНОВИМИ ПРАВАМИ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

§ 1. Види договорів щодо розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності

Поняття та види договорів щодо розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності. Об'єкти права інтелектуальної власності мають нематеріальний характер, що зумовлює певні особливості майнових прав на них. Наприклад, майнові права на результати творчої діяльності обмежені у часі та просторі. До того ж не існує обмеження кола осіб, які одночасно можуть їх використовувати⁵⁴². Це дає можливість правоволодільцю, зокрема, не лише самостійно використовувати об'єкт інтелектуальної власності, а й одночасно надавати дозвіл на використання цього ж об'єкта іншим зацікавленим особам.

Наявність суттєвих відмінностей між об'єктами інтелектуальної власності та речами обумовила недоречність їх спільного регулювання як стосовно абсолютних, так і відносних правовідносин. Дійсно, недоцільно використовувати до нематеріальних творчих досягнень як положення, що стосуються права власності, так і договори, які традиційно стосуються майна.

Усе зазначене зумовило необхідність окремого правового регулювання договірних відносин у сфері інтелектуальної власності, чому і присвячені положення глави 75 ЦК.

Договори щодо розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності — це група договорів у сфері інтелектуальної власності, спрямованих на набуття, зміну або припинення майнових прав на об'єкти права інтелектуальної власності.

Відповідно до ст. 1107 ЦК існують такі види договорів щодо розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності:

- 1) ліцензія на використання об'єкта права інтелектуальної власності;
- 2) ліцензійний договір;
- 3) договір про створення за замовленням і використання об'єкта права інтелектуальної власності;
- 4) договір про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності;
- 5) інший договір щодо розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності.

⁵⁴² Досить вдалий приклад стосовно цього навів Бернард Шоу: «Якщо у вас є яблуко і у мене є яблуко і якщо ми поміняємося цими яблуками, то у вас і у мене залишається по одному яблуку. Якщо у вас є ідея і у мене є ідея і ми поміняємося ідеями, то у кожного з нас буде по дві ідеї».

Цей перелік не є вичерпним, оскільки законодавчо не можна передбачити все різнобарв'я договірних відносин у сфері інтелектуальної власності. Зокрема, до інших договорів можна віднести: 1) договір між співавторами; 2) договір між співвласниками охоронного документа (патенту чи свідоцтва); 3) договір про порядок розподілу прав на службові об'єкти інтелектуальної власності; 4) договір про передачу ноу-хау; 5) договір щодо управління майновими правами автора або інших суб'єктів авторського права і суміжних прав; 6) договір про передачу права на отримання патенту тощо.

Перш за все до цієї групи віднесено ліцензію на використання об'єкта права інтелектуальної власності. Дійсно, видача ліцензії може бути оформлена як самостійний документ чи шляхом укладення ліцензійного договору. Однак сама по собі ліцензія є одностороннім правочином і не може розглядатися як вид договору. Аналогічне розмежування можна провести на прикладі довіреності як одностороннього правочину і договору доручення.

Оскільки ліцензія є одностороннім правочином, то не доречно включати її поряд із ліцензійним договором як різновид договорів щодо розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності. Доцільніше було б ліцензії і ліцензійний договір регулювати спільно.

Якщо звернутися до назви, яку обрано для цієї групи договорів, то мова йде про **розпоряджання**, тобто визначення юридичної долі майнових прав. Причому зазначений термін у цьому випадку використовується як стосовно передачі майнових прав, так і щодо видачі дозволу на використання об'єктів права інтелектуальної власності.

Коли мова йде про речі, то їх власник має повноваження по володінню, користуванню і розпоряджанню. Стосовно відносних правовідносин реалізація останнього із зазначених прав може відбуватися шляхом укладення договорів на передачу майна у власність (зокрема, договорів купівлі-продажу, дарування тощо) і договорів на передачу майна у користування (договорів найму (оренди) та позички).

Якщо провести аналогію стосовно об'єктів права інтелектуальної власності, то у першому випадку, коли відбувається зміна правовласника, мова йде про укладення договору про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності, а у другому, коли надається право використання, — ліцензійного договору. Тому помилковими є думки на зразок того, що предметом договору дарування можуть бути права інтелектуальної власності⁵⁴³, винахід може бути предметом договору купівлі-продажу⁵⁴⁴ тощо. Якщо особа хоче передати іншій особі майнові права на об'єкт права інтелектуальної власності, то для цього немає потреби укладати договір купівлі-продажу чи дарування, оскільки існує спеціальна договірна конструкція, передбачена ЦК України, — договір про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності.

Доречно звернути увагу, що у сфері інтелектуальної власності не проводиться розмежування договорів на самостійні види залежно від того, чи обов'язку однієї сторони вчинити певну дію відповідає зустрічний обов'язок іншої сторони щодо надання матеріального або іншого блага. Інакше кажучи, якщо, наприклад, договори купівлі-продажу та найму є оплатними, а дарування та позички — безоплатними, то договір про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності та ліцензійний договір можуть бути як оплатними, так і безоплатними.

Крім зазначених, до цієї групи віднесено також договір про створення за замовленням і використання об'єкта права інтелектуальної власності. За своєю суттю ці відносини близькі до договорів на виконання робіт. Оскільки у цьому випадку мова йде перш за все про створення результату творчої діяльності, то цей договір не

⁵⁴³ Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України [Текст] : у 2 т. / за відп. ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. – К. : Юрінком Інтер, 2005. – Т. II. – С. 299 (авт. – А. Р. Домбругова).

⁵⁴⁴ Цивільне право України [Текст] : підручник / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. – К. : Юрінком Інтер, 2002. – Кн. 2 – С. 253.

зовсім охоплюється поняттям «розпорядження». Хоч якось обґрунтувати таку позицію можна хіба що тим, що за цим договором все ж таки може бути встановлено механізм розподілу прав на створений у майбутньому об'єкт. Імовірно, що саме на цю обставину було зроблено акцент.

Враховуючи вищенаведене і невичерпний перелік зазначених договорів, видається, що доречніше було поєднати глави 75 «Розпорядження майновими правами інтелектуальної власності» і 76 «Комерційна концесія» ЦК України та назвати *«Договори у сфері інтелектуальної власності»*.

Предмет договорів щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності. Оскільки об'єкт інтелектуальної власності є нематеріальним, то передати його в традиційному розумінні неможливо. До того ж сам об'єкт інтелектуальної власності взагалі не може бути предметом навіть договору про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності. Для набувача цінність являють майнові права інтелектуальної власності на результат творчої діяльності, які охороняються в силу приписів законодавства. Тому праволоділець може розпоряджатися лише належними йому майновими правами інтелектуальної власності на об'єкт, а не самим об'єктом.

Щоб не виникало ніяких сумнівів, наприклад, у п. 4 ст. 129 Цивільного кодексу Російської Федерації «Оборотоздатність об'єктів цивільних прав» зазначено: «Результати інтелектуальної діяльності і прирівняні до них засоби індивідуалізації (ст. 1225) не можуть відчужуватися або іншим способом переходити від однієї особи до іншої. Однак права на такі результати і засоби, а також матеріальні носії, в яких виражені відповідні результати чи засоби, можуть відчужуватися або іншими способами переходити від однієї особи до іншої у випадках і в порядку, які встановлені цим Кодексом».

Хоча в законодавстві України відсутня подібна норма, однак уже сама назва договорів щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності, закріплених у главі 75 ЦК України, свідчить, що договори укладаються з метою вирішення юридичної долі майнових прав інтелектуальної власності, а не об'єктів інтелектуальної власності. Отже, якщо особа дотрималась встановлених у законодавстві умов і набула особистих немайнових та майнових прав інтелектуальної власності на певний об'єкт, то вона має можливість розпорядитися не цим об'єктом інтелектуальної власності, а саме майновими правами на нього.

Той факт, що ЦК розширив предмет договорів купівлі-продажу (ст. 656 ЦК), дарування (ст. 718 ЦК) та найму (оренди) (ст. 760 ЦК) майновими правами, зовсім не свідчить про віднесення сюди майнових прав інтелектуальної власності. При проведенні розмежування між зазначеними договорами, з однієї сторони, і договором про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності та ліцензійним договором, з другої сторони, необхідно враховувати сферу застосування цих договорів. Правовою формою реалізації прав інтелектуальної власності є договір про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності та ліцензійний договір⁵⁴⁵. Тому в положеннях ЦК стосовно купівлі-продажу, дарування, найму (оренди) доречно зазначити, що їх предметом можуть бути майнові права, за винятком майнових прав інтелектуальної власності щодо яких застосовуються спеціальні договірні конструкції, передбачені главами 75 та 76 ЦК.

Сторони договорів щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності. Суб'єктами правовідносин, які виникають стосовно об'єктів інтелектуальної власності, можуть бути як фізичні, так і юридичні особи. Оскільки мова йде про наділення іншої особи правами стосовно об'єкта права інтелектуальної власності, то однією зі сторін договору повинна бути особа, що має майнові права на результат творчої діяльності. Зазвичай, це автор, власник охоронного документа (патенту чи свідоцтва) чи їх правонаступники.

⁵⁴⁵ У зв'язку з цим сумнівною є точка зору, що виключні права інтелектуальної власності можуть бути подаровані за договором дарування (див.: Гражданское право [Текст] : в 4 т. : учебник / В. В. Витрянский и др. ; отв. ред. Е. А. Суханов. – 3-е изд., перераб. и доп. – М. : Волтерс Клувер, 2008. Т. 4: Обязательственное право. – С. 12).

Оскільки автором чи винахідником може бути неповнолітня особа, то норми законодавства надають можливість фізичній особі у віці від чотирнадцяти до вісімнадцяти років самостійно здійснювати права на результати інтелектуальної, творчої діяльності, що охороняються законом (ч. 1 ст. 32 ЦК).

Укладаючи зазначені правочини, сторони керуються принципом свободи договору. Однак є певні обмеження у випадку специфіки об'єкта. Зокрема, стосовно секретного винаходу чи секретної корисної моделі можна видати ліцензію чи передати майнові права тільки за погодженням із Державним експертом з питань таємниць (п. 6, 7 ст. 28 Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі»⁵⁴⁶).

Форма договорів щодо розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності та їх державна реєстрація. Договори щодо розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності мають бути укладені у письмовій формі. На відміну від загального правила стосовно недотримання письмової форми, для розглядуваних договорів встановлені спеціальні правові наслідки: у разі недодержання письмової форми договору щодо розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності такий договір є нікчемним (ч. 2 ст. 1107 ЦК).

Як виняток, законом можуть бути встановлені випадки, в яких зазначений договір може укладатись усно. Зокрема, відповідно до п. 1 ст. 33 Закону України «Про авторське право і суміжні права» в усній формі може укладатись договір про використання (опублікування) твору в періодичних виданнях (газетах, журналах тощо)⁵⁴⁷.

За загальним правилом законодавство не передбачає обов'язкової державної реєстрації договорів щодо розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності. Однак на вимогу будь-якої сторони ліцензія на використання об'єкта права інтелектуальної власності, ліцензійний договір, договір про створення за замовленням і використання об'єкта права інтелектуальної власності та договір про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності можуть бути зареєстровані у порядку, встановленому законом (ст. 1114 ЦК)⁵⁴⁸. Використовуючи цю можливість, сторона договору має право на офіційне загальнодоступне інформування інших осіб про укладення зазначених договорів. Таке інформування здійснюється шляхом публікації в офіційному бюлетені «Промислова власність» відомостей в обсязі та порядку, встановлених Державним департаментом інтелектуальної власності, з одночасним внесенням їх до відповідного Державного реєстру.

Оскільки державна реєстрація зазначених договорів є факультативною, то її відсутність не впливає на чинність прав, наданих за ліцензією або іншим договором, та інших прав на відповідний об'єкт права інтелектуальної власності, зокрема на право ліцензіата на звернення до суду за захистом свого права (ч. 1 ст. 1114 ЦК).

Виняток із цього загального правила стосується договору про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності на винахід, корисну модель, промисловий зразок, торговельну марку, компонування інтегральної мікросхеми, сорт рослин чи породи тварин. У цьому випадку договір є чинним лише з моменту його державної реєстрації в Державному департаменті інтелектуальної власності України. Пояснюється це тим, що відповідно до ч. 2 ст. 1114 ЦК факт передання виключних майнових прав інтелектуальної власності,

⁵⁴⁶ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо правової охорони інтелектуальної власності [Текст] : Закон України від 22.05.2003 // Відом. Верхов. Ради України. – 2003. – № 35. – Ст. 271.

⁵⁴⁷ Офіц. вісн. України. – 2001. – № 32. – Ст. 1450. Закон діє в редакції від 11.07.2001 р.

⁵⁴⁸ Незважаючи на зазначені положення ЦК, на практиці на сьогодні існує можливість реєстрації лише ліцензійних договорів та договорів про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності в Державному департаменті інтелектуальної власності України.

які відповідно до ЦК або іншого закону є чинними після їх державної реєстрації, підлягає державній реєстрації.

Такий підхід є цілком виправданим. Оскільки всі охоронні документи підлягають обов'язковому внесенню до відповідного Державного реєстру, то зміна правовласника повинна знайти у них відображення. Лише при такому підході зберігається цінність реєстрів, звернувшись до яких можна достовірно встановити особу, що має право інтелектуальної власності на певний об'єкт.

Оскільки авторське право на твір виникає внаслідок факту його створення, то не існує необхідності реєстрації договорів стосовно цих об'єктів (ст. 11 Закону України «Про авторське право і суміжні права»⁵⁴⁹).

Таким чином, договір про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності стосовно запатентованих об'єктів підлягає обов'язковій державній реєстрації, а стосовно об'єктів авторського права вона є факультативною.

§ 2. Ліцензія на використання об'єкта права інтелектуальної власності

Одним із повноважень особи, яка має майнові права інтелектуальної власності, є виключне право дозволяти використання результату творчої діяльності іншими особами. Це право може бути реалізовано шляхом видачі ліцензії чи укладення ліцензійного договору.

Ліцензія — це дозвіл. Це поняття відоме не лише цивільному, а й іншим галузям права. Наприклад, в адміністративному праві під ним розуміють спеціальний дозвіл, який видається уповноваженими державними органами. Що стосується відносин інтелектуальної власності, то тут ліцензію може видавати особа, яка має майнові авторські права, чи власник охоронного документа (патенту чи свідоцтва) на винахід, корисну модель, промисловий зразок, торговельну марку, компонування інтегральної мікросхеми, сорт рослин чи породу тварин.

Ліцензія на використання об'єкта права інтелектуальної власності — це письмове повноваження, видане особою, яка має виключне право дозволяти використання об'єкта права інтелектуальної власності (ліцензіара), іншій особі (ліцензіату), яке надає їй право на використання цього об'єкта в певній обмеженій сфері.

Така ліцензія може бути оформлена як окремий документ або бути складовою частиною ліцензійного договору.

Залежно від різноманітних підстав (предмет, обсяг прав, умови і підстави їх надання тощо) можна провести класифікацію ліцензій на види.

За **предметом ліцензії** розрізняють ліцензії на винахід, корисну модель, промисловий зразок, торговельну марку, компонування інтегральної мікросхеми, сорт рослин, породу тварин або об'єкт авторського права.

За **обсягом прав, що надаються**, розрізняють обмежені і повні ліцензії. ЦК закріплює три види **обмежених** ліцензій: виключна, одинична, невиключна (ч. 3 ст. 1108 ЦК). Ця відмінність проводиться залежно від того, якою мірою виключена конкуренція ліцензіара та інших осіб зі сфери діяльності ліцензіата. Вибір типу ліцензії залежить передусім від обсягу ринку і характеру об'єкта.

Невиключна ліцензія не виключає можливості використання ліцензіаром об'єкта права інтелектуальної власності у сфері, що обмежена цією ліцензією, та видачі ним іншим особам ліцензій на використання цього об'єкта у зазначеній сфері. Отже, повноваження власника охоронного документа ні за змістом, ні за обсягом не зменшуються. У цивілістичній літературі невиключну ліцензію ще називають простою.

⁵⁴⁹ Офіц. вісн. України. – 2001. – № 32. – Ст. 1450. Закон діє в редакції від 11.07.2001 р.

На практиці невиключні ліцензії поширені, як правило, у тих галузях, де творчі досягнення належать до сфери масового виробництва і широкого споживання. Пояснюється це тим, що тут існує постійна потреба у створюваній продукції, тому наявність декількох підприємців не буде перешкоджати її нормальній реалізації. Крім того, декілька ліцензіатів швидше освоюють ринок. Однак слід мати на увазі, що значна перевага невиключних ліцензій свідчить про слабо розвинену економіку, про недостатню конкуренцію на внутрішньому ринку. Отже, невиключний ліцензіат розуміє, що не лише він використовуватиме об'єкт інтелектуальної власності, оскільки на ринку у нього можуть бути конкуренти, які можуть мати аналогічні права (це сам правоволоділець та інші ліцензіати).

Одинична ліцензія видається лише одному ліцензіату і виключає можливість видачі ліцензіаром іншим особам ліцензій на використання об'єкта права інтелектуальної власності у сфері, що обмежена цією ліцензією, але не виключає можливості використання ліцензіаром цього об'єкта у зазначеній сфері. Можливо, саме тому, що поряд із правоволодільцем в обумовлених межах може застосовувати об'єкт інтелектуальної власності лише один ліцензіат, у літературі такий вид ліцензії називають одноособовою. Отже, у випадку видачі такої ліцензії на ринку може бути два конкурента — ліцензіат і правоволоділець.

Виключна ліцензія видається лише одному ліцензіату і виключає можливість використання ліцензіаром об'єкта права інтелектуальної власності у сфері, що обмежена цією ліцензією, та видачі ним іншим особам ліцензій на використання цього об'єкта у зазначеній сфері.

У цьому випадку ліцензіар надає ліцензіату право виняткового використання предмета ліцензії в обумовлених межах, відмовляючись у той же час від використання і надання іншим особам ліцензій на аналогічних умовах. Однак за цими межами ліцензіар може як самостійно використовувати даний результат, так і видавати іншим особам ліцензії, що не суперечать умовам уже виданої ліцензії. Отже, якщо особа отримала виключну ліцензію, то у неї відсутні конкуренти, оскільки тільки вона має право використовувати об'єкт інтелектуальної власності в обумовлених межах.

Специфіка об'єктів інтелектуальної власності дає можливість ліцензіару вводити різноманітні обмеження при видачі ліцензії. Вони можуть стосуватися території, кількості, способів використання, сфери та терміну застосування предмета ліцензії тощо. Так, територія дії наданого дозволу може збігатися з територіальною сферою чинності охоронного документа (патенту чи свідоцтва) або бути більш обмеженою. Ліцензія може бути надана не на всі можливі способи використання об'єкта інтелектуальної власності, а лише на деякі (застосування, виготовлення, продаж тощо). Обсяг прав, що надаються, можна обмежити певною сферою або галуззю промисловості чи окреслити за допомогою кількісних показників, наприклад, виробничої потужності, річного випуску продукції тощо. Тобто можливо одночасно надати декілька виключних ліцензій на один і той же результат творчої діяльності в різних межах.

Ліцензія може бути видана у межах строку чинності виключного майнового права на об'єкт інтелектуальної власності. Строк ліцензії залежить від багатьох чинників і мети, що переслідується. Так, ліцензії будуть більш тривалими у випадку високої складності і трудомісткості налагодження виробництва або коли освоєння переданих за ліцензією об'єктів вимагає значних капіталовкладень, будівництва нових споруд тощо.

Виключна ліцензія, як правило, видається з метою усунення небажаної конкуренції, або якщо в силу характеру запатентованого об'єкта обсяг збуту товарів, вироблених на його базі, буде невеликий (наприклад, деяких видів медикаментів).

На практиці часто зустрічаються випадки, коли ліцензіат одержує на одній території виключну ліцензію, а на іншій — невиключну. Або ліцензіар може надати виключну ліцензію на виробництво і невиключну на збут тощо.

Зміст **повної ліцензії** полягає у тому, що ліцензіар надає ліцензіату повністю всі права на використання об'єкта інтелектуальної власності впродовж усього терміну її дії. У даному випадку ліцензія видається без будь-яких обмежень, тобто ліцензіат фактично займає місце ліцензіара впродовж строку дії ліцензії.

Видача повної ліцензії доцільна у випадку відсутності у ліцензіара достатніх умов для використання об'єкта інтелектуальної власності, у той час як коло потенційних ліцензіатів вкрай обмежене. На практиці такий вид дозволу зустрічається рідко.

Залежно від **умов надання** розрізняють субліцензії, перехресні, зворотні і відкриті ліцензії.

Субліцензія (залежна ліцензія) — це письмове повноваження на використання об'єкта права інтелектуальної власності, надане іншій особі ліцензіатом за письмовою згодою ліцензіара.

Незалежно від виду ліцензії ліцензіат має право видавати субліцензії лише у випадку, якщо це прямо передбачено в договорі чи додатку до нього. Межі прав, що надаються за субліцензією, обмежуються умовами основної ліцензії. Ліцензіат повинен покласти на субліцензіата такі самі обов'язки, які взяв на себе (наприклад, відносно якості продукції). Оскільки субліцензія може бути надана в межах основної ліцензії, то вона повністю залежить від неї і припиняється у випадку припинення її дії.

Перехресна ліцензія («крос-ліцензія») передбачає взаємний обмін правами на використання об'єктів інтелектуальної власності, які досить часто доповнюють один одного. Наприклад, у випадку залежних результатів творчої діяльності, коли права, надані більш пізнім патентом, не можуть бути реалізовані без отримання ліцензії на прототип⁵⁵⁰, що охороняється іншим патентом. У свою чергу власник останнього зацікавлений у набутті права використання більш досконалих рішень. Тому в цій ситуації обмін ліцензіями є найбільш доцільним способом реалізації прав.

Зворотною називається ліцензія, яка надає ліцензіару право на використання результату творчої діяльності, розробленого ліцензіатом на підставі отриманих від ліцензіара знань у результаті поліпшення і вдосконалення предмета основної ліцензії.

Відкрита ліцензія (так звана ліцензія по праву) має місце у випадку, якщо патентовласник згоден надати право на використання об'єкта інтелектуальної власності будь-якій фізичній або юридичній особі за умови виплати винагороди.

Згідно з чинним законодавством власник патенту може подати до Державного департаменту інтелектуальної власності для офіційного опублікування заяву про надання будь-якій особі права на використання винаходу, корисної моделі, промислового зразка чи сорту рослин. У цьому випадку мито за підтримання чинності патенту знижується на 50 %, починаючи з року, наступного за роком публікації такої заяви. Особа, яка виявила бажання скористатися зазначеним дозволом, зобов'язана укласти з патентовласником договір про платежі. За своєю суттю така ліцензія може мати лише невиключний характер, оскільки кілька осіб можуть скористатися наданим правом та й сам патентовласник не позбавляється можливості використовувати об'єкт.

⁵⁵⁰ Прототипом у патентному праві називають об'єкт техніки (пристрій, речовину або процес (спосіб)), найбільш близький за кількістю ознак, які збігаються, з об'єктом заявки, на захист якого вона подана.

Законодавство України надає патентовласнику право на відкликання відкритої ліцензії, якщо ні від кого не надійшло пропозицій відносно використання об'єкта. У цьому разі річний збір за підтримання чинності патенту сплачується у повному розмірі, починаючи з року, наступного за роком публікації такого клопотання.

Залежно від *підстав видачі дозволу* (договір чи адміністративний акт компетентного державного органу) розрізняють добровільні і примусові ліцензії.

При наданні **добровільної ліцензії** дотримується принцип свободи договору. Це виявляється у тому, що сторони вільні у виборі контрагента і визначенні умов дозволу (обсягу прав, що надаються, території і терміну дії ліцензії, розміру і порядку сплати винагороди тощо).

Примусова ліцензія — це дозвіл, що видається без згоди патентовласника компетентним державним органом (судом, господарським судом або Кабінетом Міністрів України) зацікавленій особі на використання винаходу, корисної моделі чи промислового зразка. Ці ж органи визначають у своєму рішенні обсяг такого застосування, термін дії дозволу, розмір і порядок виплати винагороди власнику патенту.

Слід мати на увазі, що наведені класифікації мають умовний характер і їх перелік не є вичерпним. З одного боку, це пояснюється тим, що на практиці ці види ліцензій можуть виступати як у чистому вигляді, так і у поєднанні. З другого боку, аналіз ліцензій за кожною з підстав розподілу, хоча і виявить їх особливі риси, однак дасть односторонню, неповну характеристику. Тому для цілісної картини доцільно кожен конкретну ліцензію розглядати водночас із точки зору різних класифікацій.

§ 3. Ліцензійний договір

Ліцензійний договір — це договір, за яким одна сторона (ліцензіар) надає другій стороні (ліцензіату) дозвіл на використання об'єкта права інтелектуальної власності (ліцензію) на умовах, визначених за взаємною згодою сторін з урахуванням вимог законодавства (ч. 1 ст. 1109 ЦК).

При цьому необхідно враховувати положення як ЦК, так і спеціального закону, який регламентує відносини, що виникають з приводу саме того об'єкта, стосовно якого укладається договір. Це цілком закономірно, оскільки ЦК містить загальні положення стосовно всіх об'єктів інтелектуальної власності, а особливості зазначаються у спеціальних нормативних актах.

Правова характеристика договору: реальний⁵⁵¹, двосторонній, оплатний чи безоплатний.

У випадку укладення ліцензійного договору відбувається добровільне звууження прав володільця виключних майнових прав інтелектуальної власності, оскільки розширюється коло осіб, які можуть

⁵⁵¹ Стосовно правової характеристики договорів у сфері інтелектуальної діяльності не існує єдиної позиції. Зокрема, Е. П. Гаврилов вважає, що будь-які договори по розпорядженню нематеріальними об'єктами, в тому числі договори про відчуження виключного права та ліцензійні договори, не можуть бути реальними за своєю суттю, а завжди є консенсуальними (Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (постатейный). Часть четвертая [Текст] / Э. П. Гаврилов, О. А. Горонов, С. П. Гришаев и др. — М. : ТК Велби, Проспект, 2007. — С. 30–31, 35). Така позиція пояснюється тим, що укладення зазначених договорів не може пов'язуватися з передачею майна і висловлюється, незважаючи на те, що ЦК Російської Федерації у визначеннях договорів використовує формулювання «передає або зобов'язується передати» (стосовно договору про відчуження виключного права) чи «надає або зобов'язується надати» (стосовно ліцензійного договору). До того ж, відповідно до п. 4 ст. 1234 ЦК Російської Федерації, виключне право на результат інтелектуальної діяльності чи на засіб індивідуалізації переходить від правоволодільця до набувача в момент укладення договору про відчуження виключного права, якщо за згодою сторін не передбачено інше. Якщо ж договір підлягає державній реєстрації, то право переходить до набувача в момент державної реєстрації договору. Отже, за загальним правилом, такий договір є реальним.

Що стосується ЦК України, то зазначені договори сформульовані як реальні, оскільки у визначенні ліцензійного договору використано термін «надає», а договору про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності — «передає». Тому сам факт укладення договору означає, що з цього моменту контрагент набув зазначених договором прав. Такий підхід є цілком виправданим, оскільки знімає проблему доведення факту виконання договору правоволодільцем стосовно обов'язку наділити правами контрагента.

використовувати належний йому результат творчої діяльності. Інакше кажучи, укладаючи ліцензійний договір, правовласник ніби знімає з контрагента встановлену законодавством заборону на використання зазначеного об'єкта інтелектуальної власності.

Предметом ліцензійного договору є ліцензія (дозвіл на використання об'єкта права інтелектуальної власності), а **об'єктом** — винахід, корисна модель, промисловий зразок, торговельна марка, компонування інтегральної мікросхеми, сорт рослин, порода тварин, твір науки, літератури чи мистецтва, комп'ютерна програма, база даних чи об'єкт суміжних прав.

Таким чином, договір на використання будь-яких об'єктів інтелектуальної власності за своєю природою є ліцензійним договором. Він є універсальною правовою конструкцією, за допомогою якої зацікавлені особи набувають права використання належних іншим особам результатів творчої діяльності. Тому слід враховувати, що така назва договорів, як «авторський договір», «видавничий договір», не свідчить про самостійний вид договору, а лише вказує, що відносини виникають стосовно об'єктів авторського права⁵⁵². Однак за своєю суттю залежно від змісту договору це може бути, зокрема, ліцензійний договір або договір про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності. Так, якщо за видавничим договором надається лише право на тиражування твору без відчуження прав, то це буде ліцензійний договір, а тому потрібно застосовувати відповідні положення ЦК про ліцензійний договір. У випадку виникнення труднощів при вирішенні питання, який насправді договір уклали сторони, можна вдатися до тлумачення договору відповідно до ст. 213 ЦК України.

Сторонами ліцензійного договору є ліцензіар і ліцензіат, якими можуть бути як фізичні, так і юридичні особи.

Ліцензіар — це особа, якій належать виключні майнові права інтелектуальної власності (особа, яка має майнові авторські чи суміжні права, або власник охоронного документа (патенту чи свідоцтва) на винахід, корисну модель, промисловий зразок, торговельну марку, компонування інтегральної мікросхеми, сорт рослин чи породи тварин).

Ліцензіат — це особа, якій надано дозвіл на використання об'єкта права інтелектуальної власності (ліцензію).

Зміст ліцензійного договору. При визначенні змісту договору сторони керуються принципом свободи договору. Однак умови ліцензійного договору, які суперечать положенням чинного законодавства України, є нікчемними (ч. 9 ст. 1109 ЦК).

Для полегшення узгодження умов договору законодавством України передбачається можливість затвердження уповноваженими відомствами або творчими спілками типового ліцензійного договору. У цьому випадку, звичайно, сторони також зможуть на свій розсуд включати в ліцензійний договір бажані для них умови, які не передбачені типовим договором. Однак умови ліцензійного договору, укладеного з творцем об'єкта права інтелектуальної власності, що погіршують його становище порівняно зі становищем,

⁵⁵² До цього часу законодавство України у сфері інтелектуальної власності не приведене у відповідність із ЦК. Зокрема, відповідно до ст. 32 Закону України «Про авторське право і суміжні права» передача права на використання твору іншим особам може здійснюватися на основі авторського договору про передачу виключного права на використання твору або на основі авторського договору про передачу невиключного права на використання твору.

За авторським договором про передачу виключного права на використання твору автор (чи інша особа, яка має виключне авторське право) передає право використовувати твір певним способом і у встановлених межах тільки одній особі, якій ці права передаються, і надає цій особі право дозволяти або забороняти подібне використання твору іншим особам. При цьому за особою, яка передає виключне право на використання твору, залишається право на використання цього твору лише в частині прав, що не передаються.

За авторським договором про передачу невиключного права на використання твору автор (чи інша особа, яка має авторське право) передає іншій особі право використовувати твір певним способом і у встановлених межах. При цьому за особою, яка передає невиключне право, зберігається право на використання твору і на передачу невиключного права на використання твору іншим особам.

Оскільки в обох зазначених випадках мова йде про використання твору, то за своєю суттю ці договірні конструкції відповідно до ЦК є ліцензійними договорами. Різниця між ними полягає лише в тому, що у першому випадку буде виключна ліцензія, а у другому — невиключна.

передбаченим законом або типовим договором, є нікчемними і замінюються умовами, встановленими типовим договором або законом (ст. 1111 ЦК).

З урахуванням природи ліцензійного договору законодавство передбачає, що в *ліцензійному договорі визначаються*: 1) вид ліцензії; 2) сфера використання об'єкта права інтелектуальної власності (конкретні права, що надаються за договором, способи використання зазначеного об'єкта, територія та строк, на які надаються права, тощо); 3) розмір, порядок і строки виплати винагороди за використання об'єкта права інтелектуальної власності; 4) якщо в ліцензійному договорі про видання або інше відтворення твору винагорода визначається у вигляді фіксованої грошової суми, то в договорі має бути встановлений максимальний тираж твору (частини 3, 8 ст. 1109 ЦК).

Коли ліцензійний договір укладається стосовно торговельної марки, то він має містити умову про те, що якість товарів і послуг, виготовлених чи наданих за ліцензійним договором, не буде нижчою від якості товарів і послуг власника свідоцтва і що останній здійснюватиме контроль за виконанням цієї умови (п. 8 ст. 16 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг»⁵⁵³). Ця умова договору є істотною для ліцензійного договору стосовно торговельної марки. У випадку її відсутності договір вважається неукладеним. Таким чином здійснюється захист прав споживача, для якого торговельна марка служить перш за все гарантією певної якості товару⁵⁵⁴.

Однак деякі із вищезазначених умов ліцензійного договору, закріплених у ч. 3 ст. 1109 ЦК (такі як вид ліцензії, територія та строк), можуть бути відсутніми, оскільки діятиме загальне правило, передбачене ЦК. Ця обставина перетворює зазначені умови з істотних у звичайні, а тому навіть при відсутності цих умов у договорі договір вважається укладеним.

Зокрема, якщо у договорі не зазначено вид ліцензії, то вважається, що за ліцензійним договором надається невиключна ліцензія (ч. 4 ст. 1109 ЦК). Що стосується сфери використання об'єкта права інтелектуальної власності, то у разі відсутності в договорі умови про територію, на яку поширюються надані права на використання об'єкта права інтелектуальної власності, дія ліцензії поширюється на територію України (ч. 7 ст. 1109 ЦК).

Законодавець зазначає, що ліцензійний договір укладається на строк, встановлений договором, який повинен спливати не пізніше спливу строку чинності виключного майнового права на визначений у договорі об'єкт права інтелектуальної власності. У разі відсутності у договорі умови про **строк** договору він вважається укладеним на строк, що залишився до спливу строку чинності виключного майнового права на визначений у договорі об'єкт права інтелектуальної власності, але не більше ніж на п'ять років. Якщо за шість місяців до спливу зазначеного п'ятирічного строку жодна із сторін не повідомить письмово іншу сторону про відмову від договору, договір вважається продовженим на невизначений строк. У цьому випадку кожна із сторін може в будь-який час відмовитися від договору, письмово повідомивши про це другу сторону за шість місяців до розірвання договору, якщо більший строк для повідомлення не встановлений за домовленістю сторін (частини 1, 3 ст. 1110 ЦК).

Слід враховувати, що права на використання об'єкта права інтелектуальної власності та способи його використання, які не визначені у договорі, вважаються такими, що не надані ліцензіату.

⁵⁵³ Відом. Верхов. Ради України. – 1994. – № 7. – Ст. 36. Прийнятий 15.12.1993 р.

⁵⁵⁴ Законодавство Російської Федерації використовує дещо інший механізм захисту прав споживача. Відповідно до ч. 2 ст. 1489 ЦК Російської Федерації ліцензіар зобов'язаний забезпечити відповідність якості вироблених чи реалізованих ним товарів, на яких він розмістив ліцензійний товарний знак, вимогам якості, встановлених ліцензіаром, а останній вправі здійснювати контроль за виконанням цієї умови. Однак за вимогами, що пред'являються до ліцензіата як виробника товарів, ліцензіат і ліцензіар несуть солідарну відповідальність.

Положення ЦК закріплюють, що ліцензіар може відмовитися від ліцензійного договору у разі порушення ліцензіатом встановленого договором терміну початку використання об'єкта права інтелектуальної власності (ч. 2 ст. 1110 ЦК).

Умовами ліцензійного договору може бути надано право ліцензіату укласти **субліцензійний договір**. За цим договором ліцензіат надає іншій особі (субліцензіату) субліцензію на використання об'єкта права інтелектуальної власності. У цьому разі відповідальність перед ліцензіаром за дії субліцензіата несе ліцензіат, якщо інше не встановлено ліцензійним договором (п. 2 ст. 1109 ЦК).

Винагорода за наданий дозвіл може бути встановлена у вигляді фіксованої грошової суми (паушальний платіж), періодичних платежів (роялті) чи їх поєднання (комбінованих платежів).

§ 4. Договір про передавання виключних майнових прав інтелектуальної власності

Договір про передавання виключних майнових прав інтелектуальної власності — це договір, за яким одна сторона (особа, що має виключні майнові права) передає другій стороні частково або у повному складі ці права відповідно до закону та на визначених договором умовах (ч. 1 ст. 1113 ЦК).

Правова характеристика договору: реальний, двосторонній, оплатний чи безоплатний.

При укладенні договору про передавання виключних майнових прав інтелектуальної власності права відчужуються, тобто передаються безповоротно. У зв'язку з цим особа, якій передані виключні майнові права, стає правонаступником. Тому до неї переходять усі права і обов'язки стосовно об'єкта інтелектуальної власності. Зокрема, укладення договору про передавання виключних майнових прав інтелектуальної власності не впливає на ліцензійні договори, які були укладені раніше.

Та обставина, що у визначенні договору міститься формулювання, що особа може передати виключні майнові права частково або у повному складі, зовсім не означає, що можна передати лише одне з повноважень, наприклад право на використання. У цьому випадку, незважаючи на назву, фактично був би укладений ліцензійний договір. Можливість часткової передачі прав на об'єкти інтелектуальної власності не є універсальною, а існує лише за наявності специфіки певних об'єктів інтелектуальної власності. Зокрема, можна зареєструвати як торговельну марку певне позначення стосовно кількох товарів чи послуг. Фактично у цьому випадку відбувається поєднання кількох об'єктів, оскільки саме позначення стосовно кожного товару чи послуги може бути самостійною торговельною маркою. Тому в такому випадку праволоділець може передати іншій особі виключні майнові права на торговельну марку стосовно лише частини товарів чи послуг, залишивши за собою іншу частину.

Якщо проводити розмежування між видачею ліцензії і укладенням договору про передавання виключних майнових прав інтелектуальної власності, то, як уже зазначалося, у першому випадку надається право використання, а у другому відбувається заміна володільця виключних майнових прав.

Хоча надання повної ліцензії на весь строк дії охоронного документа за своїм економічним значенням рівноцінно передачі права на об'єкт, однак з юридичної точки зору між відчуженням виключних майнових прав інтелектуальної власності і повною ліцензією є суттєві відмінності. Так, договір повної ліцензії може бути укладений на певний термін, по закінченні якого всі повноваження поновлюються у повному обсязі у володільця охоронного документа (патенту чи свідоцтва). Слід також враховувати, що дозвіл може бути достроково припинений. Крім того, у випадку передачі виключних майнових прав інтелектуальної власності на умовах, наприклад, виплати періодичних відрахувань від суми реалізації запатентованих виробів несплата

кількох чергових внесків не тягне за собою поновлення прав на об'єкт інтелектуальної власності у попереднього правовласника. Що ж стосується повної ліцензії, виданої на аналогічних умовах, то така бездіяльність ліцензіата може служити підставою припинення її дії, якщо це обумовлено при її видачі⁵⁵⁵.

Незважаючи на те, що в результаті видачі повної ліцензії можливість використання об'єкта інтелектуальної власності самим ліцензіаром вичерпана, він залишається його формальним правовласником, якому не байдужа подальша доля цього результату творчої діяльності. А при відчуженні прав усі зазначені майнові права на об'єкт інтелектуальної власності переходять до правонаступника.

Договір про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності може бути укладений як стосовно об'єктів інтелектуальної власності, які підлягають обов'язковій реєстрації (винахід, корисна модель, промисловий зразок, торговельна марка, компонування інтегральної мікросхеми, сорт рослин, порода тварин), так і об'єктів авторського чи суміжних прав.

Законодавчо передбачені певні **умови**, дотримання яких є обов'язковим при укладенні договору про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності. Ці обмеження принципу свободи договору направлені на захист прав та інтересів правоволодільців та споживачів.

Зокрема, умови договору про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності, що погіршують становище творця відповідного об'єкта або його спадкоємців порівняно зі становищем, передбаченим ЦК та іншим законом, а також обмежують право творця на створення інших об'єктів, є нікчемними (ч. 3 ст. 1113 ЦК).

Майнові права, що передаються за договором, мають бути у ньому визначені. У цьому випадку застосовується загальне правило: майнові права, не зазначені в авторському договорі як відчужувані, вважаються такими, що не передані (п. 1 ст. 31 Закону України «Про авторське право і суміжні права»⁵⁵⁶).

Якщо договір укладається з метою відчуження права на торговельну марку, то воно не допускається, якщо може стати причиною введення в оману споживача щодо товару і послуги або щодо особи, яка виготовляє товар чи надає послугу (п. 7 ст. 16 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг»⁵⁵⁷).

§ 5. Договір про створення за замовленням і використання об'єкта права інтелектуальної власності

Договір про створення за замовленням і використання об'єкта права інтелектуальної власності — це договір, за яким одна сторона (творець — письменник, художник тощо) зобов'язується створити об'єкт права інтелектуальної власності відповідно до вимог другої сторони (замовника) та в установленій строк (ч. 1 ст. 1112 ЦК).

Правова характеристика договору: консенсуальний, двосторонній, оплатний чи безоплатний.

⁵⁵⁵ ЦК Російської Федерації в ч. 5 ст. 1234 передбачає додаткові гарантії захисту прав відчужувача. Так, у разі істотного порушення обов'язку виплатити правоволодільцю в установленій договором про відчуження виключного права строк винагороди за набуття виключного права на результат інтелектуальної діяльності чи засіб індивідуалізації попередній правоволодільць вправі вимагати в судовому порядку переводу на себе прав набувача виключного права і відшкодування збитків, якщо виключне право перейшло до його набувача. Якщо ж виключне право не перейшло до набувача, то при порушенні ним обов'язку виплатити в установленій договором строк винагороди за набуття виключного права правоволодільць може відмовитися від договору в односторонньому порядку і вимагати відшкодування заподіяних цим збитків.

⁵⁵⁶ Офіц. вісн. України. — 2001. — № 32. — Ст. 1450. Закон діє в редакції від 11.07.2001 р.

⁵⁵⁷ Відом. Верхов. Ради України. — 1994. — № 7. — Ст. 36. Прийнятий 15.12.1993 р.

Оскільки мова йде про створення об'єкта інтелектуальної власності, то творець за загальним правилом зобов'язаний виконати замовлення особисто.

Як уже зазначалося, цей договір не зовсім вписується в систему розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності, оскільки спочатку необхідно створити результат творчої діяльності. У зв'язку із цим інколи виникає питання, чи не буде це розпорядженням майновими правами на ще не створений об'єкт інтелектуальної власності.

Важливо проводити розмежування між розпорядженням уже наявними суб'єктивними правами і встановленням механізму розподілу прав на створені в майбутньому об'єкти. У договорі про створення за замовленням і використання об'єкта права інтелектуальної власності мова не йде про відчуження майнових прав. Тому сам по собі факт укладення такого договору зовсім не свідчить про виникнення майнових прав у замовника чи творця в момент укладення договору. Сторони лише узгоджують механізм розподілу прав на об'єкти, що будуть створені при виконанні договору.

Аналогічний приклад можна навести з галузі сімейного права. Так, за загальним правилом майно, нажите подружжям під час шлюбу, є їх спільною сумісною власністю. Однак особи, що вступають у шлюб, можуть укласти шлюбний договір, у якому передбачено інший механізм розподілу прав на нажите в майбутньому майно. У цьому випадку при розділі майна буде застосовуватися не норма Сімейного кодексу України, а погоджений тими, хто бере шлюб, порядок розподілу прав. І таких аналогів можна наводити багато.

Таким чином, положення актів цивільного законодавства внаслідок їх диспозитивності надають право сторонам самостійно встановлювати правила, за якими у майбутньому будуть розподілені майнові права на новостворені об'єкти. Однак, якщо сторони договору не скористалися цим правом, то застосовується загальне правило: майнові права інтелектуальної власності на об'єкт, створений за замовленням, належать творцеві цього об'єкта та замовникові спільно, якщо інше не встановлено договором (ч. 2 ст. 430 ЦК). Винятком із цього положення є розподіл прав на твір образотворчого мистецтва. У цьому випадку оригінал твору, створеного за замовленням, переходить у власність замовника, а майнові права інтелектуальної власності на цей твір залишаються за його автором, якщо інше не встановлено договором (ч. 3 ст. 1112 ЦК). Такий підхід обумовлено тим, що стосовно твору образотворчого мистецтва сам нематеріальний об'єкт інтелектуальної власності нерозривно пов'язаний з матеріальним носієм.

Наявність такого загального правила, яке до того ж міститься в книзі четвертій ЦК, на практиці породжує досить багато проблем. Особа вважає, що коли вона сплатила гроші, то саме їй належать всі права і вона сама вирішує, як розпорядитися об'єктом, однак законодавець України вирішив інакше.

Проаналізувавши загальне правило, можна зробити однозначний висновок: сторонам доцільно в договорі обумовлювати механізм розподілу прав на створений за замовленням об'єкт інтелектуальної власності. Адже більш доречним є чітке розмежування прав кількох осіб на один об'єкт.

До того ж законодавчо передбачено, що договір про створення за замовленням і використання об'єкта права інтелектуальної власності повинен визначати способи та умови використання цього об'єкта замовником (ч. 2 ст. 1112 ЦК).

Умови договору про створення за замовленням і використання об'єкта права інтелектуальної власності, що обмежують право творця цього об'єкта на створення інших об'єктів, є нікчемними (ч. 4 ст. 1112 ЦК).

§ 6. Інші договори щодо розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності

Оскільки при прийнятті ЦК не ставилась мета дати у ньому вичерпний перелік договорів, у тому числі й у сфері інтелектуальної власності, то також на практиці учасники цивільних відносин укладають і інші договори.

Договір щодо управління майновими правами автора або інших суб'єктів авторського права і суміжних прав укладається між володільцем майнових авторських чи суміжних прав і організацією колективного управління. Найбільш повно на сьогодні функцію останнього виконує Державне підприємство «Українське агентство з авторських та суміжних прав» Міністерства освіти і науки України.

Організації колективного управління повинні виконувати від імені суб'єктів авторського права чи суміжних прав і на основі одержаних від них повноважень такі функції: *по-перше*, погоджувати з особами, які використовують об'єкти авторського права чи суміжних прав, розмір винагороди під час укладення договору; *по-друге*, укладати договори із зацікавленими особами про використання прав, переданих в управління; *по-третє*, збирати, розподіляти і виплачувати зібрану винагороду за використання об'єктів авторського права чи суміжних прав суб'єктам авторського права і суміжних прав, правами яких вони управляють; *по-четверте*, вчиняти інші дії, передбачені чинним законодавством, необхідні для захисту прав, управління якими здійснює організація, у тому числі звертатися до суду за захистом прав суб'єктів авторського права чи суміжних прав відповідно до статутних повноважень та доручення цих суб'єктів (ст. 49 Закону України «Про авторське право і суміжні права»⁵⁵⁸).

Договір про порядок розподілу прав на службові об'єкти інтелектуальної власності — це цивільно-правовий договір, що укладається між роботодавцем і працівником стосовно узгодження прав на створені у зв'язку з виконанням трудового договору результати творчої діяльності.

У випадку відсутності такого договору застосовується загальне правило, передбачене ч. 2 ст. 429 ЦК: майнові права інтелектуальної власності на об'єкт, створений у зв'язку з виконанням трудового договору, належать працівникові, який створив цей об'єкт, та юридичній або фізичній особі, де або у якій він працює, спільно.

Аналогічне правило застосовується і при розподілі права інтелектуальної власності на об'єкт, створений за замовленням. Як уже зазначалося, сторонам доцільно у договорі більш детально врегулювати свої права на такі об'єкти. Пояснюється це тим, що застосування загального правила про спільні права на службовий об'єкт у майбутньому може ускладнити взаємини з приводу цього об'єкта, якщо в певний момент працівник і роботодавець не зможуть досягти загальної згоди. З погляду права ідеальною є ситуація, коли на об'єкт має права тільки один суб'єкт. Це спрощує процес реалізації прав.

Суб'єкти інтелектуальної власності вправі укладати й **інші договори** у сфері інтелектуальної власності. Наприклад, договори між співавторами, договори між співвласниками охоронного документа (патенту чи свідоцтва) тощо. Головне, щоб їх умови не суперечили нормативним приписам актів цивільного законодавства України.

Питання для самоконтролю

Поняття та види договорів щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності.

Предмет договорів щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності.

Сторони договорів щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності.

Форма договорів щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності та їх державна реєстрація.

Поняття ліцензії на використання об'єкта права інтелектуальної власності.

Види ліцензій.

⁵⁵⁸ Офіц. вісн. України. – 2001. – № 32. – Ст. 1450. Закон діє в редакції від 11.07.2001 р.

Поняття ліцензійного договору.

Зміст ліцензійного договору.

Особливості ліцензійного договору на торговельну марку.

Поняття договору про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності.

Випадки обов'язкової реєстрації договору про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності.

Поняття договору про створення за замовленням і використання об'єкта права інтелектуальної власності.

ГЛАВА 60

ДОГОВІР ПРО ПЕРЕДАЧУ «НОУ-ХАУ»

Загальні положення

Договір про передачу «ноу-хау» — самостійний договір у сфері права інтелектуальної власності. Його не можна розглядати як непойменованний стосовно такого типу договорів, як договори з розпорядження майновими правами інтелектуальної власності⁵⁵⁹, оскільки право на «ноу-хау» не належить до абсолютних виключних, що виникають на традиційні об'єкти інтелектуальної власності⁵⁶⁰.

До правомочностей володільця права «ноу-хау» належить не тільки право використання цього об'єкта, а й можливість розпоряджатися цим правом, розкривати зміст «ноу-хау» третім особам, укладаючи з останніми договір про передачу «ноу-хау».

За договором про передачу «ноу-хау» одна сторона — правоволоділець — зобов'язується надати іншій стороні — набувачу — право на використання «ноу-хау» в установлених договором межах, передати для цього відповідні інформацію, досвід і знання, а набувач — прийняти «ноу-хау», зберігати його

⁵⁵⁹ Іншу точку зору відстоює В. М. Крижна. Див.: Цивільне право України [Текст] : підручник : [у 2 т.] / В. І. Борисова, Л. Н. Баранова, І. В. Жилінкова та ін. / за заг. ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. — К. : Юрінком Інтер, 2004. — Т. 1. — С. 426–427.

⁵⁶⁰ Більш докладніше про це див. § 6 гл. 29 Т. 1 зазначеного підручника.

конфіденційність упродовж усього строку дії договору і вносити володільцеві права на нього платежі, обумовлені цим договором, якщо інше ним не передбачено.

За загальним правилом цей договір є двостороннім, консенсуальним і відплатним, якщо умова про безвідплатність не обумовлена в самому договорі.

Договір про передачу «ноу-хау» і його співвідношення з іншими договорами у сфері права інтелектуальної власності. «Ноу-хау» — об'єкт права інтелектуальної власності, тому вирішення питання щодо правової природи договору про його передачу потребує проведення порівняльного аналізу цього договору з договорами, що опосередковують оборот об'єктів права інтелектуальної власності, а саме з ліцензійним договором, договором комерційної концесії, договорами про трансфер технологій.

Договір про передачу «ноу-хау» має спільні ознаки з ліцензійним договором. Між тим вони мають такі істотні відмінності, які перетворюють ці договори на самотійні. Основна відмінність полягає в об'єкті договорів. За ліцензійним договором одна із сторін (ліцензіар), що володіє виключними правами на об'єкт промислової власності (винахід, корисну модель), надає дозвіл на використання конкретного об'єкта інтелектуальної власності, що охороняється (запатентованого), іншій стороні (ліцензіату). Об'єктом договору про передачу «ноу-хау» виступає «ноу-хау» як не охороноспроможне рішення, що зберігається в режимі конфіденційності. До того ж на відміну від запатентованого винаходу «ноу-хау» не можна використовувати, не отримавши його в повному обсязі від володільця права на «ноу-хау». Інакше кажучи, недостатньо одного дозволу правоволодільця на використання «ноу-хау» як інформації, необхідне також його фактичне передання.

Тому ліцензійний договір застосовний лише для передачі запатентованих об'єктів, які не можуть бути конфіденційною інформацією. Передача ж останньої здійснюється за договором, що має особливу правову природу, відмінну від договору на передачу виключних прав, а саме за договором про передачу «ноу-хау».

Відмінність вказаних договорів проявляється і в основних обов'язках сторін. Так, зміст ліцензійного договору може обмежуватися тільки наданням дозволу на використання об'єкта права інтелектуальної власності, тоді як для договору про передачу «ноу-хау» необхідні дії з передачі самої інформації, що становить зміст «ноу-хау».

Особливістю договору про передачу «ноу-хау» є умова про конфіденційність останнього. Оскільки предметом патентної ліцензії є право на використання винаходу, а не сам винахід, при укладенні цього договору особлива увага звертається на реальне надання ліцензіату цього права, на його підтримку в силі і захист від можливих порушень. Включення в ліцензійний договір умови про конфіденційність можливе, проте воно не є обов'язковим. У договорі про передачу «ноу-хау» вирішального значення набуває зобов'язання набувача підтримувати конфіденційність інформації, що становить суть «ноу-хау».

Конфіденційність — це не тільки основна умова договору, але й умова існування секретності «ноу-хау» як об'єкта договору, елемент його правового режиму. Невиконання сторонами умови про дотримання конфіденційності веде до припинення можливості існування самого договору, тобто договір існує доти, поки зберігається ознака «секретності». Якщо вона зникає, договір припиняє свою дію, оскільки «ноу-хау» перестає бути нерозкритою інформацією. Саме із цим пов'язана і певна специфіка процесу передачі «ноу-хау», оскільки існує небезпека розкриття конфіденційності інформації вже на переддоговірній стадії укладення договору.

При укладенні договорів про передачу «ноу-хау» важливо також не переступити їх кількісну межу, оскільки, укладаючи певну кількість договорів, володільць права на «ноу-хау» ризикує прискорити момент переходу «ноу-хау» в «суспільне надбання». Відносно ліцензійного договору такої небезпеки немає.

Зазначені договори відрізняються ще й тим, що строк дії ліцензійного договору обмежений строком дії патенту (свідоцтва). Для договору про передачу «ноу-хау» строк його дії не має значення, оскільки «ноу-хау» існує до тих пір, поки зберігається конфіденційність інформації, що становить його суть.

Відрізняються зазначені договори й за правовими наслідками їх припинення, а також за правовими наслідками визнання їх недійсними, оскільки за договором про передачу «ноу-хау» об'єктивно неможливе повернення отриманої за ним інформації, що становить суть «ноу-хау».

Для передачі «ноу-хау» може бути використана конструкція договору *комерційної концесії*, оскільки його предметом є право на використання комерційної тасмниці, а також комерційного досвіду («ноу-хау»). Але договір комерційної концесії дає можливість використовувати не один об'єкт права інтелектуальної власності, а комплекс об'єктів виключних прав, а також інших майнових прав. Передача «ноу-хау» — це лише частина, причому допоміжна, щодо завдання реалізації товару за договором комерційної концесії.

Різними є й цілі зазначених договорів. Якщо за договором про передачу «ноу-хау» придбання його забезпечує певні переваги особі, яка отримала «ноу-хау» для використання, то за договором комерційної концесії набувач прагне до створення виробничої, торгової або збутової мережі для просування своїх товарів і послуг, розширення ринку їх збуту. За цим договором використання прав, що передаються, обмежується підприємницькою діяльністю, а за договором про передачу «ноу-хау» подібні обмеження відсутні.

У зв'язку з набранням чинності Законом України «Про державне регулювання діяльності у сфері трансферу технологій» (далі — Закон) актуальним вбачається питання про співвідношення досліджуваного договору з договорами про трансфер технологій, оскільки у Законі «ноу-хау» розглядається як об'єкт технології, поряд з науковими й науково-технічними результатами. Під трансфером технологій розуміється передача технологій, яка оформляється шляхом укладення двостороннього або багатостороннього договору між фізичними та/або юридичними особами, яким устанавлюються, змінюються або припиняються майнові права та обов'язки щодо технології або її складових. Звідси договір про трансфер технологій — це договір про передачу технологій, за яким устанавлюються, змінюються або припиняються майнові права та обов'язки щодо технології або її складових⁵⁶¹.

Аналіз договірних форм трансферу технологій свідчить, що договір про передачу «ноу-хау» не входить до переліку договорів трансферу технологій, оскільки Закон відніс до них договори про постачання промислової технології, техніко-промислової кооперації, про надання технічних послуг, інжиніринг, про створення спільних підприємств, про надання в оренду або лізинг складових технологій, устаткування, комерційної концесії (франчайзингу). Проте за договором про передачу «ноу-хау» теж можна опосередкувати трансфер технологій. Але при цьому, по-перше, договір про передачу «ноу-хау» має містити обов'язкову умову — збереження конфіденційності інформації, що становить даний об'єкт технології, і, по-друге, він не підлягає імперативним вимогам Закону щодо істотних умов договорів про трансфер технологій.

З огляду на вищевикладене слід вважати доцільним об'єднати глави 75 і 76 ЦК України в одну, назвавши нову главу «Договори у сфері права інтелектуальної власності». Перелік закріплених у цій главі договорів має містити договори, закріплені у главі 75 ЦК України, а також договір про передачу «ноу-хау», договір про розкриття «ноу-хау», договір комерційної концесії.

Форма і порядок укладення договору про передачу «ноу-хау». Цей договір має бути укладений у письмовій формі, недотримання якої тягне за собою його нікчемність. Такий договір не підлягає державній реєстрації внаслідок того, що заходи відносно захисту конфіденційності «ноу-хау» повинен вживати сам володілець права на «ноу-хау».

Процедура укладення договору має особливості, що обумовлено специфікою об'єкта договору, цінність якого полягає в його конфіденційності, втрата чого руйнує режим «ноу-хау». Відбуватися це може внаслідок

⁵⁶¹ Крижна, В. М. До питання системи договорів у сфері інтелектуальної власності [Текст] / В. М. Крижна // Інноваційний розвиток України: наукове, економічне та правове забезпечення : Всеукр. наук.-практ. конф. Харків, 27–28 жовтня 2006 р. – Х. : ВД «ІНЖЕК», 2007. – С. 401.

різних обставин, але, перш за все, це об'єктивна необхідність ознайомлення потенційного набувача «ноу-хау» на етапі підготовки до укладення договору, що містить «ноу-хау». У результаті не виключена вірогідність того, що контрагент, ознайомившись зі змістом «ноу-хау», може або взагалі втратити інтерес до укладення такого договору, або, отримавши загальне уявлення про інформацію, що становить суть «ноу-хау», стане використовувати «ноу-хау» самостійно без укладення договору. Тому слід застосовувати двостадійний порядок передачі «ноу-хау» і права на його використання: перша стадія — укладення договору про розкриття «ноу-хау», друга стадія — укладення договору про передачу «ноу-хау».

Мета договору про розкриття «ноу-хау» — ознайомлення з інформацією, що становить суть «ноу-хау» в обмеженому обсязі, проте достатньому для ухвалення рішення щодо укладення договору про передачу «ноу-хау». На цій стадії питання про обов'язковість укладення зазначеного договору не стоїть, оскільки друга сторона виступає лише потенційним набувачем «ноу-хау», який повинен впевнитися в тому, що подана інформація — суть рішення, що тримається в таємниці, яке у разі його використання задовольнить його інтерес.

Проте договір про розкриття «ноу-хау» переслідує мету не лише ознайомлення з «ноу-хау», а й збереження «ноу-хау» в режимі секретності, а також охорону інтересів володільця права на «ноу-хау» і потенційного набувача «ноу-хау». Тому у зазначеному договорі має міститись умова про заборону використання без дозволу володільця права на «ноу-хау» відомостей конфіденційного характеру, доступ до яких було отримано під час переговорів, та передбачені санкції за порушення цієї умови.

Зазначені договори пов'язані між собою зацікавленістю у використанні «ноу-хау»; в них одні й ті ж сторони — володільць права на «ноу-хау» і набувач (у договорі про розкриття «ноу-хау» — потенційний набувач); у разі укладення договору про передачу «ноу-хау» кошти за ознайомлення з інформацією за договором про розкриття «ноу-хау» зараховуються в рахунок платежів за договором про передачу «ноу-хау».

Види договорів про передачу «ноу-хау». Залежно від обсягу прав, що передаються, виділяють *договір про передачу «ноу-хау» на виключній основі та договір про передачу простого «ноу-хау»*. За договором про передачу «ноу-хау» на виключній основі володільць права на «ноу-хау» зобов'язується надати «ноу-хау» тільки одному набувачеві на певній території. Сам володільць права на «ноу-хау» в такому разі не має права використовувати його, якщо договором не передбачене інше.

За договором про передачу простого «ноу-хау» (невиключного) володільць права на «ноу-хау» може сам використовувати «ноу-хау». Більш того, у даному випадку передбачається передача «ноу-хау» третій особі. У той же час у договорі сторонами можуть бути передбачені обмеження, щодо яких володільцеві права на «ноу-хау», наприклад, надається право передати «ноу-хау» тільки одному набувачеві.

Істотні умови договору про передачу «ноу-хау». До істотних умов цього договору, незалежно від того, на якій основі він укладається, належать: *предмет; підтримка режиму конфіденційності «ноу-хау»; спосіб передачі знань і досвіду; ціна; порядок розрахунків*.

Предметом договору є дії володільця права на «ноу-хау», а також дії набувача «ноу-хау», які вони повинні вчинити в рамках, передбачених договором. Так, володільць права на «ноу-хау» передає набувачеві «ноу-хау» як неохороноспроможне рішення, що зберігається в режимі конфіденційності, наділяючи набувача тільки правом на використання «ноу-хау». «Ноу-хау» виступає у формі опису, що містить усі відомості, які володільць права на «ноу-хау» має у своєму розпорядженні і які необхідні й достатні для використання «ноу-хау» набувачем.

Конфіденційність — це умова існування самого «ноу-хау», яка полягає в обов'язку сторін не розголошувати інформацію, що становить суть «ноу-хау». Проте жодна із сторін не несе відповідальності у разі втрати «ноу-хау» конфіденційності з незалежних від неї причин, зокрема якщо третіми особами будуть проведені аналогічні розробки з публікацією їх результатів.

Ціна. Сума грошової винагороди, отримана володільцем права на «ноу-хау» від набувача «ноу-хау» за його передачу за весь строк дії договору, становить вартість договору. Істотним ціноутворюючим чинником є вірогідність успішного використання «ноу-хау», обумовлена не лише технічними характеристиками останнього, але й очікуваною місткістю внутрішнього і зовнішнього ринків.

Порядок розрахунків. При укладенні договору можуть застосовуватися такі види платежів: періодичні (процентні відрахування) протягом строку дії договору — роялті; тверді (фіксовані) суми платежів — паушальні платежі; періодичні платежі (роялті) в поєднанні з паушальним платежем; комбіновані (змішані платежі).

До *ініціативних* умов договору, які, у випадку досягнення угоди між сторонами, стають істотними умовами договору про передачу «ноу-хау», належать: *умова про територію використання «ноу-хау»*; *строк* (строк набуття договором чинності, строки виконання сторонами своїх зобов'язань за договором, строк, необхідний для виконання договорів, укладених у розвиток договору про передачу «ноу-хау», і т. ін.); *встановлення обмежень за сферами, видами використання, обсягом виробництва «ноу-хау»* (фармакологія, ветеринарія, виробництво, збут тощо); *умова про якість продукції, що випускається з використанням «ноу-хау»*. При цьому сторонами має бути узгоджений порядок контролю якості, а також передбачено, які права має володільць права на «ноу-хау» у разі виявлення неякості продукції, що випускається набувачем «ноу-хау»; *дозвіл на укладення субдоговорів про передачу «ноу-хау»*: *удосконалення «ноу-хау» і порядок надання сторонами інформації про ці вдосконалення*; *комерційні передумови, спрямовані на забезпечення реалізації продукції*; *підстави зміни та доповнення умов договору*.

Права і обов'язки сторін. У договорі, що зобов'язує дві сторони, яким є договір про передачу «ноу-хау», права однієї сторони — суть обов'язку іншої сторони, і навпаки. Тому розглянемо обов'язки володільця права на «ноу-хау» і набувача «ноу-хау».

До обов'язків володільця права на «ноу-хау» належать:

– *наділення набувача «ноу-хау» правом на використання «ноу-хау» шляхом передачі повного обсягу інформації, що становить його суть.* Передача інформації може здійснюватися у різних формах: передача технічної та іншої документації; надання необхідної технічної допомоги; співбесіди та демонстрація того або іншого об'єкта (моделі, агрегату, пристрою), у процесі яких набувачеві «ноу-хау» повідомляються технічні відомості, розкриваються закладені в об'єкті конструктивні та інші рішення; навчання фахівців набувача (передання досвіду, навичок, прийомів роботи); продаж обладнання, приладів, матеріалів, необхідних для освоєння технологічних процесів.

Зазначеному обов'язку володільця права на «ноу-хау» кореспондує *право набувача «ноу-хау» вимагати* від нього надання повної, достовірної та достатньої інформації для досягнення очікуваних результатів, включаючи й результати, отримані володільцем права на «ноу-хау» при дослідному використанні «ноу-хау», а при укладенні договору про передачу «ноу-хау» на виключній основі підтвердження відсутності прав третіх осіб на «ноу-хау». Прийняття інформації набувачем підтверджується у формі, визначеній у договорі (акт);

– *надання набувачеві «ноу-хау» технічної допомоги з метою забезпечення можливості використання «ноу-хау», постійного технічного і консультаційного сприяння*, включаючи сприяння в навчанні та підвищенні кваліфікації персоналу.

Основними обов'язками набувача «ноу-хау» є:

– *освоєння «ноу-хау»*, що йому передається з метою його використання відповідно до умов договору. Володільць права на «ноу-хау» зацікавлений у тому, щоб набувач швидко освоїв використання «ноу-хау» й активно займався збутом виготовленої продукції, особливо, якщо договором передбачена виплата винагороди у вигляді роялті. Для цього до договору вводяться спеціальні умови, зокрема обумовлюється

строк, протягом якого набувач «ноу-хау» повинен його освоїти і почати збут продукції, а також наслідки, пов'язані з порушенням цих умов, аж до розірвання договору. У випадку якщо набувач не вкладеться в строк, обумовлений у договорі, і сторони не домовляться про його продовження, володілець права на «ноу-хау» може залишити за собою право замінити вид договору про передачу «ноу-хау» з виключної основи на невиключну, письмово повідомивши про це набувача «ноу-хау». При передачі «ноу-хау» на невиключній основі володілець права на «ноу-хау» взагалі не має права пред'являти такі вимоги набувачеві «ноу-хау», оскільки має можливість разом з останнім самостійно використовувати «ноу-хау» у власному виробництві, збувати продукцію, виготовлену з використанням «ноу-хау», або передавати в подальшому це ж «ноу-хау» третім особам. Хоча за взаємною угодою сторін умова про обов'язок набувача «ноу-хау» освоїти технологію його застосування і в цьому випадку може бути включена в договір;

– *оплата «ноу-хау»* в строки, передбачені договором. Володілець права на «ноу-хау» має *право вимагати оплати переданого «ноу-хау»*. Якщо весь платіж або велика частина платежів за договором становитиме роялті, то володільцеві права на «ноу-хау» надається право визначення методики обчислення платежів, а набувач зобов'язаний надавати у встановлені договором строки звітність, яка б свідчила про ефективність використання «ноу-хау»;

– *здійснення випуску продукції»* відповідної якості, що виробляється із застосуванням «ноу-хау».

Сторони зобов'язані інформувати одна одну про вдосконалення «ноу-хау», якщо це впливає з договору.

Відповідальність за договором. Сторонам договору про передачу «ноу-хау» надається можливість вільно визначати не лише зміст умов цього договору, але й умови відповідальності сторін, а також штрафні санкції. Як правило, йдеться про стягнення неустойки і відшкодування збитків, які були заподіяні стороні договору.

Питання для самоконтролю

1. Якою є цивільно-правова природа договору про передачу «ноу-хау»?
2. Як співвідноситься договір про передачу «ноу-хау» з ліцензійним договором і договором комерційної концесії?
3. Види договору про передачу «ноу-хау».
4. Форма і порядок укладення договору про передачу «ноу-хау».
5. Істотні умови договору про передачу «ноу-хау». Зміст договору про передачу «ноу-хау».

КОМЕРЦІЙНА КОНЦЕСІЯ

§ 1. Загальна характеристика договору комерційної концесії

Договір комерційної концесії — це договір, за яким одна сторона (правоволоділець) зобов'язується надати другій стороні (користувачеві) за плату право користування відповідно до її вимог комплексом належних цій стороні прав з метою виготовлення та (або) продажу певного виду товару та (або) надання послуг (ст. 1115 ЦК).

Правова характеристика договору: консенсуальний, двосторонній, оплатний.

В юридичній літературі проводиться ототожнення договору комерційної концесії і договору франчайзингу. Зазначена договірна конструкція набула поширення в 70-ті роки ХХ ст. і спочатку розглядалася як різновид договору про виключну продажу товарів⁵⁶².

Що стосується термінології, то варто зробити застереження, що договір комерційної концесії і договір концесії⁵⁶³ — це дві самостійні цивільно-правові конструкції.

На сьогодні сфера застосування комерційної концесії охоплює різноманітні види бізнесу. За цією схемою в Україні працюють, зокрема, «Макдональдс», «Піца-хат», «Білла», «1С», «Лукойл-Україна», «ТНК-Україна», «Кодак», «Кока-кола», «Фанта» та інші.

Договір комерційної концесії є новим для законодавства України, і в ньому можна знайти певні елементи інших відомих договорів. Зокрема, ліцензійного договору (надання дозволу на використання об'єктів права інтелектуальної власності), договору про спільну діяльність (співробітництво, направлене на досягнення певного результату), договору купівлі-продажу (оплатна передача матеріалів), договору комісії (можливе укладення правочинів з метою задоволення інтересів правоволодільця) та інших договорів.

Однак кожна з цих рис є лише однією з граней договору комерційної концесії. Так, на відміну від договорів доручення та комісії користувач діє без доручення правоволодільця і за свій власний рахунок. До того ж користувач сам сплачує винагороду за можливість скористатися комплексом виключних прав правоволодільця у своїй підприємницькій діяльності. Тому наявність схожих з іншими договорами рис не перетворює зазначений договір у змішаний чи комплексний. Договір комерційної концесії — самостійний цивільно-правовий договір, про що свідчить виділення спеціальної глави 76 ЦК, норми якої регулюють цей договір.

Укладення договору комерційної концесії переслідує мету отримати однією особою дозвіл на використання об'єктів інтелектуальної власності та комерційного досвіду для успішної реалізації товарів,

⁵⁶² Брагинский, М. И. Договорное право [Текст] / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. — М. : Статут, 2002. Книга третья: Договоры о выполнении работ и оказании услуг. — С. 960.

⁵⁶³ Договір концесії (концесійний договір) — договір, відповідно до якого уповноважений орган виконавчої влади чи орган місцевого самоврядування (концесіодавець) надає на платній та строковій основі суб'єкту підприємницької діяльності (концесіонеру) право створити (побудувати) об'єкт концесії чи суттєво його поліпшити та (або) здійснювати його управління (експлуатацію) відповідно до Закону «Про концесії» з метою задоволення громадських потреб (Про концесії [Текст] : Закон України від 16.07.1999 р. // Відом. Верхов. Ради. — 1999. — № 41. — Ст. 372).

надання послуг чи виконання робіт і впливати таким чином на розширення ділової репутації іншої особи. З позиції користувача — це можливість використання у підприємницькій діяльності комплексу виключних прав контрагента, а правоволодільця — створення виробничої, торгової чи збутової ланки в мережі свого бізнесу для просування товарів чи послуг, розширення ринку їх збуту.

Таким чином, в укладенні договору комерційної концесії зацікавлені обидві сторони. Перевагами для правоволодільця є можливість у досить короткі строки створити розгалужену мережу бізнесу, здійснювати своєрідну рекламу без особливих зайвих капіталовкладень, додатково отримувати прибутки за відсутності безпосереднього ризику підприємницької діяльності. Користувач у свою чергу має можливість не розпочинати з нуля при освоєнні і завоюванні ринку, а скористатися уже певною діловою репутацією іншої особи, що значно скорочує витрати і підвищує ефективність капіталовкладень, зумовлює певну стабільність на ринку та значно знижує ступінь підприємницького ризику.

Якщо розглядати значення договору комерційної концесії з точки зору кінцевого результату для споживачів, то за допомогою зазначеної правової конструкції є можливість досить швидко наповнити ринок якісними товарами, роботами та послугами з дотриманням певних стандартів діяльності правоволодільця.

Предметом договору комерційної концесії є право на використання трьох складових: 1) об'єктів права інтелектуальної власності (комерційних найменувань, торговельних марок, промислових зразків, винаходів, творів, комерційних таємниць тощо); 2) комерційного досвіду; 3) ділової репутації.

Таким чином, ліцензійні зобов'язання є лише одним із елементів предмета договору комерційної концесії.

Комерційний досвід і ділова репутація не є об'єктами інтелектуальної власності. Надання можливості їх використання є особливістю договору комерційної концесії і підставою розмежування з ліцензійним договором.

Комерційний досвід є результатом набутих правоволодільцем знань і навиків у зв'язку з тривалою працею в певній сфері підприємницької діяльності. До того ж правоволоділець бере на себе обов'язок надавати користувачеві комерційну, технічну й організаційну допомогу.

Що стосується ділової репутації, то право на її використання надається опосередковано — шляхом використання засобів індивідуалізації (комерційних найменувань чи торговельних марок) правоволодільця.

Договором комерційної концесії може бути передбачено використання предмета договору із зазначенням або без зазначення території використання щодо певної сфери цивільного обороту.

У деяких зарубіжних країнах, у тому числі й у Російській Федерації, встановлюються обов'язкові і факультативні об'єкти інтелектуальної власності, право користування якими надається за договором комерційної концесії. Зокрема, до обов'язкових об'єктів, надання права користування якими є необхідним для того, щоб можна було вважати договір комерційної концесії укладеним, належить фірмове найменування чи комерційне позначення правоволодільця, а також комерційна інформація. Право користування іншими об'єктами інтелектуальної власності є факультативним і не впливає на факт укладення договору.

Хоча законодавство України не проводить такий поділ, однак виходячи із суті конструкції договору комерційної концесії можна зробити висновок, що право на використання засобу індивідуалізації правоволодільця є необхідним його елементом. В іншому випадку відсутній механізм використання ділової репутації правоволодільця і відсутня потреба реєстрації договору комерційної концесії органом, який здійснив державну реєстрацію правоволодільця.

Сторони в договорі комерційної концесії. Особливість договору комерційної концесії полягає в тому, що сторонами можуть бути лише фізичні та юридичні особи, які є суб'єктами підприємницької діяльності.

Правоволоділець — виробник товарів (робіт, послуг), який використовує належні йому права в підприємницькій діяльності, має комерційний досвід і ділову репутацію та зацікавлений у розширенні свого бізнесу.

Користувач — юридична або фізична особа, зареєстрована як суб'єкт підприємницької діяльності, яка має намір скористатися комплексом прав правоволоділця.

Як і в договорах доручення і комісії, у договорі комерційної концесії можна виділити внутрішні і зовнішні правовідносини.

Внутрішні відносини складаються безпосередньо між сторонами договору комерційної концесії — правоволоділцем і користувачем. Зовнішні відносини виникають між користувачем і третіми особами (при укладенні договорів купівлі-продажу, підяду тощо) в процесі використання предмета договору комерційної концесії.

Форма договору комерційної концесії та його державна реєстрація. Договір комерційної концесії укладається у письмовій формі. У разі недодержання письмової форми цього договору він є нікчемним. Цей випадок є винятком із загального правила. Більш строгий підхід законодавця стосовно форми зазначеного договору можна пояснити тим, що він застосовується лише у сфері підприємницької діяльності, а тому є потреба стабілізувати відносини в цивільному обороті.

До того ж, якщо для сторін договір комерційної концесії є дійсним з моменту укладення у письмовій формі, то у відносинах з третіми особами сторони мають право посилалися на договір лише з моменту його державної реєстрації.

Подібна конструкція, що для сторін договір набуває чинності з моменту підписання, а для третіх осіб — з моменту державної реєстрації, раніше застосовувалася до ліцензійних договорів. Однак якщо реєстрацію ліцензійного договору здійснює Державний департамент інтелектуальної власності, то договір комерційної концесії підлягає державній реєстрації органом, який здійснив державну реєстрацію правоволоділця. Якщо правоволоділець зареєстрований в іноземній державі, реєстрація договору комерційної концесії здійснюється органом, який здійснив державну реєстрацію користувача.

У цивілістичній літературі висловлюється точка зору, що відсутність реєстрації договору комерційної концесії, з одного боку, позбавляє користувача з метою захисту інтересів споживачів можливості почати використання наданого йому комплексу виключних прав, а з другого — ще до реєстрації договору надає можливість сторонам почати проведення необхідної підготовчої роботи вже на підставі укладеного договору⁵⁶⁴.

Вважаємо, що таке трактування значення реєстрації цього договору є помилковим, оскільки, по-перше, як уже зазначалося, наведена конструкція набрання чинності договору для сторін і третіх осіб не є новою для законодавства України, оскільки традиційно застосовувалася для ліцензійних договорів, а тому наслідки відсутності реєстрації відомі; по-друге, якщо ж договір вважається уже укладеним, то він повинен породжувати певні правові наслідки, а підготовка можлива і за наявності, зокрема, попереднього договору; по-третє, наведені точки зору свідчать, що науковці в цій конструкції вбачають обмеження прав виключно для користувача, а насправді таке обмеження встановлюється для правоволоділця, оскільки саме він зацікавлений у наявності реєстрації договору комерційної концесії.

Укладення договору без реєстрації означає, що правоволоділець у випадку висунення до нього вимог споживачами стосовно неналежної якості товарів, робіт чи послуг зобов'язаний буде задовольнити їх у повному обсязі, оскільки він не може посилалися на договір комерційної концесії і відповідно на той факт,

⁵⁶⁴ Цивільне право України. Академічний курс [Текст] : підручник: у 2 т. / за заг. ред. Я. М. Шевченко. — К. : Ін Юре, 2003. — Т. 2. Особлива частина. — С. 282–283; Цивільний кодекс України: Коментар [Текст]. — Х. : Одиссей, 2003. — С. 729.

що під його комерційним найменуванням чи з використанням його торговельної марки господарює користувач. Інакше кажучи, за відсутності реєстрації правочину праволоділець бере на себе ризик настання негативних наслідків при висуненні претензій третіми особами у зв'язку з діяльністю користувача. Саме цим зумовлена та обставина, що за загальним правилом обов'язок зареєструвати договір покладено на праволоділця.

Пояснити значення такої реєстрації можна хіба що тим, що будь-яка зацікавлена особа, звернувшись до реєстру, зможе встановити, що під певним комерційним найменуванням може виступати інша особа при виготовленні товарів, виконанні робіт чи наданні послуг.

§ 2. Права та обов'язки сторін за договором комерційної концесії

Оскільки договір комерційної концесії є взаємним, то правам однієї сторони кореспондують обов'язки іншої.

Коло прав і обов'язків сторін обумовлено метою розширення бізнесу праволоділця шляхом включення користувача як ланки в мережі виробництва і збуту товарів праволоділця (підприємницької діяльності праволоділця).

Обов'язки праволоділця можна поділити на обов'язкові і факультативні.

Перша група обов'язків вплив з природи договору і без їх виконання користувач не зможе скористатися наданим за договором правом, а тому вони покладаються на праволоділця в силу факту укладення договору комерційної концесії. Так, праволоділець зобов'язаний передати користувачеві технічну та комерційну документацію і надати іншу інформацію, необхідну для здійснення прав, наданих йому за договором комерційної концесії, а також поінформувати користувача та його працівників з питань, пов'язаних із здійсненням цих прав. Звичайно, щоб у подальшому уникнути суперечок стосовно належного виконання зобов'язань, конкретизація цього обов'язку повинна знайти місце в самому договорі. Зокрема, при укладенні договору, виходячи з особливостей предмета, потрібно досить чітко зазначити обсяг і характер необхідної документації і інформації.

Друга група обов'язків, передбачених законодавством, покладається на праволоділця, якщо вони не виключені умовами договору. Так, якщо інше не обумовлено сторонами, праволоділець зобов'язаний: *по-перше*, забезпечити державну реєстрацію договору; *по-друге*, надавати користувачеві постійне технічне та консультативне сприяння, включаючи сприяння у навчанні та підвищенні кваліфікації працівників; *по-третє*, контролювати якість товарів (робіт, послуг), що виробляються (виконуються, надаються) користувачем на підставі договору комерційної концесії.

Обов'язки користувача, враховуючи наявність внутрішніх і зовнішніх відносин, реалізуються у взаємовідносинах його не лише з праволоділцем, а і з третіми особами. При цьому слід зазначити, що хоча обов'язки користувача законодавчо визначені (ст. 1121 ЦК), однак у кожній конкретній ситуації вони обумовлені характером та особливостями діяльності, що здійснюється останнім за договором комерційної концесії.

По-перше, користувач зобов'язаний використовувати торговельну марку й інші позначення праволоділця визначеним у договорі способом.

Можна виділити дві складові зазначеного обов'язку. З одного боку, оскільки користувач є ланкою в мережі підприємницької діяльності праволоділця, то він зобов'язаний використовувати засоби індивідуалізації праволоділця при виробництві товарів, виконанні робіт чи наданні послуг, обумовлених у договорі. У випадку невиконання цієї умови взагалі втрачається сенс укладення договору комерційної концесії. Адже

користувач сплачує винагороду за право використання торговельної марки чи комерційного позначення, що у свою чергу є однією зі складових елементів виробничого чи збутового бізнесу правоволодільця і своєрідною рекламою діяльності останнього.

З другого боку, користувач не повинен виходити за межі наданих прав, зокрема, використовувати торговельну марку та інші позначення правоволодільця в передбаченими договором порядку і способами. Наприклад, користувач як самостійний суб'єкт може займатися не обумовленими в договорі комерційної концесії видами діяльності, однак, щоб не завдати шкоди діловій репутації правоволодільця, засоби індивідуалізації останнього він може використовувати лише стосовно зазначених у договорі товарів, робіт чи послуг.

По-друге, користувач повинен забезпечити відповідність якості товарів (робіт, послуг), що виробляються (виконуються, надаються) згідно з умовами договору комерційної концесії, якості аналогічних товарів (робіт, послуг), що виробляються (виконуються, надаються) правоволодільцем.

Безумовно, цей обов'язок направлений на захист прав споживачів і ділової репутації правоволодільця. Споживач повинен бути впевнений у наявності відповідної якості товару, робіт чи послуг, що виготовляються, виконуються чи надаються з використанням засобів індивідуалізації правоволодільця. В іншому випадку неналежна якість результатів діяльності користувача може негативно вплинути на ділову репутацію правоволодільця. Тому останній має право і за загальним правилом обов'язок контролювати якість результатів діяльності користувача.

По-третє, користувач зобов'язаний дотримуватися інструкцій та вказівок правоволодільця, спрямованих на забезпечення відповідності характеру, способів та умов використання комплексу наданих прав використанню цих прав правоволодільцем. Зазначені інструкції та вказівки можуть бути дані як при укладенні договору, так і в процесі його виконання. Їх зміст у кожній конкретній ситуації обумовлений видом діяльності та специфікою наданих прав. Вони спрямовані на дотримання однаковості в діяльності правоволодільця і користувача, починаючи з оформлення приміщень і закінчуючи якістю товарів та послуг.

По-четверте, користувач повинен надавати покупцям (замовникам) додаткові послуги, на які вони могли б розраховувати, купуючи (замовляючи) товари (роботи, послуги) безпосередньо у правоволодільця. Цей обов'язок реалізується у взаємовідносинах, з однієї сторони, користувача з третіми особами і спрямований на захист прав споживачів, які вправі розраховувати на стандартний рівень якості і обслуговування, а з другої сторони, користувача і правоволодільця, для якого важливо, щоб на всіх ланках його мережі був однаковий рівень обслуговування.

По-п'яте, користувач зобов'язаний інформувати покупців (замовників) найбільш очевидним для них способом про використання ним торговельної марки та інших позначень правоволодільця за договором комерційної концесії. Цей обов'язок ще раз підкреслює значення права на використання засобу індивідуалізації для відносин за договором комерційної концесії. Справа в тому, що користувач виступає в господарському обороті від свого імені, однак за обов'язкової умови інформування покупців про використання виключних прав правоволодільця. Таке інформування необхідне, щоб не вводити в оману споживача стосовно дійсного виробника, і має значення, зокрема, у випадку виявлення споживачем недоліків придбаних товарів, виконаних робіт чи наданих послуг.

По-шосте, користувач повинен не розголошувати секрети виробництва правоволодільця, іншу одержану від нього конфіденційну інформацію. Оскільки за договором може бути надано право на використання комерційного досвіду та комерційних таємниць, то в цій частині умова конфіденційності є обов'язковою і впливає із суті правовідносин. Однак у договорі доречно конкретизувати, які саме відомості підпадають під режим секретності і які заходи з цією метою необхідно вжити.

По-сьоме, користувач зобов'язаний виплатити правоволодільцю винагороду. Як і ліцензійні платежі, винагорода за договором комерційної концесії може бути у вигляді фіксованих (паушальних), періодичних (роялті) чи змішаних (комбінованих) платежів. Досить часто на практиці спочатку сплачується фіксована сума, а потім періодичні платежі.

Особливі умови договору комерційної концесії передбачені ст. 1122 ЦК. Їх наявність обумовлена специфікою взаємовідносин правоволодільця і користувача. Той факт, що завдяки укладенню договору комерційної концесії створюється ланка в мережі бізнесу правоволодільця, зумовлює необхідність встановлювати певні (спеціальні) правила з метою не допустити невиправдане конкурування сторін і спричинення цим збитків.

Ці обмеження можуть бути сформульовані у вигляді додаткових обов'язків сторін, передбачених договором.

Законодавчо наведені як приклад чотири особливих умови, перша з яких стосується правоволодільця, а інші — користувача.

По-перше, правоволоділець може бути зобов'язаний не надавати іншим особам аналогічні комплекси прав для їх використання на закріпленій за користувачем території або утримуватися від власної аналогічної діяльності на цій території. Фактично у цьому випадку вирішується питання, чи буде на обумовленій території інша ланка в мережі бізнесу правоволодільця, яка створюватиме певну конкуренцію користувачеві. Якщо провести аналогію з видами ліцензій, то доречно зазначити, що при наявності такої умови в договорі комерційної концесії мова йде про одиничну чи виключну ліцензію.

По-друге, на користувача може бути покладено обов'язок не конкурувати з правоволодільцем на території, на яку поширюється чинність договору, щодо підприємницької діяльності, яку здійснює користувач з використанням наданих правоволодільцем прав. Хоча користувач і є економічно самостійною особою, однак у випадку укладення договору комерційної концесії може бути обмежена його власна діяльність стосовно аналогічних товарів, робіт чи послуг, але вже без використання виключних прав правоволодільця.

Як приклад подібних відносин можна навести повне товариство, учасники якого не можуть вчиняти правочини, що є однорідними з тими, які становлять предмет діяльності товариства (ч. 3 ст. 119 ЦК).

По-третьє, користувач може бути зобов'язаний не одержувати аналогічні права від конкурентів чи потенційних конкурентів правоволодільця. Оскільки з економічної точки зору користувач є ланкою в мережі правоволодільця, то таке обмеження є цілком закономірним.

По-четверте, договором може бути передбачено обов'язок користувача погоджувати з правоволодільцем місце розташування приміщень для продажу товарів (виконання робіт, надання послуг), передбачених договором, а також їх внутрішнє і зовнішнє оформлення. Це може бути обумовлено певним стилем ведення бізнесу правоволодільця і направлено на забезпечення однаковості з метою зменшення конкуренції.

Основна вимога при формулюванні вищезазначених особливих умов договору комерційної концесії — не суперечити антимонопольному законодавству⁵⁶⁵, оскільки в цьому разі вони можуть бути визнані недійсними.

Незважаючи на те, що законодавчо наведений лише приблизний перелік особливих умов договору комерційної концесії і сторони в силу свободи договору можуть передбачати й інші, однак є дві обмежувальні умови, які у будь-якому випадку не породжують ніяких правових наслідків, оскільки є *нікчемними*.

По-перше, нікчемною є умова договору, відповідно до якої правоволоділець має право визначати ціну товару (робіт, послуг), передбаченого договором, або встановлювати верхню чи нижню межу цієї ціни. Звичайно, для

⁵⁶⁵ Про захист економічної конкуренції [Текст] : Закон України від 11.01.2001 р. // Відом. Верхов. Ради. – 2001. – № 12. – Ст. 64; Про захист від недобросовісної конкуренції [Текст] : Закон України від 07.06.1996 р. зі змінами // Відом. Верхов. Ради. – 1996. – № 36. – Ст. 164.

правоволодільця зазначене законодавче обмеження не є бажаним і доцільним, тому, враховуючи суть взаємовідносин за договором, сторони при здійсненні підприємницької діяльності можуть узгоджувати ціну, однак правоволоділець не зможе притягнути користувача до відповідальності за порушення цих умов договору стосовно ціни, оскільки законодавство України визнає таку умову нікчемною.

По-друге, нікчемною є умова договору, відповідно до якої користувач має право продавати товари (виконувати роботи, надавати послуги) виключно певній категорії покупців (замовників) або виключно покупцям (замовникам), які мають місцезнаходження (місце проживання) на території, визначеній у договорі.

Безпідставність такого обмеження у договорі комерційної концесії пояснюється тим, що у зв'язку з реалізацією положень договору комерційної концесії користувач з третіми особами найчастіше укладає договори роздрібної купівлі-продажу чи побутового підяду, які є публічними. А оскільки згідно з чинним законодавством за публічним договором сторона — підприємець взяла на себе обов'язок здійснювати продаж товарів, виконання робіт або надання послуг кожному, хто до неї звернеться, то в цій частині сторони не можуть його змінити.

Договір комерційної субконцесії — це договір, який укладає користувач у випадках, передбачених договором комерційної концесії, за яким він надає іншій особі (субкористувачу) право користування наданим йому правоволодільцем комплексом прав або частиною комплексу прав на умовах, погоджених із правоволодільцем або визначених договором комерційної концесії.

Договір комерційної субконцесії повністю залежить від основного договору. Зокрема, визнання недійсним договору комерційної концесії має наслідком недійсність договору комерційної субконцесії.

До договору комерційної субконцесії застосовуються положення про договір комерційної концесії, якщо інше не впливає з особливостей субконцесії. Фактично для субкористувача користувач має статус правоволодільця, оскільки саме з ним укладається договір і саме він наділяє субкористувача певними правами. Користувач при укладенні договору комерційної субконцесії не може виходити за межі наданих йому прав.

Конструкція договору комерційної субконцесії має певні особливості в порівнянні, наприклад, з конструкцією суборенди чи субпідяду.

По-перше, договір комерційної субконцесії укладається на умовах, погоджених із правоволодільцем або визначених договором комерційної концесії, що пояснюється необхідністю контролю за діяльністю субкористувача.

По-друге, законодавством передбачені певні особливості стосовно відповідальності. Користувач та субкористувач відповідають перед правоволодільцем за завдану йому шкоду солідарно. Безпосередня відповідальність субкористувача перед правоволодільцем пояснюється метою — розширення мережі бізнесу правоволодільця.

Право користувача на укладення договору комерційної концесії на новий строк закріплено з метою захисту інтересів користувача, який протягом строку дії договору вкладав зусилля та кошти в розширення підприємницької діяльності та ділової репутації правоволодільця.

Суть зазначеного права полягає в тому, що користувач, який належним чином виконував свої обов'язки, має право на укладення договору комерційної концесії на новий строк на тих самих умовах.

За загальним правилом добросовісний користувач не може бути позбавлений зазначеного переважного права. Це означає, що правоволоділець не може відмовити користувачеві в продовженні своєрідного співробітництва. Слід звернути увагу, що це переважне право на укладення, а тому воно застосовується за наявності кількох претендентів на підписання договору, тобто суперництва з іншою особою. Якщо кілька осіб висловлюють бажання стати контрагентами за договором комерційної концесії, то правоволоділець зобов'язаний надати перевагу колишньому користувачеві і саме з ним укласти договір. Однак переважне право

не діє, якщо праволоділець згортає свою діяльність на цій території, у цьому випадку він не зв'язаний обов'язком поновити договір на новий строк.

ЦК чітко не зазначає випадки, однак робить застереження, що законом можуть бути встановлені умови, за яких праволоділець може відмовитися від укладення договору комерційної концесії на новий строк.

§ 3. Відповідальність за договором комерційної концесії

Оскільки в договорі комерційної концесії існують внутрішні (між сторонами договору) і зовнішні (з третіми особами) правовідносини, то з цих позицій будується і відповідальність сторін.

Що стосується взаємної відповідальності праволоділця і користувача, то вона встановлюється сторонами в договорі, виходячи з принципу свободи договору.

Оскільки користувач укладає договори з третіми особами від свого імені, але з використанням засобів індивідуалізації (комерційного найменування чи торговельної марки) праволоділця, то відповідальною особою перед третіми особами є не лише користувач, а й праволоділець.

Такі законодавчо встановлені додаткові обов'язки праволоділця направлені, перш за все, на підвищений захист прав споживачів. Їх наявність пояснюється тим, що споживач досить часто переконаний, що купує товар чи отримує послугу безпосередньо у праволоділця. Оскільки конструкція договору комерційної концесії дає можливість іншій особі використовувати ділову репутацію праволоділця, то споживач повинен бути впевнений, що якість реалізованого товару чи наданої послуги з використанням того самого комерційного найменування чи торговельної марки завжди відповідає певному рівню.

Однак оскільки неналежна якість продукції за договором комерційної концесії негативно впливає перш за все на ділову репутацію праволоділця, то, як уже зазначалось, умовами договору можна звільнити праволоділця від передбаченого законодавством обов'язку контролювати якість товарів (робіт, послуг), що виробляються (виконуються, надаються) користувачем.

У зв'язку з існуючою ймовірністю ввести в оману третіх осіб стосовно реального виробника по відношенню до виготовлених товарів, виконаних робіт чи наданих послуг за договором комерційної концесії, за укладеними з користувачем договорами купівлі-продажу, підряду тощо, встановлена також відповідальність праволоділця.

За загальним правилом вона є *субсидіарною* і настає за вимогами, що пред'являються до користувача у зв'язку з невідповідністю якості товарів (робіт, послуг), проданих (виконаних, наданих) користувачем. У цьому випадку третя особа повинна звернутися спочатку до користувача як сторони за договором, і лише у випадку незадоволення всіх заявлених вимог є можливість звернутися з ними до праволоділця.

Винятком є *солідарна* відповідальність праволоділця і настає вона за вимогами, що пред'являються до користувача як виробника продукції (товарів) праволоділця. У цьому випадку споживач має можливість на власний вибір вирішувати, до кого заявляти вимоги — до користувача чи праволоділця.

Таким чином, по відношенню до вимог третіх осіб до користувача як виробника товарів встановлена більш сувора відповідальність праволоділця. Обумовлена вона потребою спонукати праволоділця належним чином контролювати якість продукції користувача і таким чином захистити права споживачів.

§ 4. Зміна та припинення договору комерційної концесії

Договір комерційної концесії може бути змінений на загальних для цивільно-правових договорів підставах. Однак у відносинах з третіми особами сторони у договорі комерційної концесії мають право посилатися на зміну договору лише з моменту державної реєстрації цієї зміни у встановленому порядку, якщо не доведуть, що третя особа знала або могла знати про зміну договору раніше.

Зміна сторін договору комерційної концесії можлива за наявності чи відсутності їх волевиявлення. За загальним правилом у цьому випадку має місце правонаступництво і ця обставина не впливає на чинність договору.

Сам по собі факт укладення договору про надання права користування об'єктом інтелектуальної власності (договору комерційної концесії чи ліцензійного договору) не позбавляє правоволодільця права розпорядитися належними йому майновими правами на зазначений об'єкт шляхом укладення договору про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності. У цьому випадку має місце правонаступництво, а тому перехід виключного права на об'єкт інтелектуальної власності, визначений у договорі комерційної концесії, від правоволодільця до іншої особи не є підставою для зміни або розірвання договору комерційної концесії. Подібне правило діє, зокрема, стосовно договору найму (оренди), застави тощо. Однак, враховуючи специфіку предмету договору комерційної концесії, у цьому випадку досить велика ймовірність виникнення множинності осіб на стороні правовласника.

Заміна сторони договору може мати місце в силу об'єктивних причин незалежно від волевиявлення осіб. Зокрема, у разі смерті правоволодільця⁵⁶⁶ його права та обов'язки за договором комерційної концесії переходять до спадкоємця за умови, що він зареєстрований або протягом шести місяців від дня відкриття спадщини зареєструється як суб'єкт підприємницької діяльності чи передасть свої права і обов'язки особі, яка має право займатися підприємницькою діяльністю. Наявність цього правила обумовлено тим, що сторонами договору комерційної концесії можуть бути лише суб'єкти підприємницької діяльності. Здійснення прав і виконання обов'язків особи, яка померла, до переходу їх до спадкоємця чи іншої особи здійснюється особою, яка управляє спадщиною.

Припинення договору комерційної концесії може бути здійснене на підставах, передбачених загальними положеннями про зобов'язання (глава 50 ЦК), нормами про договір комерційної концесії (ст. 1126 ЦК) чи самим договором комерційної концесії. Оскільки договір комерційної концесії підлягає реєстрації, то щоб реєстр відображав дійсний стан речей, законодавством введена вимога державної реєстрації припинення договору.

Оскільки строк не є істотною умовою, то договір комерційної концесії може бути укладений на певний строк чи на невизначений строк. Якщо строк дії договору не встановлений, то кожна із сторін у договорі комерційної концесії має право у будь-який час **відмовитися** від договору, повідомивши про це другу сторону не менш як за шість місяців. Зазначений строк надається сторонам, щоб підшукати інші можливі варіанти діяльності. Так, правоволоділець зможе створити іншу ланку замість користувача, уклавши аналогічний договір, а користувач — підготуватися до налагодження власного бізнесу або підшукати іншого правоволодільця. Враховуючи специфіку правовідносин, сторони в договорі можуть змінити передбачений законодавством строк, але лише в сторону збільшення.

⁵⁶⁶ Оскільки до правоволодільця висуваються спеціальні вимоги (наявність прав на об'єкти інтелектуальної власності, комерційного досвіду та ділової репутації), то ймовірність того, що на практиці фізична особа буде правоволодільцем за договором комерційної концесії, досить низька. У зв'язку з цим у юридичній літературі існує точка зору, що правоволодільцем може бути лише комерційна юридична особа (за законодавством України відповідно – підприємницьке товариство) (Брагинский, М. И. Договорное право [Текст] / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. – М. : Статут, 2002. – Книга третья: Договоры о выполнении работ и оказании услуг. С. 983).

Законодавством про договір комерційної концесії передбачено дві додаткові підстави його *припинення*.

По-перше, договір припиняється у разі оголошення правоволодільця або користувача неплатоспроможним (банкрутом).

Вважаємо, що стосовно правоволодільця зазначена підстава є недоцільною у зв'язку з тим, що оголошення банкрутом не завжди тягне ліквідацію суб'єкта, а налагоджена мережа значно підвищує вартість його бізнесу.

По-друге, договір припиняється у разі припинення права правоволодільця на торговельну марку чи інше позначення, визначене в договорі, без його заміни аналогічним правом. Ця обставина ще раз підкреслює значення засобу індивідуалізації (комерційного найменування чи торговельної марки) для договору комерційної концесії, без якого він об'єктивно не може існувати.

У той же час припинення права на інший об'єкт інтелектуальної власності не є безумовною підставою припинення чинності договору. Якщо в період дії договору комерційної концесії припинилося право, користування яким надано за цим договором, дія договору не припиняється, крім тих його положень, що стосуються права, яке припинилося, а користувач має право вимагати відповідного зменшення належної правоволодільцеві плати, якщо інше не встановлено договором.

Виходячи з принципу належного виконання договору, правоволодільць безпідставно не має права змінювати комерційне найменування чи торговельну марку, право користування якими надано за договором комерційної концесії. Однак, якщо в силу об'єктивних причин (за наявності рішення суду про заборону використання комерційного позначення чи визнання свідоцтва на торговельну марку недійсним тощо) правоволодільць втрачає право на використання зазначених у договорі позначень, як варіант виходу з ситуації, він має можливість скористатися іншим засобом індивідуалізації.

Ця обставина, безперечно, вплине на правовий статус користувача. Адже укладаючи договір комерційної концесії, користувач розраховував на наявність певної ділової репутації, яку дають засоби індивідуалізації правоволодільця. Тому у випадку заміни комерційного найменування чи торговельної марки новим позначенням автоматично знижується цінність наданих за договором прав.

У зв'язку з цим, якщо під час дії договору комерційної концесії має місце зміна торговельної марки чи іншого позначення правоволодільця, права на використання яких входять до комплексу прав, наданих за договором комерційної концесії, користувач має можливість вибрати один із двох варіантів: 1) вимагати розірвання договору і відшкодування збитків або 2) при збереженні чинності договору щодо нового позначення правоволодільця ставити питання про відповідне зменшення належної правоволодільцеві плати.

Питання для самоконтролю

Поняття та правова характеристика договору комерційної концесії.

Предмет договору комерційної концесії.

Сторони в договорі комерційної концесії.

Форма договору комерційної концесії.

Наслідки відсутності державної реєстрації договору комерційної концесії.

Права та обов'язки сторін за договором комерційної концесії.

Особливі умови договору комерційної концесії.

Особливості договору комерційної концесії.

Право користувача на укладення договору комерційної концесії.

Відповідальність за договором комерційної концесії.

Зміна договору комерційної концесії.

Збереження чинності договору комерційної концесії у разі зміни сторін.

Підстави припинення договору комерційної концесії.

Наслідки зміни торговельної марки чи іншого позначення право володільця.

РОЗДІЛ XV

ЗОБОВ'ЯЗАННЯ, ЩО ВИНИКАЮТЬ ІЗ СПІЛЬНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

ГЛАВА 62

ДОГОВІР ПРО СПІЛЬНУ ДІЯЛЬНІСТЬ

Загальні положення

Розвиток економічних і соціальних потреб породжує необхідність об'єднання майна і діяльності людей для досягнення ними спільної мети. Таке добровільне об'єднання являє собою договір учасників, що взаємно зобов'язує їх до певних дій (щодо передачі майнових вкладів і подальшої узгодженої діяльності), тобто тягне за собою виникнення між ними зобов'язально-правових відносин. Учасники, які здійснюють спільну діяльність, ставлять одну й ту саму мету (побудувати будинок, школу), для досягнення якої вони об'єднують свої спільні зусилля і вносять певні майнові вклади, тобто сама спільна діяльність «є для учасників договору не самоціллю, а лише засобом досягнення певного результату, настання якого вони прагнуть разом»⁵⁶⁷.

Договір про спільну діяльність є одним з найдавніших цивільно-правових договорів. У класичному римському праві розрізняли два види товариств:

- *товариства за спільним проживанням і спільною діяльністю*, учасники якого домовлялися про спільність усього теперішнього і майбутнього майна і поділ між собою всього, чим вони володіли. Такий договір, як правило, укладався між членами однієї сім'ї (співвласниками, спадкоємцями). Ці договори стали прообразом **договорів про спільну діяльність, що не мають підприємницького характеру**;

- *виробничі товариства*, учасники яких об'єднували частину власного майна для виконання певної роботи або ведення спільної господарської діяльності й одержання спільних доходів. Такі договори укладалися між купцями або ремісниками для спільного ведення торгівлі, промислу чи іншої дохідної діяльності. Так утворювалися різні промислові та торговельні товариства⁵⁶⁸.

З розвитком капіталізму договір товариства поступово набув значного поширення. У Росії з XVIII ст. було відоме *складництво* як форма об'єднання людей на основі договору, укладеного з метою спільного ведення сільського господарства, торгівлі. Суб'єкти цього договору виступали як єдине торговельне підприємство, яке, однак, не було суб'єктом права. Купці заміняли один одного в поїздках і несли майнову відповідальність за пошкодження або втрату довіреного їм чужого товару. Одержаний дохід вони ділили між собою відповідно до внесених кожним паїв або товарів. Такі договори могли мати як епізодичний характер, так і укладатися на певний строк⁵⁶⁹.

У проекті Цивільного Уложення договором товариства називався правочин, за яким кілька осіб зобов'язуються одна перед другою спільно брати участь майновими вкладами або особистою працею в торговельному, промисловому чи іншому починанні, спрямованому на одержання прибутку (ст. 680)⁵⁷⁰. Учасники такого товариства здійснювали підприємницьку діяльність без створення юридичної особи, причому участь у спільній справі могла обмежуватися тільки внесенням майнового вкладу.

У цивільному праві радянського періоду поняття зазначеного договору дещо змінюється. Законодавець вимагав від учасників договору обов'язкової особистої участі в справах. Так, ЦК УРСР 1963 р. визначав, що за договором про сумісну діяльність сторони зобов'язуються сумісно діяти для досягнення спільної

⁵⁶⁷ Договірне право [Текст] : конспект лекцій / І. В. Жилінкова, В. І. Борисова, І. В. Спасибо-Фатєєва та ін. ; за заг. ред. І. В. Жилінкової, В. І. Борисової. – Х. : Нац. юрид. акад. України, 2008. – С. 108.

⁵⁶⁸ Гражданское право [Текст] / под ред. Е. А. Суханова. – 2-е изд., перераб. и доп. – М. : БЕК, 2002. – Т. II. – Полутом 2. – С. 304.

⁵⁶⁹ Большая советская энциклопедия [Текст]. – 3-е изд. – М. : Сов. энцикл., 1976. – Т. 23. – С. 509.

⁵⁷⁰ Гражданское право [Текст] / под ред. Е. А. Суханова. – 2-е изд., перераб. и доп. – М. : БЕК, 2002. – Т. II. – Полутом 2. – С. 305.

господарської мети, як-то: будівництво й експлуатація міжколгоспного або державно-колгоспного підприємства або установи (що не передаються в оперативне управління організації, яка є юридичною особою), будівництва водогосподарських споруд і пристроїв, будівництво шляхів, спортивних споруд, шкіл, пологових будинків, жилих приміщень і т. п. (ч. 1 ст. 430). Для досягнення цієї мети учасники договору здійснюють внески грошима чи іншим майном або трудовою участю (ч. 1 ст. 432).

Пізніше нормативно-правові акти почали вживати терміни «просте товариство» і «договір про спільну діяльність» як синоніми, причому спільна діяльність учасників для досягнення спільної мети вважалася необхідною ознакою.

За договором про спільну діяльність сторони (учасники) зобов'язуються спільно діяти без створення юридичної особи для досягнення певної мети, що не суперечить законові. При цьому спільна діяльність може здійснюватися на основі об'єднання вкладів (просте товариство), або без об'єднання вкладів (ст. 1130 ЦК).

Таким чином, законодавець розрізняє такі поняття, як «просте товариство» і «спільна діяльність», що не завжди враховується на практиці.

Договір простого товариства укладається для здійснення його учасниками *спільної підприємницької діяльності* без створення юридичної особи. Істотною умовою цього договору є погодження його учасниками спільної мети — одержання прибутку.

Учасники договору про спільну діяльність без об'єднання вкладів мають спільну мету, *відмінну від одержання прибутку* (будівництво будинку для наступного проживання в ньому, наукове і творче співробітництво в процесі створення твору науки, техніки тощо).

Під *спільною метою* в договорі про спільну діяльність слід розуміти той усвідомлений підприємницький або непідприємницький результат, на досягнення якого спрямовані узгоджені спільні зусилля учасників спільної діяльності. Наявність спільної для всіх учасників мети — головна кваліфікуюча ознака договору про спільну діяльність. Як зазначається в п. 1 Роз'яснення ВАСУ № 02-5/302 від 28.04.95 р. «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних з укладенням та виконанням договорів про спільну діяльність», підприємницька мета спільної діяльності може бути різною⁵⁷¹. На практиці це може бути спільна інвестиційна діяльність, консорціумне банківське кредитування, створення і спільна експлуатація об'єктів інвестування, створення і діяльність навчально-виробничого підприємства на базі майна виробничих підприємств і навчальних закладів, а також будь-яка інша мета, не заборонена законодавством. Тому коло суб'єктів договору про спільну діяльність визначається залежно від цілей, які вони ставлять перед собою. Суб'єктами договору можуть бути фізичні особи — підприємці, підприємницькі товариства та непідприємницькі товариства, якщо підприємницька діяльність не суперечить тій меті, заради якої вони утворені. Таку точку зору поділяють й інші правники⁵⁷². Одна й та ж особа може бути учасником декількох договорів про спільну діяльність.

Незалежно від того, в якій із двох вищезгаданих форм здійснюється спільна діяльність, вона не є самоціллю для учасників договору, вона — лише засіб досягнення певного результату, спільної для всіх учасників мети.

За своєю юридичною природою договір про спільну діяльність є *консенсуальним, двостороннім або багатостороннім, відплатним і фідуціарним*.

У результаті укладання договору його учасники утворюють *об'єднання осіб, що не стає новим самостійним суб'єктом цивільного права*, але зобов'язує їх до спільних узгоджених дій у межах досягнення спільної мети.

Цей договір *консенсуальний*, оскільки визнається укладеним у момент досягнення домовленості щодо його істотних умов.

Залежно від спрямованості волі учасників договору він може бути *дво- або багатостороннім*. Однак при цьому слід враховувати, що навіть коли в цьому договорі беруть участь дві особи, їх інтереси не протиставлені як кредитора та боржника в звичайному двосторонньому договорі. Інтереси учасників спільної діяльності спрямовані не протилежно, а на досягнення спільної для всіх мети. Тому спірним є те, чи мають у цьому договорі взагалі місце фігури кредитора та боржника. Висловлювалася позиція, що оскільки кожна особа, будучи зобов'язаною до внесення майнового вкладу і вчинення певних дій у спільних інтересах, вона має право вимагати такої ж поведінки від решти контрагентів⁵⁷³. Але більше впевнює інший підхід, що суб'єкти цього договору йменуються не кредиторами та боржниками, а *учасниками* або *товаришами*. Взаємні права і обов'язки виникають тут у кожного учасника стосовно решти. Кожний з учасників виступає одночасно і як кредитор, і як боржник щодо всіх і кожного з учасників договору. Тому головною особливістю зобов'язань із спільної діяльності є те, що жодна із сторін не має права вимагати виконання договору стосовно себе особисто

⁵⁷¹ Збірник роз'яснень Вищого арбітражного суду України [Текст] // Бюл. законодавства та юрид. практики України. — 1998. — № 3. — С. 78–82.

⁵⁷² Чубаров, В. В. Гражданское право России. Обязательственное право [Текст] : курс лекций / В. В. Чубаров. / отв. ред. О. Н. Садилов. — М. : Юристъ, 2004. — С. 731.

⁵⁷³ Иоффе, О. С. Советское гражданское право (курс лекций) [Текст] / О. С. Иоффе. — Л. : Изд-во ЛГУ, 1961. — Ч. II. — С. 454.

і, відповідно, не повинна проводити виконання безпосередньо щодо будь-якої іншої сторони⁵⁷⁴. Така складна, переплетена структура взаємозв'язків, породжена багатостороннім характером відносин, не властива звичайним двостороннім зобов'язанням.

Питання про *відплатний* характер договору про спільну діяльність також є дискусійним, оскільки його учасники не одержують один від одного зустрічного задоволення, а діють спільно для досягнення загальної мети⁵⁷⁵. Проте внесення учасниками майнових вкладів, від яких у подальшому всі учасники одержують задоволення, свідчить про відплатність цього договору.

Отже, у вузькому розумінні відплатності як зустрічного задоволення від спільної діяльності договори можуть бути як відплатними, так і безвідплатними⁵⁷⁶. Так, якщо за договором про спільну діяльність для виробництва певної продукції один учасник зобов'язується надати приміщення, а другий — внести вклад обладнанням для розміщення його в цьому приміщенні, то в такій ситуації один учасник задовольняє свої інтереси в необхідному йому приміщенні, а другий — в обладнанні, а отже, можна говорити про відплатність. Якщо ж сторони об'єднують майнові та інші зусилля для досягнення спільної непідприємницької мети, то задоволення ними матеріальних інтересів відступає на другий план. У зв'язку з цим немає й ознаки відплатності договору, хоча сторони і здійснюють своєрідне «зустрічне задоволення».

Слід враховувати також те, що відплатність договору про спільну діяльність характеризується тим, що учасник, який виконав свій обов'язок, має право вимагати від решти учасників відповідних дій щодо виконання договірних зобов'язань, включаючи передачу йому частини (частки) загальної вигоди (доходу)⁵⁷⁷. І це само по собі характеризує відплатність договору, тоді відплатним є навіть договір, що не має на меті одержання прибутку, оскільки кожен з його учасників стає зобов'язаним виконати певні дії майнового характеру на користь інших (для досягнення спільної для них мети).

Договір про спільну діяльність є *фідучіарним* договором, оскільки між його учасниками складаються відносини особисто-довірчого характеру. Учасники довіряють один одному частину свого майна, яке за взаємною згодою використовується для досягнення поставленої мети на благо всіх учасників. В інтересах спільної справи кожному з учасників зазвичай надається право виступати від імені всіх учасників, які вважають, що ніхто не зловживає своїми правами, а діятиме добросовісно. Фідучіарний характер спільної діяльності знаходить свій прояв в умовах договору, що встановлює порядок координації спільних дій або ведення спільних справ учасників. Загальним правилом відносин учасників спільної діяльності між собою щодо ведення спільних справ є їх спільна згода, якщо інше не встановлено договором між ними. У випадку, коли сторони договору про спільну діяльність уповноважили одного з учасників діяти від їх імені та за їх рахунок перед третіми особами у спільних інтересах, вони повинні встановити обсяг його повноважень. Він визначається насамперед змістом договору про спільну діяльність, а залежно від його положень — спільною довіреністю решти учасників, виданою кожним учасником окремо або письмовим актом спільного волевиявлення⁵⁷⁸.

Зобов'язання щодо спільної діяльності оформлюють не стільки безпосередні відносини товарообміну між учасниками, скільки їх особливу організацію. Ця остання і дозволяє декільком особам (учасникам даного зобов'язання) виступати в майновому обороті спільно. Тому угода про спільну діяльність має не тільки товарно-грошовий, але й організаційний характер.

Предметом договору про спільну діяльність є спільне ведення діяльності, спрямованої на досягнення спільної для всіх учасників мети (юридичний об'єкт), і вклади учасників (матеріальний об'єкт). Згідно зі ст. 1133 ЦК вкладом учасника вважається все те, що він вносить у спільну діяльність (спільне майно), в тому числі грошові кошти, інше майно, професійні та інші знання, навички та вміння, а також ділова репутація та ділові зв'язки (п. 6.1 Роз'яснення ВАСУ № 02-5/302 від 28.04.95 р. «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних з укладенням і виконанням договорів про спільну діяльність»)⁵⁷⁹. Внесками у майно товариства з обмеженою відповідальністю, акціонерного товариства, повного та командитного товариств можуть бути гроші, цінні папери, інші речі або майнові чи інші відчужувані права, що мають грошову оцінку,

⁵⁷⁴ Гражданское право [Текст] : учебник / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. – М. : Проспект, 1998. – Ч. II. – С. 653.

⁵⁷⁵ Иоффе, О. С. Обязательственное право [Текст] / О. С. Иоффе. – М. : Юрид. лит., 1975. – С. 764.

⁵⁷⁶ Цивільне право [Текст] / за ред. О. А. Підпригори, Д. В. Бобрової. – К. : Вентурі, 1996. – Ч. II. – С. 290.

⁵⁷⁷ Гражданское право [Текст] / под ред. Е. А. Суханова. – 2-е изд., перераб. и доп. – М. : БЕК, 2002. – Т. II. – Полутом 2. – С. 312.

⁵⁷⁸ Белов, В. А. Гражданское право: Общая и Особенная части [Текст] : учебник / В. А. Белов. – М. : Центр ЮрИнфор, 2003. – С. 833.

⁵⁷⁹ Збірник роз'яснень Вищого арбітражного суду України [Текст] // Бюл. законодавства та юрид. практики України. – 1998. – № 3. – С. 78–82.

якщо інше не встановлено законом (ч. 2

ст. 115 ЦК). Вклади учасників вважаються рівними за вартістю (ч. 2 ст. 1133 ЦК), якщо інше не випливає із договору або фактичних обставин. Стосовно грошової оцінки вкладу учасника господарського товариства, то вона здійснюється за згодою учасників товариства, а у випадках, встановлених законом, вона підлягає незалежній експертній перевірці (ч. 2 ст. 115 ЦК). Вклади передаються учасниками на загальну користь і утворюють спільне майно. У праві власності на спільне майно кожен з учасників має частку, розмір якої відповідає розміру його вкладу.

Договір про спільну діяльність укладається у письмовій формі (ст. 1131 ЦК).

Слід зазначити, що договір про спільну діяльність відповідно до публічного законодавства потребує державної реєстрації⁵⁸⁰.

Строк договору про спільну діяльність, як правило, обумовлений його метою, досягнення якої припиняє дію договору. Однак незалежно від цього сторони можуть зазначити в договорі особливий строк його дії, закінчення якого припинить відповідні зобов'язання. Це доцільно в тих випадках, коли мета договору є тривалою і не може бути досягнута до якоїсь певної дати (наприклад, одержання прибутку з підприємницької діяльності). Якщо в договорі відсутні строк його дії і спосіб його визначення, договір вважатиметься укладеним на невизначений строк.

Питання для самоконтролю

1. Поняття та юридична характеристика договору про спільну діяльність.
2. Предмет та форма договору про спільну діяльність.
3. Види договору про спільну діяльність.

ГЛАВА 63

ДОГОВІР ПРОСТОГО ТОВАРИСТВА

Загальні положення

За договором простого товариства сторони (учасники) беруть зобов'язання об'єднати свої вклади та спільно діяти з метою одержання прибутку або досягнення іншої мети (ст. 1132 ЦК).

Договір про спільну діяльність та договір простого товариства мають багато спільних рис, однак їх не можна ототожнювати: уклавши договір простого товариства, сторони об'єднують свої вклади та інші майнові внески для спільної мети, утворюючи при цьому спільну власність, у той час як учасники спільної діяльності діють без такого об'єднання.

За своєю юридичною природою договір простого товариства є *консенсуальним, багатостороннім, відплатним і фідучіарним*.

Договір простого товариства є *консенсуальним* договором, оскільки він вважається укладеним з моменту досягнення домовленості між його учасниками за всіма істотними умовами. Внесення ж вкладів учасниками і здійснення інших дій, про які вони домовилися, вже відбувається в порядку виконання цього договору.

Процедура укладання договору підпорядковується загальним правилам про укладання договорів.

Традиційно договір простого товариства відносять до *багатосторонніх* договорів. У цьому договорі можуть брати участь як самостійні сторони дві особи або більше, тоді як у двосторонньому договорі множинність осіб виникає або на стороні боржника, або на стороні кредитора.

Договір простого товариства являє собою *відплатний* договір. Кожний з учасників договору, зробивши вклад, має право на одержання матеріального результату. Майно, що виділяється учасниками для ведення

⁵⁸⁰ Про оподаткування прибутку підприємств [Текст] : Закон України від 28.12.1994 р. // Відом. Верхов. Ради України. – № 4. – Ст. 28; Порядок ведення податкового обліку результатів спільної діяльності на території України без створення юридичної особи [Текст] : наказ ДПА України від 30.09.2004 р. № 571 // Офіц. вісн. України. – 2004. – № 44. – Ст. 2925. – С. 280; Положення про порядок державної реєстрації договорів (контрактів) про спільну інвестиційну діяльність за участю іноземного інвестора [Текст] : постанова Каб. Міністрів України від 30.01.1997 р. № 112 // Бюл. законодавства і юрид. практики України. – 2001. – № 7. – С. 142.

спільної справи, стає об'єктом їхньої спільної часткової власності, якщо домовленістю між ними не встановлений правовий режим майна у вигляді спільної сумісної власності.

Відносини між учасниками простого товариства засновані на взаємній довірі, інакше кажучи, договір простого товариства являє собою *фидуціарний* правочин. Учасники довіряють один одному частину свого майна, що за взаємною згодою використовується для досягнення поставленої мети на благо всіх учасників.

В інтересах спільної справи кожному учаснику зазвичай надається право виступати від імені всіх учасників (ч. 1 ст. 1135 ЦК). Якщо учасники домовилися про спільне ведення справ, то жодний правочин у спільних інтересах не можна вчинити проти волі хоча б одного учасника.

У договорі простого товариства учасники:

- мають єдину (спільну) мету;
- зобов'язуються один перед одним об'єднати свої майнові вклади для досягнення поставленої мети;
- формують за рахунок своїх вкладів майно, що становить їх спільну часткову власність;
- беруть на себе взаємні обов'язки діяти спільно для досягнення поставленої мети;
- несуть обов'язок витрат і збитків від спільної справи;
- розподіляють між собою одержані результати.

У ринкових умовах не має значення, докладають учасники свої особисті зусилля для успіху справи чи їх участь у спільній справі обмежується тільки майновим вкладом.

У договорі простого товариства визначаються умови про: вклади та їх об'єднання; спільні дії учасників; спільну мету, заради досягнення якої учиняються ці дії.

Умова про об'єднання вкладів має включати: вид майнового або іншого блага, що становить вклад учасника; розмір і грошову оцінку вкладу з визначенням частки учасника в спільній частковій власності.

Мета, заради якої створюється просте товариство, має бути *спільною (єдиною)* для всіх учасників договору. Вона може мати як підприємницький, так і непідприємницький характер.

Сторони договору іменуються *учасниками* або *товаришами*. Учасниками договору можуть бути будь-які суб'єкти цивільного права. Залежно від складу учасників усі договори простого товариства, як і договори про спільну діяльність, поділяються на договори, укладені для здійснення підприємницької діяльності, та договори, не пов'язані зі здійсненням такої діяльності.

Кожний учасник має право:

- на одержання частки прибутку від спільної справи;
- на частку в спільному майні (частку в праві власності, праві користування спільним майном та ін.);
- вести спільні справи товариства;
- на одержання інформації про стан спільних справ і спільного майна учасників (особисто або за участю компетентних осіб знайомитися з усією документацією з ведення справ; одержувати роз'яснення від керуючих або посадових осіб);
- відмовитися від участі в безстроковому договорі або розірвати щодо себе та інших учасників строковий договір простого товариства.

З огляду на фидуціарний характер договору слід визнати, що учасник не може передати (поступитися) своє право участі в договорі іншим особам без згоди інших учасників.

Учасники зобов'язані:

- внести вклад у спільне майно учасників;
- брати участь у витратах щодо утримання спільного майна;
- зазнавати збитків від діяльності простого товариства;
- відповідати за спільними боргами;
- вести справи в спільних інтересах;
- надавати іншим учасникам договору повну й достовірну інформацію про стан спільних справ і спільного майна;
- не розголошувати конфіденційну інформацію про діяльність товариства;
- нести відповідальність перед учасниками за шкоду, заподіяну спільному майну і діяльності партнерів.

Виконання договору. Учасники, виконуючи договір, вносять вклади. *Вкладом* учасника вважається все те, що він вносить у спільну діяльність (спільне майно), у тому числі грошові кошти, інше майно, професійні та інші знання, навички та вміння, ділова репутація та ділові зв'язки (ч. 1 ст. 1133 ЦК). Вклади учасників визнаються рівними за вартістю, якщо інше не впливає із договору простого товариства або фактичних обставин.

Якщо інше не передбачено законом або договором, ризик випадкової загибелі спільного майна несуть його співвласники, у цьому разі — учасники (пропорційно частці кожного). Розподіл майна, що перебуває в спільній частковій власності учасників, можливий після припинення договору. Вимогу про виділ частки учасника в спільному майні може бути пред'явлено кредитором одного з товаришів. У такому разі частка учасника може бути використана для покриття його особистих боргів тільки при недостатності його майна, тобто в субсидіарному порядку.

Ведення справ товариства полягає у вчиненні різних фактичних і юридичних дій для досягнення спільної мети. Рішення, що стосуються внутрішніх відносин між учасниками, приймаються учасниками за спільною згодою (одногосно). Однак у договорі може бути визначено інший порядок. У відносинах із третіми особами кожний учасник має право діяти від імені всіх учасників, якщо інше не встановлено договором. Як правило, управління поточними справами покладається на одного або кількох учасників, що вчиняють юридично

значущі дії в спільних інтересах. Повноваження учасника простого товариства вчиняти правочини та інші дії від імені всіх учасників мають встановлюватися договором або відповідною довіреністю решти товаришів. При цьому ЦК містить положення, спрямоване на захист інтересів третіх осіб, які вступають у правовідносини з простим товариством: учасники не можуть посилалися на обмеження прав учасника, який вчинив правочин, щодо ведення спільних справ учасників, крім випадків, коли вони доведуть, що на момент вчинення правочину третя особа знала або могла знати про наявність таких обмежень (ч. 3 ст. 1135 ЦК).

У разі спільного ведення справ для вчинення кожного правочину потрібна згода всіх учасників (ч. 1 ст. 1135 ЦК).

Відповідальність учасників. Характер відповідальності за спільними боргами зумовлений специфікою укладеного договору. Якщо договір не пов'язаний з підприємницькою діяльністю, учасники несуть часткову відповідальність. Якщо договір пов'язаний зі здійсненням підприємницької діяльності, то учасники відповідають солідарно за всіма спільними зобов'язаннями незалежно від підстав їх виникнення (ст. 1138 ЦК). У разі, коли договір не був припинений за заявою будь-кого з учасників про відмову від подальшої участі в ньому або у разі розірвання договору на вимогу одного з учасників, особа, участь якої в договорі припинилася, відповідає перед третіми особами за спільними зобов'язаннями, які виникли в період її участі в договорі, так, ніби вона залишається учасником договору простого товариства (ст. 1143 ЦК).

Припинення договору. Договір може бути розірвано на загальних підставах, однак ст. 1141 ЦК передбачено і спеціальні підстави припинення договору:

- визнання учасника недієздатним, безвісно відсутнім, обмеження його цивільної дієздатності, якщо домовленістю між учасниками не передбачено збереження договору щодо інших учасників;
- оголошення учасника банкрутом, якщо домовленістю між учасниками не передбачено збереження договору щодо інших учасників;
- смерть фізичної особи-учасника або ліквідація юридичної особи-учасника договору, якщо домовленістю між учасниками не передбачено збереження договору щодо інших учасників;
- відмова учасника від подальшої участі в договорі або розірвання договору на вимогу одного з учасників, якщо домовленістю між учасниками не передбачено збереження договору щодо інших учасників;
- сплив строку договору простого товариства;
- виділ частки учасника на вимогу його кредитора;
- досягнення мети стає неможливим.

Припинення договору тягне за собою розподіл майна, яке перебуває в спільній власності. Учасник, який вніс у спільне майно індивідуально визначену річ, має право вимагати її повернення.

Питання для самоконтролю

1. Договір простого товариства: учасники договору, їхні права та обов'язки.
2. Загальні та спеціальні підстави припинення договору простого товариства.

ГЛАВА 64

ЗАСНОВНИЦЬКИЙ ДОГОВІР

Загальні положення

Засновницький договір бере свій початок з договору простого товариства. Його конструкція використовувалася в римському праві для створення товариських об'єднань, які переслідували мету спільного ведення учасниками торгівлі та промислу. З розвитком товарно-грошових відносин стало очевидним, що такого роду товариства потребують відмежування майна, що використовується в його обороті, від майна окремих учасників, а також у забезпеченні стабільності існування цього товариства незалежно від зміни складу учасників. У період принципату римське право почало визнавати деякі види товариств юридичними особами.

За засновницьким договором засновники зобов'язуються створити юридичну особу, визначають порядок їх спільної діяльності щодо її створення, умови передання їй свого майна (ч. 2 ст. 88 ЦК)⁵⁸¹.

Засновницьким договором визначаються також умови розподілу між учасниками прибутку та збитків, участі в діяльності юридичної особи, виходу засновників зі складу товариства.

Засновницький договір може бути укладено тільки за наявності не менш ніж двох засновників юридичної особи.

У засновницькому договорі, як і договорі простого товариства, учасники мають спільну мету. Тому всі сторони в договорі іменуються *засновниками (учасниками)*. За загальним правилом учасниками можуть виступати фізичні та юридичні особи. Однак на відміну від простого товариства результатом укладання і виконання засновницького договору є поява нового суб'єкта права — юридичної особи, у той час як укладаючи договір простого товариства, сторони не мають на меті створення нового суб'єкта.

У засновницькому договорі створюваної юридичної особи вказується:

- організаційно-правова форма юридичної особи;
- порядок спільної діяльності засновників з її створення;
- передача засновниками майна юридичній особі;
- участь засновників у діяльності юридичної особи;
- порядок управління діяльністю юридичної особи;
- порядок виходу засновників зі складу юридичної особи.

При створенні юридичної особи, що здійснює підприємницьку діяльність, істотною є умова про розподіл прибутку між засновниками.

Перелік умов може доповнюватися залежно від виду юридичної особи, яка створюється.

Засновницький договір укладається в простій письмовій формі, але договір про створення акціонерного товариства підлягає нотаріальному посвідченню, якщо акціонерне товариство створюється фізичними особами (ч. 2 ст. 153 ЦК).

Як і договір простого товариства, засновницький договір є *консенсуальним, багатостороннім, відплатним і фідучіарним* правочином.

Строк дії засновницького договору відповідає строку існування повного або командитного товариства, установчим документом є цей договір, а строк дії договору про створення товариства з обмеженою відповідальністю або акціонерного товариства обмежується моментом державної реєстрації зазначених господарських товариств⁵⁸².

Засновницький договір встановлює обов'язки його учасників щодо створення юридичної особи, формування її капіталу, частина якого оплачується до реєстрації. Отже, умови, що стосуються спільної діяльності учасників до реєстрації юридичної особи, набирають чинності з моменту укладання засновницького договору. З цього моменту виникають зобов'язальні відносини між його учасниками. Державна реєстрація юридичної особи, створеної на виконання засновницького договору, породжує комплекс прав і обов'язків як між юридичною особою та учасниками засновницького договору, так і між самими учасниками. Цей комплекс становить зміст відносного правовідношення, що є не зобов'язальним, а корпоративним.

Учасники договору несуть обов'язки з формування капіталу юридичної особи як суб'єкти корпоративного правовідношення, а також інші майнові і немайнові (не розголошувати конфіденційну інформацію про діяльність юридичної особи) права та обов'язки.

Зміна і припинення засновницького договору. До моменту державної реєстрації юридичної особи засновницький договір може бути змінено і розірвано на загальних підставах. Після державної реєстрації будь-які зміни або розірвання засновницького договору безпосередньо пов'язані зі зміною або припиненням корпоративних правовідносин, що існують між засновниками, а також між засновниками та юридичною особою.

Будь-який учасник юридичної особи, створеної на основі засновницького договору, має право вільно вийти з товариства незалежно від згоди інших учасників. Законом може бути встановлено лише порядок і строки виходу. Учасники товариств з обмеженою відповідальністю і товариств із додатковою відповідальністю мають

⁵⁸¹ Про засновницький договір див. також главу 7 Т. 1 цього підручника.

⁵⁸² Договірне право [Текст] : конспект лекцій / І. В. Жилінкова, В. І. Борисова, І. В. Спасибо-Фатєєва та ін. ; за заг. ред. І. В. Жилінкової, В. І. Борисової. – Х. : Нац. юрид. акад. України, 2008. – С. 111.

право розпоряджатися своєю часткою в загальному майні шляхом вчинення різних правочинів щодо її відчуження. У тих випадках, коли частка відчужується в повному обсязі, місце учасника посідає набувач частки, до якого переходять корпоративні права та обов'язки. При частковому відчуженні частки учасник залишається нарівні з набувачем. Таким чином, придбавши частку або частину частки, суб'єкт стає правонаступником відчужувача частки або її частин. Зміна складу учасників засновницького договору може мати місце внаслідок вступу до товариства спадкоємців померлої фізичної особи або правонаступників реорганізованої юридичної особи. Для вступу до товариства зазначених осіб необхідна згода інших його учасників. Зміни засновницького договору через зміни в складі учасників набувають чинності для третіх осіб з моменту державної реєстрації цих змін.

Припинення дії засновницького договору може бути наслідком ліквідації створеної на його основі юридичної особи. Причини та підстави в цьому випадку значення не мають. Дія засновницького договору вважатиметься припиненою або у разі ліквідації юридичної особи у зв'язку з досягненням мети, заради якої вона створювалася, або із закінченням строку, на який вона створювалася, а також у випадках її ліквідації за згодою учасників, рішенням суду тощо.

Питання для самоконтролю

1. Поняття та юридична характеристика засновницького договору.
2. Підстави зміни та припинення засновницького договору.
3. Відповідальність учасників за договорами, спрямованими на досягнення спільної мети.

РОЗДІЛ XVI

НЕДОГОВІРНІ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ

ГЛАВА 65

ПУБЛІЧНА ОБІЦЯНКА ВИНАГОРОДИ

§ 1. Публічна обіцянка винагороди без оголошення конкурсу

Разом із договорами як підставами виникнення зобов'язань новий ЦК України розглядає односторонні правочини, що дозволяє врегулювати нові сфери суспільних відносин, встановити нові інститути недоговірних зобов'язань⁵⁸³.

Особливістю зобов'язань із односторонніх правочинів є те, що для їх реалізації необхідна сукупність юридичних фактів — як подій, так і дій, включаючи односторонні правочини, що виходять від осіб, до яких вони звернені. Центральне місце в такому складі займає первісний односторонній правочин, який має не лише правостворююче, а й регулятивне значення, оскільки визначає зміст майбутнього зобов'язання⁵⁸⁴.

⁵⁸³ Недоговірні зобов'язання у проекті Цивільного кодексу України. Кодифікація приватного (цивільного) права України [Текст] / за ред. А. Довгерта. – К. : Укр. центр правн. студій, 2000. – С. 260.

⁵⁸⁴ Иоффе, О. С. Обязательственное право [Текст] / О. С. Иоффе. – М. : Юрид. лит., 1975. – С. 779.

Як правило, для виконання певної роботи або надання послуги з виконавцем укладається договір з відповідною оплатою, встановленою домовленістю сторін. Але іноді для досягнення такого результату необхідно привернути увагу якомога більшої кількості осіб з обіцянкою виплатити винагороду тому, хто досягне такого результату. Так, наприклад, адміністрацією острова Сахалін було оголошено винагороду в розмірі 1 млн руб. за надання інформації про зниклий 20 серпня 2003 р. гелікоптер, на борту якого перебував губернатор острова. У цьому разі йдеться саме про публічну обіцянку винагороди без оголошення конкурсу.

Результат, для досягнення якого публічно обіцяється винагорода, буває різного характеру. Але з точки зору класифікації вказаних зобов'язань важливо відрізнити результати: єдині у своєму роді і зіставні за якістю. Наприклад, загублену корову можна знайти або не знайти, але не можна зробити це «краще» або «гірше» і до того ж одночасно кількома особами, в різних місцях, незалежно один від одного. Навпаки, літературні твори на задану тему можуть бути одночасно і незалежно один від одного створені кількома авторами без збігу художніх та інших достоїнств. У зв'язку з цим прийнято розрізняти публічну обіцянку винагороди, побудовану як конкурс, і таку, що не є конкурсом⁵⁸⁵.

ЦК, використовуючи вказаний критерій порівнюваності результатів, окремо закріплює два різновиди публічної обіцянки винагороди: публічна оцінка винагороди без оголошення конкурсу і публічна обіцянка нагороди за результатами конкурсу.

Згідно зі ст. 1144 ЦК особа має право публічно пообіцяти винагороду (нагороду) за передання їй відповідного результату (передання інформації, знайдення речі, знайдення фізичної особи тощо).

Закон указує на певні вимоги до публічної обіцянки винагороди, які дозволяють кваліфікувати її як юридично обов'язкову. Обіцянка винагороди: 1) має бути публічною, якщо вона сповіщена у засобах масової інформації або іншим чином невизначеному колу осіб (ч. 2

ст. 1144 ЦК); 2) має бути майновою, тобто грошовою або іншою, що має вартісне вираження — надання речі, послуги тощо; 3) має містити вказівку на результат, який повинен бути досягнутий. Хоча ст. 1144 ЦК не зазначає характер результату, але зрозуміло, що він має правомірний характер і може бути досягнутий необмеженим колом осіб.

Частина 3 ст. 1144 ЦК визначає обов'язкові реквізити сповіщення публічної обіцянки винагороди: завдання; строк та місце його виконання; форма та розмір винагороди.

Законодавець не встановлює певну форму оголошення публічної обіцянки винагороди, але конкретизує зміст завдання у разі публічної обіцянки винагороди. Завдання, яке належить виконати, може стосуватися разової дії або необмеженої кількості дій одного виду, які можуть вчинятися різними особами (ст. 1145 ЦК). Так, наприклад, відомості про місцезнаходження осіб, які причетні до скоєння серії терористичних актів у м. Краснодарі 25 серпня 2003 р., можуть бути надані кількома особами. У такому разі на частку оголошеної винагороди може претендувати кожна з осіб, незалежно від вичерпності їх відомостей⁵⁸⁶.

Суб'єктами зобов'язань, що виникають на підставі публічної обіцянки винагороди без оголошення конкурсу, можуть бути як фізичні, так і юридичні особи.

Таким чином, *публічна обіцянка винагороди без оголошення конкурсу — це недоговірне зобов'язання, що виникає на підставі звернення до необмеженого кола осіб і полягає у виплаті майнової винагороди особі (особам), яка досягла зазначеного у сповіщенні результату.*

⁵⁸⁵ Иоффе, О. С. Обязательственное право [Текст] / О. С. Иоффе. — М. : Юрид. лит., 1975. — С. 783.

⁵⁸⁶ Голубева, Н. Ю. Цивільний кодекс України: Коментар [Текст] / Н. Ю. Голубева. Х. : Одиссей, 2003. — С. 742.

Умови виникнення зобов'язання. Публічна обіцянка винагорода без оголошення конкурсу є одностороннім правочином, на підставі якого особа, що заявила про винагороду, стає боржником, а будь-яка особа, що відгукнулася, — кредитором. Але сама по собі публічна обіцянка не призводить до виникнення прав і обов'язків у необмеженого кола осіб, до яких вона звернена.

Обов'язок виплатити винагороду, а отже, і право її вимоги виникає лише у разі надання особою, яка відгукнулася, вказаного в публічній обіцянці результату, тобто виконання певної умови. Зважаючи на це, публічна обіцянка винагорода виступає як односторонній умовний правочин (ст. 212 ЦК).

У цілому зобов'язання з публічної обіцянки винагорода виникає із юридичного складу двох односторонніх правочинів: публічної обіцянки винагорода і відгуку на неї у вигляді надання обумовленого результату. Причому вказані правочини мають зустрічний характер і повинні відповідати одне одному.

Зміст зобов'язання. Обов'язок особи, яка публічно пообіцяла винагороду, полягає саме у виплаті цієї винагорода тому, хто надав результат, указаний у сповіщенні. Частина 3. ст. 1144 ЦК зобов'язує особу, яка публічно обіцяє винагороду, визначити у сповіщенні її форму та розмір. Це може бути як певна річ, так і грошова сума. Нагорода може бути виражена також в іншій формі: білет на концерт артиста, який оголосив винагороду, надання зустрічної послуги і т. п.⁵⁸⁷

Згідно з ч. 1 ст. 1148 ЦК у разі виконання завдання і передання його результату особа, яка публічно обіцяла винагороду (нагороду), зобов'язана виплатити її. Якщо завдання стосується разової дії, винагорода виплачується особі, яка його виконала першою. Якщо таке завдання було виконано кількома особами одночасно, винагорода розподіляється між ними порівну.

Строк виконання завдання. Встановлення строку (терміну) виконання завдання не є обов'язковим і характерним для цього зобов'язання. Але особа, яка дає публічну обіцянку винагорода, має право встановити строк (термін) для виконання завдання (ст. 1146 ЦК). Зазначення строку свідчить про те, що особа, яка дала публічну обіцянку винагорода, пов'язана обов'язком виплати винагорода саме у цей проміжок часу, оскільки закінчення строку для передання результату є однією з підстав припинення вказаного зобов'язання (ч. 1 ст. 1149 ЦК).

Якщо строк (термін) виконання завдання не встановлений, воно вважається чинним протягом *розумного часу* відповідно до змісту завдання. Поняття «розумний час» є оціночним і може бути визначене шляхом зіставлення часу, який минув з дня публічної обіцянки, та змісту завдання.

Виходячи з характеру одностороннього правочину як підстави виникнення зобов'язання з публічної обіцянки винагорода, особа, яка публічно її обіцяла, має право змінити завдання та умови надання винагорода (ст. 1147 ЦК). Така зміна не пов'язана з будь-якими умовами і навіть не потребує сповіщення у такому ж порядку, як і публічна обіцянка, але тягне певні правові наслідки для цієї особи:

Перше — відшкодування збитків особі, яка розпочала виконання завдання, вчинених їй у зв'язку зі зміною завдання.

Друге — відшкодування витрат, понесених особою, яка розпочала виконання завдання, але у зв'язку зі зміною умов надання винагорода завдання втратило для неї інтерес.

Окрім закінчення строку на передання результату, зобов'язання у зв'язку з публічною обіцянкою винагорода припиняється також переданням результату особою, яка першою виконала завдання.

Особа, яка публічно обіцяла винагороду, має право публічно оголосити про припинення завдання. У цьому разі особа, яка понесла реальні витрати на підготовку до виконання завдання, має право на їх відшкодування

⁵⁸⁷ Садиков, О. Н. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть вторая (постатейный) [Текст] / О. Н. Садиков. Изд. 3-е испр. и доп. / рук. авт. кол. и отв. ред. О. Н. Садиков. — М. : Юрид. фирма КОНТРАКТ; ИНФРА • М, 1998. — С. 648.

(ст. 1149 ЦК). Під реальними розуміються витрати, які забезпечували діяльність, спрямовану на виконання завдання.

Наявність або відсутність публічної обіцянки винагороди впливає на відносини сторін. Так, наприклад, якщо особа, яка загубила річ, публічно пообіцяє винагороду за її знайдення, то відносини між нею й особою, яка знайде річ і передасть, визначатимуться ст. 1144 ЦК, а за відсутності такої обіцянки — правилами ст. 339 ЦК, що передбачають право особи, яка знайшла загублену річ, на винагороду та відшкодування витрат, пов'язаних зі знахідкою. Частина 3 ст. 339 ЦК прямо зазначає: якщо власник (володілець) публічно обіцяв винагороду за знахідку, вона виплачується на умовах публічної обіцянки.

§ 2. Публічна обіцянка винагороди за результатами конкурсу

Поняття зобов'язання із публічного конкурсу. Другим різновидом публічної обіцянки винагороди виступає публічна обіцянка винагороди за результатами конкурсу (публічний конкурс). «Конкурс» у буквальному перекладі з латинської означає «зіткнення, зустріч». У цивільному праві — змагання кандидатів, претендентів для виявлення кращих на право організації і (або) здійснення діяльності, спрямованої на досягнення яких-небудь соціально корисних цілей⁵⁸⁸. Найчастіше в цивільному праві конкурс використовується у трьох розуміннях :

1) різновид недоговірних зобов'язань; 2) порядок укладення договору; 3) конкурсне провадження — відповідне розподілення майна боржника в разі його неплатоспроможності⁵⁸⁹.

Конкурс як різновид недоговірних зобов'язань, а саме вид публічної обіцянки винагороди, що передбачає порівнюваність результатів, регулюється статтями 1150–1157 ЦК. Мета конкурсу ніколи не може полягати лише в тому, щоб тільки визначити найкраще вирішення завдання. Кінцева мета його — застосування отриманого результату на практиці, використання у виробництві тощо⁵⁹⁰.

Конкурс (змагання) має право оголосити фізична або юридична особа (засновник конкурсу). Залежно від залучення засновником конкурсу до участі в конкурсі чи то широкого загалу, чи обмеженого кола осіб, визначених до оголошення конкурсу, публічні конкурси поділяються на відкриті і закриті. Оскільки сама назва конкурсу «публічний» свідчить про необмежене коло учасників, не зовсім послідовним є підхід законодавця щодо віднесення закритого конкурсу до публічного. Згідно з ч. 3 ст. 1150 ЦК засновник конкурсу має право запросити до участі в ньому персональних учасників (закритий конкурс). Вважалось, що закритий конкурс являє собою суму окремих договорів, які укладаються з кожним із пошукувачів, котрі мають право на оплату виконаної роботи незалежно від зайнятого ними місця на конкурсі і від прийняття оціночного рішення взагалі⁵⁹¹. Д. В. Боброва розглядає закритий конкурс як різновид договору замовлення. Замовлення на

⁵⁸⁸ Тихомирова, Л. В. Юридическая энциклопедия [Текст] / Л. В. Тихомирова, М. Ю. Тихомиров / под ред. М. Ю. Тихомирова. – М., 1998. – С. 207.

⁵⁸⁹ Игнатенко, В. М. Конкурс в цивільному праві [Текст] / В. М. Игнатенко // Проблеми законності : республік. міжвідом. наук. зб. / відп. ред. В. Я. Тацій. – Х. : Нац. юрид. акад. України, 2000. – № 42. – С. 61–62.

⁵⁹⁰ Смирнов, В. Т. Конкурс в советском праве [Текст] : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / В. Т. Смирнов – М., 1962. – С. 19.

⁵⁹¹ Иоффе, О. С. Обязательственное право [Текст] / О. С. Иоффе. – М. : Юрид. лит., 1975. – С. 786.

створення твору (проекту будови, пам'ятника) на одну й ту саму тему іноді дається кільком конкретним особам⁵⁹².

Очевидно, публічність як ознака конкурсного зобов'язання передбачає невизначеність кола учасників на час оголошення конкурсу, тому закритий конкурс, який хоча і складає за структурою відносин також два зустрічні односторонні правочини, не може бути віднесений до публічного (виступати його різновидом). У юридичній літературі стосовно ознаки публічності існує кілька точок зору. Так, одні автори вважають, що обіцянка винагороди за краще виконання певної роботи або досягнення інших результатів має бути публічною, тобто зверненою до необмеженого кола осіб⁵⁹³, а інші публічність вбачають у тому, що обіцянка дається більше, ніж одній особі⁵⁹⁴.

Конкурс оголошується публічно через засоби масової інформації. Оголошення про конкурс може бути зроблене й іншим чином. Це, наприклад, розміщення об'яви про проведення конкурсу серед співробітників науково-дослідного інституту на дошці об'яв цієї установи. При проведенні закритого конкурсу засновник адресує оголошення про конкурс персональним учасникам і змагання відбувається серед тих із них, хто відгукнувся на умови конкурсу.

На відміну від публічної обіцянки винагороди без оголошення конкурсу, публічна обіцянка винагороди за результатами конкурсу відрізняється формалізацією умов. Закон вказує на істотні умови конкурсу. Це предмет конкурсу і нагорода (премія), яка має бути виплачена переможцеві.

Предметом конкурсу може бути результат інтелектуальної, творчої діяльності, вчинення певної дії, виконання роботи тощо. Публічний конкурс спрямований на досягнення суспільно корисної мети, і тому він не може мати негативний зміст. Так, наприклад, не є конкурсом «змагання», оголошене в 2003 р. Харківським міськвиконкомом серед житлово-експлуатаційних організацій на найгірше утримання двору біля жилого будинку. Засновник конкурсу повинен сформулювати умови, які ставляться до завдання, і чітко викласти їх у публічному оголошенні або ж у персональному повідомленні.

Другою істотною умовою конкурсу виступає **нагорода (премія)**. Кількість призових місць, вид нагороди (сума премії) за кожне призове місце тощо визначаються в умовах конкурсу. Важливо, щоб нагорода спеціально була передбачена, а не являла собою винагороду за трудовим договором або ж авторську винагороду. Нагорода (премія) може мати як матеріальний характер, так і моральний (моральне заохочення). Інакше кажучи, нагородою може вважатися звання («лауреат», «кращий спеціаліст» і т. д.), диплом, свідоцтво, вимпел, нагрудний знак. Нагорода в матеріальній формі може мати як грошовий вираз, так бути і в іншій негрошовій формі. Остання повинна задовольняти вимогам оборотоздатності (ст. 178 ЦК).

Крім істотних умов, засновник має право вказати і додаткові умови до результату конкурсу або до учасників. Ці умови ще називають факультативними. При внесенні їх до оголошення або ж до повідомлення персональному учаснику вони набувають обов'язкового характеру для учасників.

Згідно з ч. 4 ст. 1151 ЦК умовами конкурсу має бути передбачено строк подання творів на конкурс чи виконання певної дії. Однак строк подання творів, або ж, наприклад, строк оголошення результатів конкурсу не належать до істотних умов, але, як правило, засновником конкурсу строки визначаються.

⁵⁹² Боброва, Д. В. Зобов'язання, що виникають з публічного обіцяння винагороди (оголошення конкурсу) [Текст] / Д. В. Боброва / Цивільне право: навч. посіб. для студ. юрид. вузів та ф-тів. – К. : Вентурі, 1996. – С. 301.

⁵⁹³ Смирнов, В. Т. Гражданское право [Текст] : учебник / В. Т. Смирнов; под. ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. – М. : Проспект, 1997. – Часть II. – С. 682.

⁵⁹⁴ Голубева, Н. Ю. Цивільний кодекс України: Коментар [Текст] / Н. Ю. Голубева. – Х. : Одіссей, 2003. – С. 743.

Зміна умов і відмова від проведення конкурсу. У процесі проведення конкурсу у засновника може виникнути потреба у зміні умов або взагалі у його припиненні. Оскільки оголошення конкурсу є одностороннім умовним правочином, то і зміна умов та відмова від проведення за своєю природою можуть бути лише одностороннім волевиявленням засновника. Захищаючи інтереси учасників конкурсу, законодавець встановлює певні обмеження права засновника конкурсу. Згідно з ч. 1 ст. 1152 ЦК засновник конкурсу має право змінити його умови до початку конкурсу. Зміна умов конкурсу після його початку не допускається. Про зміну умов конкурсу має бути оголошено в тому ж порядку, в якому було його оголошено. Під початком конкурсу слід розуміти перший день прийому конкурсних робіт згідно з умовами конкурсу, тобто оголошення про зміну його умов повинно вийти принаймні напередодні вказаного дня.

Особи, які виявили бажання взяти участь у конкурсі, але у зв'язку зі зміною його умов участь у ньому втратила для них інтерес або стала неможливою, мають право вимагати від засновника відшкодування витрат, які були понесені ними для підготовки до участі в конкурсі.

ЦК передбачає право засновника конкурсу відмовитись від його проведення і вказує на підстави та правові наслідки такої відмови (ст. 1153 ЦК).

По-перше, засновник конкурсу має право відмовитися від його проведення, якщо це стало неможливим за обставин, які від нього не залежать. Так, наприклад, коли на конкурс не подані роботи, що відповідають його умовам, подано кілька робіт, виконаних однією особою, тощо. В цьому разі відмова не тягне для засновника будь-яких правових наслідків.

По-друге, відмова засновника конкурсу з інших підстав викликає для нього обов'язок відшкодувати учасникам витрати, які були ними понесені для підготовки до участі у конкурсі. В цьому разі закон захищає майнові права учасників, порушені по суті односторонньою відмовою від зобов'язання засновником. Очевидно, доцільно було б передбачити й підстави звільнення засновника конкурсу від відшкодування витрат, наприклад, коли робота була виконана не у зв'язку з конкурсом, зокрема до його оголошення, або завідомо не відповідає умовам конкурсу.

На відміну від змін умов конкурсу, законодавець не визначає форму оголошення про відмову від конкурсу, але логічним буде доведення цієї інформації у такий же спосіб, як і про його початок.

Виконання зобов'язання із публічного конкурсу. Зобов'язання із публічного конкурсу у своєму розвитку проходить кілька етапів, які характеризуються вчиненням юридичних дій і зміною суб'єктів. Причому засновник конкурсу не змінюється, а зміни відбуваються на іншій стороні.

Перший етап полягає в оголошенні конкурсу, яке являє собою умовний, основний, односторонньо-уповноважуючий правочин, що зобов'язує засновника конкурсу видати переможцю винагороду. З названого юридичного факту на цьому етапі виникає абсолютне цивільне правовідношення, в якому чітко визначеній особі — засновнику конкурсу — відповідає невизначена множинність уповноважених осіб. Останні мають право подати роботи згідно з умовами конкурсу.

Другий етап — це подання учасниками конкурсу робіт засновнику. З точки зору юридичних фактів — це ряд допоміжних односторонньо-зобов'язуючих правочинів, які зобов'язують засновника провести оцінювання поданих робіт, якщо вони задовольняють передбаченим в оголошенні умовам. На цьому етапі абсолютне правовідношення трансформується у низку відносних правовідношень, у яких зобов'язаною особою виступає засновник, а уповноваженими — учасники конкурсу, які здійснюють своє право подати роботу замовнику і вимагати від нього її розгляду і оцінки.

Третій етап — винесення оціночного рішення, яке виступає допоміжним односторонньо-уповноважувачим правочином. На підставі оціночного рішення із числа учасників конкурсу виокремлюється один (або кілька, якщо це встановлено умовами конкурсу) переможець конкурсу⁵⁹⁵.

Переможцем конкурсу є особа, яка досягла найкращого результату. Він визначається в порядку, встановленому засновником конкурсу. Стаття 1154 ЦК передбачає оголошення результатів конкурсу в тому ж порядку, в якому було оголошено сам конкурс.

Закон встановлює особливості оцінювання результатів інтелектуальної, творчої діяльності, які подані на конкурс. Згідно з ст. 1155 ЦК за наслідками оцінювання результатів інтелектуальної, творчої діяльності, які надані на конкурс, засновник конкурсу (конкурсна комісія, журі) може прийняти рішення про:

- 1) присудження всіх призових місць та нагород (премій), які були визначені умовами конкурсу;
- 2) присудження окремих призових місць, якщо їх було встановлено декілька, та нагород (премій);
- 3) відмову у присудженні призових місць, якщо жодна з робіт, наданих на конкурс, не відповідає його вимогам;

4) присудження заохочувального призу та (або) нагороди (премії). Переможець конкурсу має право вимагати від його засновника виконання свого зобов'язання у строки, встановлені умовами конкурсу. ЦК передбачає, що у разі коли предметом конкурсу був результат інтелектуальної, творчої діяльності, засновник має право подальшого його використання лише за згодою переможця конкурсу (ст. 1156). У той же час засновник має переважне право перед іншими особами на укладення з переможцем конкурсу договору про використання предмета конкурсу. При цьому законодавець не пояснює, в чому полягає і протягом якого строку діє це переважне право.

Була висловлена думка, що зазначене право за аналогією закону повинно регулюватися нормами, які встановлюють переважне право купівлі частки в праві власності на нерухоме майно⁵⁹⁶. Такий підхід є виправданим. Згідно з ч. 1 ст. 362 ЦК у разі продажу частки у праві спільної часткової власності співвласник має переважне право перед іншими особами на її купівлю за ціною, оголошеною для продажу, та на інших рівних умовах. Іншими словами, переважне право «спрацьовує» лише за рівних умов. Звичайно, порівняння умов може відбутися у тому випадку, коли в оголошенні про конкурс зазначені умови майбутнього авторського договору. Якщо вони відсутні в оголошенні, то переважне право засновника реалізувати буде неможливо.

Важливо зазначити, що коли проводиться конкурс на створення творів науки, літератури, мистецтва, його переможцю в будь-якому випадку видається нагорода (премія), а також виплачується авторський гонорар згідно з договором.

ЦК закріплює загальне правило про обов'язок засновника повернути річ, подану на конкурс. Подання учасником конкурсу речі на конкурс не припиняє його право власності на цю річ. Умова конкурсу, за якою засновник конкурсу не повертає його учаснику річ, подану на конкурс, є нікчемною (ст. 1157 ЦК).

Засновник конкурсу може залишити у себе річ, подану на конкурс, лише за згодою його учасника. Якщо учасник протягом місяця від дня оголошення результатів конкурсу не пред'явив вимогу про повернення йому речі, поданої на конкурс, вважається, що засновник конкурсу має право подальшого володіння нею. Учасник

⁵⁹⁵ Взагалі питання юридичної природи рішення конкурсної комісії є дискусійним у юридичній літературі. Так, одні автори вважають, що конкурс у цивільному праві є сукупністю односторонніх угод, які повинні бути вчинені як влаштовувачем конкурсу, так і його учасниками (Цивільне право [Текст] : навч. посіб. для студ. юрид. вузів та ф-тів. – К. : Вентурі, 1996. – С. 299). Інші зазначають, що це рішення – адміністративний акт, який породжує різні за характером і правовим значенням наслідки (Гражданское право [Текст] : учебник / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. – М. : Проспект, 1997. – Часть II. – С. 685).

⁵⁹⁶ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть вторая. (Постатейный) [Текст] : рук. авт. кол. и отв. ред. О. Н. Садилов. Изд-е 3-е, испр. и доп. – М. : Юрид. фирма КОНТРАКТ; ИНФРА • М, 1998. – С. 657.

конкурсу має право у будь-який час пред'явити вимогу про повернення йому речі, поданої на конкурс. Якщо річ, подана на конкурс, не була подарована засновникові конкурсу або куплена, він може набути право власності на неї відповідно до ст. 344 ЦК (набувальна давність).

Питання для самоконтролю

1. Поняття публічної обіцянки винагороди та її види.
2. Які вимоги ставляться до публічної обіцянки винагороди без оголошення конкурсу.
3. Порядок припинення зобов'язання з публічної обіцянки винагороди.
4. Підстави припинення зобов'язання з публічної обіцянки винагороди.
5. Умови публічної обіцянки винагороди за результатами конкурсу.
6. Виконання зобов'язання з публічного конкурсу.
7. Визначення юридичної долі речі, поданої на конкурс.

ГЛАВА 66

ВЧИНЕННЯ ДІЙ У МАЙНОВИХ ІНТЕРЕСАХ ІНШОЇ ОСОБИ БЕЗ ЇЇ ДОРУЧЕННЯ

§ 1. Поняття зобов'язання

Зобов'язання по вчиненню дій у майнових інтересах іншої особи без її доручення вперше окремо врегульовані в ЦК України. Вони кореспондуються зі ст. 241 ЦК, згідно з якою правочин, вчинений представником з перевищенням повноважень, створює, змінює, припиняє цивільні права і обов'язки особи, яку він представляє, лише у разі наступного схвалення правочину цією особою. Проте поза межами цієї норми

залишаються ситуації, коли повноваження на укладення правочину взагалі були відсутні (закінчився строк дії довіреності, договору доручення, довіреність не видавалась, договір не укладався). За наявності лише однієї цієї норми за межами правового регулювання залишаються питання відшкодування витрат особи, яка діяла в чужому інтересі без доручення, відшкодування заподіяної їй при виконанні таких дій шкоди та ін. Свого часу на необхідність правового регулювання зазначених відносин, які являють собою гуманний акт стосовно інших членів суспільства, неодноразово звертали увагу вчені-цивілісти. Так, В. Сінайський зазначав, що ведення чужих справ без доручення є здійснення дій однією особою (розпорядником, гестором) на користь іншої особи (господаря), без його на те волі. Вже це одне визначення показує, яке велике етичне значення має інститут ведення чужих справ без доручення. Ось чому законодавство повинно дуже ретельно регулювати зазначений інститут, з одного боку, сприяючи розвитку у співжитті засад альтруїзму, а з другого — не заохочуючи без належної в тому потреби втручання у чужі справи, захищаючи свободу самовизначеності людської особистості⁵⁹⁷.

Е. Годеме вказував, що ведення чужих справ має місце в тих випадках, коли особа добровільно і без доручення здійснює один або кілька актів, які стосуються майна іншої особи. Ведення справ полягає у здійсненні без доручення акта, який міг би бути здійснений у виконання доручення. Таким чином, це є засіб допомоги іншому⁵⁹⁸.

Інститут ведення чужих справ за римським правом — один із видів квазіконтрактів. В Інституціях Гая (Титул V п. 1) наводиться вислів Ульпіана про те, що ним приноситься велика користь відсутнім: або щоб вони не потерпали внаслідок відсутності захисту в разі заволодіння їхнім майном або продажу його, або щоб вони не втрачали застави внаслідок її продажу або позову про оплату (на їхню користь) штрафу, або щоб вони не позбавилися своєї речі внаслідок (чужих) неправомірних дій⁵⁹⁹.

Ч. Санфіліппе, характеризує розвиток інституту ведення чужих справ, зазначає, що із того факту, що дехто, не маючи доручення по своїй волі, прийняв на себе ведення чужих справ (*negotiorum gestio*), маючи намір зробити себе зобов'язаним (*dominus negotii*), між цим останнім і першим виникають взаємні зобов'язання, які спочатку були санкціоновані преторським едіктом, а в подальшому — цивільним позовом (*bonae fidei*)⁶⁰⁰.

Ведення чужих справ врегульоване й у законодавстві інших країн. Так, французький Цивільний кодекс 1804 р. у ст. 1372 таким чином визначає ведення чужих справ: якщо хто-небудь добровільно веде справи іншого незалежно від того, знає власник чи не знає, то той, хто веде справи, укладає мовчазне зобов'язання продовжувати ведення справи, яке він розпочав, і довести його до часу, коли власник буде в змозі сам піклуватися про свої справи; він повинен таким же чином прийняти на себе все те, що пов'язано

⁵⁹⁷ Сінайський, В. И. Русское гражданское право [Текст] / В. И. Сінайський. – Изд-е 2-е, испр. и доп. – Киев : Типо-литогр. «Прогресс», 1918. – Вып. 2: Обязательственное, семейное и наследственное право. – С. 166.

⁵⁹⁸ Годеме, Е. Общая теория обязательств [Текст] : пер. с фр. И. Б. Новицкого / Е. Годеме. – М. : Юриздат, 1948. – С. 290.

⁵⁹⁹ Памятники римского права: Законы XII таблиц. Институции Гая. Дигесты Юстиниана [Текст]. – М. : Зерцало, 1997. – С. 212.

⁶⁰⁰ Санфилиппе Чезаре. Курс римского частного права [Текст] : учебник / Санфилиппе Чезаре; под ред. Д. В. Дождева. – М. : БЕК, 2000. – С. 259.

з цією справою (тобто всі зобов'язання). Він виконує всі обов'язки, які виникли б, якщо б прямо існувало доручення, яке йому дав би власник⁶⁰¹.

Е. Годеме називав три конститутивні елементи ведення чужих справ (умов), що при цьому повинні бути:

– один або кілька фактів ведення справ, якими виступають будь-які факти, здійснювані в інтересах іншого;

– намір вести справи для іншого або, у крайньому разі, здійснити акт, який допускає схвалення, щодо якого можна вважати себе представником іншої особи;

– відсутня згода господаря. Якщо вона є, то це — мовчазне доручення, і тоді немає випадку ведення справ⁶⁰².

В. Сінайський істотними умовами ведення чужих справ без доручення визнавав: а) намір особи здійснити дію в чужому інтересі;

б) відсутність у особи повноваження (за договором або за законом) на вчинення дії⁶⁰³.

По суті, при веденні чужих справ мають місце два види відносин: квазіделіктні — по відшкодуванню витрат, понесених при вчиненні дій фактичного порядку з метою запобігання шкоди особистості або майну іншої особи, і квазіконтрактні — по вчиненню в інтересах іншої особи правочину, тобто юридичної дії, не уповноваженою на те особою, коли це було викликано невідкладними обставинами. При цьому враховувалось, що і в першому, і другому випадку мають місце дії в чужому інтересі. Виходячи із такого змісту названого зобов'язання, яке виникає в силу добровільного, осмисленого вчинення однією особою (гестором) фактичних або юридичних дій для очевидної вигоди іншої особи (домінуса), виникає обов'язок останнього відшкодувати гестору необхідні витрати або понесені ним збитки, а іноді і сплатити відповідну винагороду⁶⁰⁴. Такий підхід втілено в російському законодавстві (ст. 980 ЦК РФ).

ЦК України ведення чужих справ без доручення закріплює у більш вузькому розумінні, оскільки об'єктом охорони у цьому зобов'язанні виступають лише майнові інтереси іншої особи. Разом з тим ЦК закріплює зобов'язання з рятування здоров'я та життя фізичної особи, майна фізичної або юридичної особи (гл. 80 ЦК).

Згідно з ч. 1 ст. 1158 ЦК, якщо майновим інтересам іншої особи загрожує небезпека настання невігідних для неї майнових наслідків, особа має право без доручення вчинити дії, спрямовані на їх попередження, усунення або зменшення.

При цьому вигода має бути очевидною, тобто зрозумілою для будь-якого розумного учасника цивільного обороту. Звичайно це впливає із співвідношення розміру необхідних затрат і обсягу тих збитків, які загрожують заінтересованій особі у разі невжиття відповідних заходів⁶⁰⁵. Так, наприклад, за відсутності власника дачної ділянки інша особа обгорнула на зиму стовбури молодих плодових дерев, чим запобігла їх пошкодженню дикими тваринами.

⁶⁰¹ Французский гражданский кодекс [Текст] / Науч. ред. и предисл. Д. Г. Лаврова, пер. с фр. А. А. Жуковой, Г. А. Пашковской. — СПб. : Юрид. центр Пресс, 2004. — С. 742.

⁶⁰² Годеме, Е. Общая теория обязательств [Текст] : пер. с фр. И. Б. Новицкого / Е. Годеме. — М. : Юриздат, 1948. — С. 290, 291.

⁶⁰³ Синайский, В. И. Русское гражданское право [Текст] / В. И. Синайский. — Изд-е 2-е, испр. и доп. — Киев : Типо-литогр. «Прогресс», 1918. — Вып. 2: Обязательственное, семейное и наследственное право. — С. 166.

⁶⁰⁴ Гражданское право [Текст] : учебник под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. — М. : Проспект, 1997. Часть II. — С. 673 (авт. главы — А. П. Сергеев).

⁶⁰⁵ Гражданское право [Текст] : учебник под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. — М. : Проспект, 1997. Часть II. — С. 672 (авт. главы — А. П. Сергеев).

Дії в майнових інтересах іншої особи без її доручення породжують зобов'язання по відшкодуванню понесених у зв'язку з цим витрат не в будь-яких випадках, а за наявності таких умов.

По-перше, дії в інтересах іншої особи вчиняються без її доручення, що означає лише власну ініціативу гестора, тобто відсутність договору, вказівки або наперед обіцяної згоди заінтересованої особи, а також обов'язку в силу закону вчинити певні дії в інтересах іншої особи. Такими, наприклад, є дії опікуна, піклувальника в інтересах підопічних, працівників служби соціального захисту населення, які надають допомогу громадянам похилого віку та інвалідам, т. ін.

По-друге, наявність небезпеки настання невігідних майнових наслідків і спрямованість дій на їх попередження, усунення або зменшення. Небезпека повинна існувати на час вчинення дій, а не бути уявною. Законодавець вказує на спрямованість дій щодо періоду нейтралізації негативного впливу на майнові інтереси, і залежно від ситуації, що склалася, це може бути попередження — відвернення невігідних майнових наслідків, усунення — коли негативні фактори почали впливати на майнові інтереси домінуса, але гестор шляхом своїх дій їх усунув; зменшення — коли негативні наслідки відвернути не вдалося, а вдалося їх зменшити.

По-третє, оскільки законодавець говорить про небезпеку настання для домінуса невігідних наслідків, то дії гестора мають бути націленими на отримання вигоди заінтересованою особою (збереження майна, виконання зобов'язання перед третьою особою). За своїм характером це можуть бути як фактичні дії (ремонт речі, захист майна від протиправних дій інших осіб), так і юридичні (укладення правочину, сплата боргу). Також дії гестора не повинні суперечити інтересам домінуса, коли останній, наприклад, не бажає піклуватися про своє майно. Слід враховувати вимоги до дій у чужому інтересі, які мають вчинятися, виходячи із очевидної вигоди або користі та дійсних або можливих намірів заінтересованої особи і з необхідною за обставинами справи турботливістю й обачністю.

По-четверте, гестор не має можливості отримати згоду заінтересованої особи на вчинення дій в її інтересі. Це, наприклад, відсутність такої особи в місці її постійного проживання. У той же час обставини вимагають термінового втручання у справи домінуса. Коли ж такої терміновості немає, і у гестора була можливість отримати згоду домінуса, зобов'язання з ведення чужих справ без доручення не виникає.

По-п'яте, особа, яка діє в чужих інтересах, усвідомлює, на що спрямовані її дії, і не має на меті виникнення іншого цивільно-правового зобов'язання. Так, якщо із поведінки особи, яка звільняє боржника від майнового обов'язку перед третьою особою, випливає, що вона робить це не тільки на безкоштовній, а й на безповоротній основі, то має місце її бажання здійснити дарування⁶⁰⁶.

Таким чином, вчинення дій у майнових інтересах іншої особи без її доручення — це таке недоговірне зобов'язання, яке виникає на підставі здійснюваних однією особою (гестором) юридичних та/або фактичних дій в умовах небезпеки настання невігідних майнових наслідків і неможливості отримати згоду заінтересованої особи (домінуса), для її вигоди і яке полягає в обов'язку останнього відшкодувати понесені витрати.

§ 2. Елементи зобов'язання

⁶⁰⁶ Гражданское право [Текст] : учебник под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. — М. : Проспект, 1997. Часть II. — С. 673 (авт. главы — А. П. Сергеев).

Сторонами зобов'язання, що розглядається, виступає особа, яка вчиняє дії в чужих майнових інтересах, — гестор, і особа, в інтересах якої вчиняються ці дії — домінус. Як гестором, так і домінусом можуть бути фізичні та юридичні особи. Частина 2 ст. 980 ЦК РФ передбачає виняток із цього правила. ЦК України, на відміну від ЦК РФ, не містить винятків, але, виходячи зі змісту зобов'язання ведення чужих справ без доручення, доцільно встановити заборону виступати у ролі гестора державним і муніципальним органам, для яких дії без доручення є однією із цілей їх діяльності, що впливає із загальних засад цих відносин.

Предметом зобов'язання можуть бути як фактичні дії, так і юридичні, причому вони обмежуються сферою майнових інтересів заінтересованої особи і полягають у попередженні, усуненні або зменшенні невігідних майнових наслідків.

Зміст зобов'язання складають права і обов'язки гестора і домінуса.

Хоча гестор діє добровільно і його діяльність не ґрунтується ні на договорі, ні на законі, все ж він повинен дотримуватися при цьому певних правил, а саме при *першій нагоді* повідомити домінуса про свої дії. Якщо ці дії будуть схвалені іншою особою, надалі до відносин сторін застосовуються положення про відповідний договір (доручення, підряд і т. ін.). Невиконання цього обов'язку тягне для домінуса несприятливі наслідки — він втрачає право вимагати відшкодування зроблених витрат (ч. 2 ст. 1160 ЦК). Основна ідея цієї норми полягає в тому, що ведення чужих справ, хоча й буває виправданим, але все ж являє собою втручання в чужу майнову сферу, і закон зобов'язує гестора з'ясувати волю домінуса стосовно вчинюваних дій. У разі коли у домінуса не знайдуть схвалення дії гестора, останній має припинити свою діяльність, оскільки він не зможе вимагати з цього часу відшкодування своїх витрат.

Виправданим було б встановлення зобов'язання гестора не лише при першій можливості повідомити про свої дії домінуса, а ще й зачекати протягом розумного строку його рішення про схвалення чи несхвалення вчинених дій, якщо тільки таке чекання не призведе до серйозних збитків для заінтересованої особи. Розумний строк — це час, необхідний розумній людині для вчинення дій (здійснення права чи виконання обов'язку) в конкретному випадку. Розумними є дії, які здійснили б у даній ситуації більшість людей⁶⁰⁷.

Якщо гестор розпочав дії в майнових інтересах домінуса і не має можливості повідомити його про це, то він зобов'язаний вжити всіх *залежних від нього заходів* щодо попередження, усунення або зменшення невігідних майнових наслідків для домінуса. При цьому він також зобов'язаний взяти на себе всі обов'язки, пов'язані із вчиненням цих дій, зокрема обов'язки щодо вчинених правочинів (ст. 1158 ЦК). Із загальних засад цивільного законодавства виходить, що гестор повинен вчиняти дії з необхідною за обставинами справи турботливістю й обачністю, що означає відсутність грубих помилок і очевидної недбалості з його боку. В юридичній літературі при характеристиці діяльності гестора справедливо відмічалась її необхідність та доцільність. *Необхідними* є такі дії, без здійснення яких серйозно постраждали б майнові або особисті інтереси іншої особи чи виконання обов'язку, який на ній лежить⁶⁰⁸.

Доцільність означає, що дії мають бути виправдані в ситуації, яка склалась, що особою, яка веде справу, обрано варіант дій, який враховує інтереси володільця блага, інших заінтересованих осіб, а також інтереси

⁶⁰⁷ Емельянов, В. И. Разумность, добросовестность, не злоупотребление гражданскими правами [Текст] / В. И. Емельянов. – М. : Лекс-Книга, 2002. – С. 115.

⁶⁰⁸ Рясенцев, В. А. Ведение чужого дела без поручения [Текст] / В. А. Рясенцев // Уч. зап. МГУ. – Вып. 116; Труды юрфака, кн. 2, 1946. – С. 114.

суспільства. Доцільність дій має оцінюватися за об'єктивними критеріями, однак при цьому мають бути враховані й особисті якості особи, яка діє (вік, досвід, навички тощо)⁶⁰⁹.

Таким чином, термін «залежних» від гестора дій вказує на можливість останнього вчинити їх і включає як необхідність, так і доцільність таких дій. У випадку коли гестор вестиме справи не як добрий господар, допускати грубі помилки, виявлятиме явну недбалість і самовпевненість, зобов'язання з ведення чужих справ не виникне. За наявності в поведінці гестора вини у формі умислу або грубої недбалості він може бути притягнений до відповідальності за збитки, які можуть виникнути внаслідок його дій⁶¹⁰.

Особа, яка вчинила дії в інтересах іншої особи без її доручення, зобов'язана негайно після закінчення цих дій надати особі, в майнових інтересах якої були вчинені дії, звіт про ці дії і передати їй усе, що при цьому було одержано (ст. 1159 ЦК). Звіт має містити вичерпну інформацію як про отримані доходи, так і про зроблені витрати та понесені збитки, отримане майно та майнові права. До звіту необхідно додати документи, які підтверджують зазначені факти (тексти договорів, квитанції тощо). Закон вказує на терміновість надання цього звіту, використовуючи слово «негайно». Вважаємо, що терміни «негайно» (ст. 1159 ЦК) і «повідомлення при першій нагоді» (ст. 1160 ЦК) використовуються як синоніми.

Головним обов'язком домінуса перед гестором є відшкодування останньому фактично зроблених витрат, якщо вони виправдані обставинами, за яких були вчинені дії (ст. 1160 ЦК). Під фактично зробленими витратами, які виправдані обставинами справи, розуміються такі витрати, без яких майнові інтереси домінуса зазнали б шкоди. Ці витрати мають бути необхідними, доцільними та здійснюватися навмисно на користь іншої особи⁶¹¹. Зрозуміло, що вчинення дій у майнових інтересах іншої особи тягне за собою утворення фактичних витрат. Виправданість останніх визначається через аналіз дій на предмет їх необхідності та доцільності.

Разом з тим, якщо ще можна погодитися з обмеженням зобов'язання, передбаченого гл. 79 ЦК, майновими інтересами заінтересованої особи, то майнові витрати, понесені при цьому гестором, навряд чи виправдано зводити до фактичних витрат. У юридичній літературі слушно зазначалося, що однією з умов виникнення зобов'язань з ведення справ без доручення є виникнення у діючої особи збитків у результаті здійснення нею діяльності без доручення. Під збитками розуміються як шкода, заподіяна другій особі, так і понесені нею при веденні справ без доручення витрати і затрати⁶¹². Правильним було б вирішення цього питання таким же чином, як у ЦК РФ, де йдеться про відшкодування реальної шкоди гестору, під якою розуміються втрати від ушкодження здоров'я, а також вартість ушкодженого майна гестора. Інакше не вбачається правових підстав для відшкодування шкоди гестору і виходить, що його права не в повній мірі захищені законом.

ЦК регулює такий вид представництва, як комерційне. Договір про надання такого роду комерційних послуг, за загальним правилом, *виступає оплатним*. Комерційним представником є особа, яка постійно та самостійно виступає представником підприємців при укладанні ними договорів у сфері підприємницької діяльності (ст. 243 ЦК). У той же час гл. 79 ЦК не передбачає виплату винагороди у разі, коли майновий

⁶⁰⁹ Харитонов, Е. О. Обязательства, возникающие из ведения дел без поручения в советском гражданском праве [Текст] : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Е. О. Харитонов. – Харьков, 1980. – С. 20.

⁶¹⁰ Гражданское право [Текст] : учебник / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого Учебник – М. : Проспект, 1997. – Часть II. – С. 674–675.

⁶¹¹ Цивільний кодекс України: Коментар [Текст]. – Х. : Одіссей, 2003. – С. 748.

⁶¹² Харитонов, Е. О. Обязательства, возникающие из ведения дел без поручения в советском гражданском праве [Текст] : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Е. О. Харитонов. – Харьков, 1980. – С. 21.

інтерес домінуса складає комерційне представництво і гестор виконав такі дії. Тому доцільно було б застосування поєднаного підходу цих інституцій і встановлення права особи, дії якої в чужому інтересі привели до позитивного для заінтересованої особи результату, на отримання винагороди, якщо таке право передбачено законом, угодою із заінтересованою особою або звичаями ділового обороту⁶¹³.

Питання для самоконтролю

1. Умови виникнення зобов'язання із вчинення дій у майнових інтересах іншої особи без її доручення.
2. Хто може бути сторонами розглядуваного зобов'язання ?
3. Права і обов'язки гестора і домінуса.
4. Який обсяг відшкодування витрат, понесених особою у зв'язку із вчиненням нею дій у майнових інтересах іншої особи без її доручення?

ГЛАВА 67

РЯТУВАННЯ ЗДОРОВ'Я ТА ЖИТТЯ ФІЗИЧНОЇ ОСОБИ, МАЙНА ФІЗИЧНОЇ ОСОБИ АБО ЮРИДИЧНОЇ ОСОБИ

§ 1. Зобов'язання, що виникають внаслідок рятування здоров'я та життя фізичної особи

У ЦК, використовуючи досвід законотворення і наукові розробки, закріплено два види зобов'язань з рятування: 1) зобов'язання, що виникають внаслідок рятування здоров'я та життя фізичної особи; 2) зобов'язання, що виникають у зв'язку з рятуванням майна іншої особи.

Згідно із ст. 1161 ЦК шкода, завдана особі, яка без відповідних повноважень рятувала здоров'я та життя фізичної особи від реальної загрози для неї, відшкодовується державою у повному обсязі. Управомоченою особою виступає рятувальник — фізична або юридична особа, а зобов'язаною — держава в особі спеціально уповноважених органів. Такий підхід ґрунтується на ч. 1 ст. 27 Конституції України: обов'язок держави — захищати життя людини і тому права рятувальника, який постраждав при виконанні свого громадянського обов'язку, будуть захищені, оскільки покладання такого обов'язку на фізичну особу не завжди є виправданим і економічно можливим. Очевидно, для реалізації цієї норми ЦК потребується прийняття спеціального закону, який визначить порядок відшкодування, джерела фінансування витрат і т. ін.

Зміст зобов'язання внаслідок рятування здоров'я та життя фізичної особи складає право рятувальника вимагати, а держави — відшкодувати завдану йому шкоду в повному обсязі. Останнє передбачає компенсацію як майнових, так і немайнових втрат⁶¹⁴ рятувальника. Йдеться про втрачений заробіток, пошкоджене майно, витрати на лікування та ін. При вчиненні рятувальних дій рятувальник може і загинути, тоді управомоченими особами виступлять утриманці рятувальника, а також його дитина, народжена після його смерті. У такому разі

⁶¹³ Игнатенко, В. Н. Понятие и условия возникновения обязательства по ведению чужих дел без поручения [Текст] / В. Н. Игнатенко // Проблемы законности : Республик. міжвідом. наук. зб. / відп. ред. В. Я. Тацій. – Х. : Нац. юрид. акад. України, 2001. – Вип. 48. – С. 54.

⁶¹⁴ На цю обставину слушно звернув увагу Є. О. Харитонов у кн. Цивільний кодекс України: Коментар [Текст]. – Х. : Одіссей, 2003. – С. 749.

відшкодування шкоди буде відбуватися відповідно до статей 1200, 1201 ЦК за правилами відшкодування шкоди, завданої смертю потерпілого.

Умовами виникнення зобов'язання, що розглядається, виступають:

1. *Існування реальної загрози для життя та здоров'я фізичної особи.* Саме реальної, а не уявної і відсутньої в об'єктивній дійсності. Під загрозою розуміється можлива небезпека⁶¹⁵.

Вираз «реальна загроза» означає невідкладність вчинення дій рятувальником. Дослідники підкреслювали наявний характер небезпеки, що означає настання загрози. Однак наявною необхідно вважати і таку небезпеку, яка ще не виникла, але її виникнення очевидне і невідворотне, а тому вимагається вжиття відповідних заходів щодо її запобігання і щодо запобігання тих шкідливих наслідків, які вона може принести. Інакше кажучи, рятувальні дії можуть мати місце, якщо є реальна загроза виникнення небезпеки. Дії з рятування можуть тривати тільки до тих пір, доки така небезпека ще існує. У той же час зобов'язання має виникнути і в тому разі, коли за обставинами справи рятувальнику не був ясним момент припинення небезпеки, і він продовжував рятувальні дії. Не визнаються рятувальними дії, вчинені після усунення небезпеки, і в застосуванні яких давно минула необхідність⁶¹⁶.

Визначення як об'єкта охорони «здоров'я та життя фізичної особи» викликає питання, чи виникне назване зобов'язання, коли рятується лише здоров'я, тобто загроза життю була відсутньою на момент вчинення рятувальних дій. Виправданим слід вважати, що рятувальними дії будуть визнаватися і тоді, коли небезпека загрожувала лише здоров'ю людини. В іншому випадку може виникнути проблема оцінки рятувальником ступеня загрози, зіставлення ним рівня небезпеки, що загрожує здоров'ю іншої особи та його власному, і т. п.⁶¹⁷

2. *Відсутність у рятувальника відповідних повноважень вчиняти рятувальні дії стосовно інших осіб.* Так, кредиторам в цьому зобов'язанні не можуть виступати професійні рятувальники, лікарі, оскільки рятувальні дії для них є виконанням професійних обов'язків. Заподіяна їм при цьому шкода відшкодовується організаціями, з якими вони перебувають у трудових відносинах, а також системою державного обов'язкового страхування.

3. *Спрямованість дій на рятування здоров'я та життя іншої фізичної особи.* Це означає, що вони мають за мету саме рятування здоров'я та життя іншої фізичної особи, а не іншого блага. Тому зобов'язання не виникає, коли рятування інших осіб стало побічним наслідком рятування власного життя рятувальником.

Зрозуміло, що при оцінці спрямованості дій саме на рятування життя і здоров'я іншої людини необхідно виходити із суб'єктивного сприйняття рятувальника. Слід також оцінювати доцільність і розумність його дій при рятуванні, виходячи із тих вимог, які можуть бути пред'явлені до кожної окремої особистості в конкретних умовах. Належить оцінити досвідченість, знання потерпілого, його вміння орієнтуватися, ступінь раптовості дій, що створили небезпеку, та інші конкретні обставини, і з цих позицій вирішувати питання про розумність і доцільність дій рятувальника. І якщо вийде, що громадянин діяв явно нерозумно і недоцільно, тобто коли

⁶¹⁵ Ожегов, С. И. Словарь русского языка: 70 000 слов [Текст] / С. И. Ожегов; под ред. Н. Ю. Шведовой. – 21-е изд., перераб. и доп. – М. : Рус. яз., 1989. – С. 823.

⁶¹⁶ Ставиский, П. Р. Возмещение вреда при спасании социалистического имущества, жизни и здоровья граждан [Текст] / П. Р. Ставиский. – М. : Юрид. лит., 1974. – С. 39.

⁶¹⁷ Цивільний кодекс України: Коментар [Текст]. – Х. : Одіссей, 2003. – С. 749.

йому самому має бути ясною невідповідність його дій обстановці, яка склалась, у відшкодуванні шкоди за ст. 1161 ЦК йому необхідно відмовити⁶¹⁸.

Рятувальні дії мають фактичний характер і особливістю їх є швидкість і невідкладність виконання. Досягнення результату діяльності не є підставою для виникнення цього зобов'язання. Закон стимулює саме вчинення фактичних дій, спрямованих на рятування здоров'я та життя фізичної особи. Тому в тексті ст. 1161 ЦК і використовуються слова «рятувала здоров'я та життя», а не «врятувала».

4. *Наявність шкоди у рятувальника.* Це може бути пошкодження його майна, втрата заробітку внаслідок хвороби, каліцтва і т. п.

5. *Причинний зв'язок між діями, спрямованими на рятування, і шкодою.* Особливістю причинного зв'язку в зобов'язанні з рятування здоров'я і життя порівняно із зобов'язаннями по відшкодуванню шкоди є те, що враховується причинний зв'язок між діями рятувальника і понесеною ним шкодою, а не причинний зв'язок між діями заподіювача шкоди і шкодою, яка виникла у потерпілого. Без зменшення майнового або немайнового блага на боці рятувальника зобов'язання не виникає, оскільки його мета — відшкодування шкоди, а не виплата винагороди за вчинені дії.

Отже, зобов'язання з рятування здоров'я та життя фізичної особи — це таке недоговірне зобов'язання, яке виникає з односторонньої правомірної дії (дій) рятувальника, спрямованої на відвернення реальної загрози здоров'ю та життю іншої особи, і полягає у відшкодуванні державою в повному обсязі шкоди, зазнаної рятувальником.

§ 2. Зобов'язання, що виникають у зв'язку з рятуванням майна іншої особи

Із закріпленням у ЦК норми про зобов'язання, що виникають у зв'язку з рятуванням майна іншої особи, нарешті реалізоване конституційне положення щодо рівноправності власників.

Стаття 1162 ЦК захищає інтереси особи, яка зазнала шкоди при рятуванні майна іншої особи, тобто будь-якого власника — фізичної, юридичної особи, територіальної громади чи держави, і закріплює два види таких зобов'язань залежно від характеру шкоди на боці рятувальника — майнової чи немайнової, до того ж з різним суб'єктивним складом.

Так, згідно з ч. 1 ст. 1162 ЦК шкода, завдана каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю фізичної особи, яка без відповідних повноважень рятувала від реальної загрози майно іншої особи, яке має істотну цінність, відшкодовується державою в повному обсязі.

Згідно з абз. 1 ч. 2 ст. 1162 ЦК шкода, завдана майну особи, яка без відповідних повноважень рятувала від реальної загрози майно іншої особи, яке має істотну цінність, відшкодовується власником (володільцем) цього майна з урахуванням його матеріального становища.

Спільною умовою як першого, так і другого зобов'язання є істотна цінність майна, що рятується. Пропонується істотність цінності майна визначати угодою сторін зобов'язання (рятувальника і відповідного державного органу, через який здійснюється відшкодування); актами законодавства (наприклад, існує спеціальний акт законодавства, що відносить майно до національних надбань, тощо); актами органів

⁶¹⁸ Вважаємо, що наведений підхід до оцінки спрямованості дій, висловлений П. Р. Ставицьким до рятування соціалістичного майна, підлягає застосуванню і до зобов'язань з рятування за ЦК України // Возмещение вреда при спасении социалистического имущества, жизни и здоровья граждан / Ставицкий, П. Р. Возмещение вреда при спасении социалистического имущества, жизни и здоровья граждан [Текст] / П. Р. Ставицкий. — М. : Юрид. лит., 1974. — С. 48.

державної влади, органів АРК, органів місцевого самоврядування (акт органу державної влади або управління про прийняття об'єкта під охорону держави) тощо. У випадку розбіжностей у поглядах на істотність цінності майна заінтересованими особами і відповідними органами держави його оцінка проводиться судом⁶¹⁹. У будь-якому разі зазначене поняття є оціночним, тому мають бути визначені певні критерії, орієнтири істотної цінності, оскільки вона виступає не як суб'єктивна, а як об'єктивна категорія. Введення такої умови стосовно цінності майна ставить потенціального рятувальника щоразу перед вибором: чи варто ризикувати власним здоров'ям і життям, адже майно, яке перебуває під загрозою, може не мати істотної цінності за оцінкою спеціально уповноваженого на відшкодування шкоди органу або суду.

Зобов'язання по відшкодуванню шкоди, завданої рятувальнику каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю, при рятуванні майна іншої особи, виникає за таких умов:

- 1) наявність реальної загрози для майна іншої особи;
- 2) відсутність у рятувальника повноважень на рятування майна іншої особи;
- 3) спрямованість дій рятувальника саме на рятування майна іншої особи;
- 4) істотна цінність майна, стосовно якого існує реальна загроза знищення (пошкодження);
- 5) завдання рятувальнику шкоди, яка полягає в його каліцтві, іншому ушкодженні здоров'я або смерті;
- 6) причинний зв'язок між діями рятувальника і завданою йому шкодою.

Рятувальником у цьому зобов'язанні може бути лише фізична особа, а боржником — держава.

Специфіка другого зобов'язання — по відшкодуванню шкоди, завданої майну рятувальника, полягає в такому:

- а) кредиторам і боржникам можуть виступати як фізичні, так і юридичні особи;
- б) урахування при визначенні розміру відшкодування шкоди майнового становища як рятувальника, так і власника (володільця) майна;
- в) обмеження розміру відшкодування вартістю майна, яке рятувалось.

Умовами виникнення зобов'язання по відшкодуванню шкоди майну рятувальника є:

- 1) наявність реальної загрози для майна іншої особи;
- 2) відсутність у рятувальника повноважень на рятування майна іншої особи;
- 3) спрямованість дій рятувальника саме на рятування майна іншої особи;
- 4) істотна цінність майна, стосовно якого існує реальна загроза знищення (пошкодження);
- 5) завдання рятувальнику майнової шкоди, яка полягає у втраті, знищенні, пошкодженні його майна при вчиненні рятувальних дій;
- б) причинний зв'язок між діями рятувальника і завданою йому шкодою.

Дії особи мають бути спрямовані на запобігання шкоді, яка загрожує майну; іншими словами, мета цих дій повинна полягати в рятуванні майна. Якщо воно є лише попутним моментом у діях особи, спрямованих на досягнення іншого результату (наприклад, рятування власного майна), то немає підстав для покладення обов'язку відшкодувати зазану особою шкоду⁶²⁰.

Закон не вказує, хто здійснюватиме врахування матеріального становища особи, майну якої існує реальна загроза, та майнового становища власника (володільця) майна, якому завдана шкода. Навряд чи сторони зобов'язання доходять згоди стосовно розміру відшкодування шкоди, враховуючи ці факти. Більш за все, це питання постане в суді при вирішенні цивільно-правового спору.

⁶¹⁹ Цивільний кодекс України: Коментар [Текст]. – Х. : Одіссей, 2003. – С. 750.

⁶²⁰ Вердников, В. Г. Возмещение вреда, понесенного гражданином при спасении социалистического имущества [Текст] / В. Г. Вердников, А. Ю. Кабалкин. – М. : Гос. изд. юрид. лит., 1963. – С. 23.

Оскільки граничний розмір відшкодування шкоди абз. 3 ч. 2

ст. 1162 ЦК обмежено вартістю майна, яке рятувалося, то під «урахуванням» слід розуміти лише зменшення розміру порівняно з цим показником. Таке вирішення питання пояснюється положенням ч. 4

ст. 1193 ЦК про врахування матеріального становища фізичної особи, яка завдала шкоди: суд може зменшити розмір відшкодування шкоди, завданої фізичною особою залежно від її матеріального становища, крім випадків, коли шкоду завдано вчиненням злочину. Звісно, у випадку, що розглядається, немає заподіювача шкоди, а збитки заподіяні при вчиненні правомірних дій.

У юридичній літературі висловлені різні погляди щодо обмеження розміру відшкодування шкоди вартістю майна, яке рятувалося. Так, одні автори вважають, що при рятуванні чужого майна розмір можливого відшкодування у всякому разі не може перевищувати вартість такого майна, інакше втрачається сенс самого зобов'язання, особливо у випадках, коли майно все ж не вдалося врятувати⁶²¹. Інші зазначають, що таке рішення певним чином знижує рівень гарантованості прав того, хто діяв у чужих інтересах⁶²². Найбільш виваженим є другий підхід, тим більше, що за законодавством України шкода, завдана каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю фізичної особи, яка без відповідних повноважень рятувала від реальної загрози майно іншої особи, що має істотну цінність, відшкодовується державою в повному обсязі.

Питання для самоконтролю

1. Поняття зобов'язання, що виникає внаслідок рятування здоров'я та життя фізичної особи.
2. Умови зобов'язання, що виникає внаслідок рятування здоров'я та життя фізичної особи, майна фізичної або юридичної особи.
3. Суб'єкти зобов'язання, що виникає внаслідок рятування здоров'я та життя фізичної особи.
4. Поняття реальної загрози для здоров'я та життя фізичної особи.
5. Визначення зобов'язання, що виникає у зв'язку з рятуванням майна іншої особи.
6. Умови зобов'язання, що виникає у зв'язку з рятуванням майна іншої особи.
7. Обсяг відшкодування шкоди в зобов'язаннях, що виникають у зв'язку з рятуванням майна.

ГЛАВА 68

СТВОРЕННЯ ЗАГРОЗИ ЖИТТЮ, ЗДОРОВ'Ю, МАЙНУ ФІЗИЧНОЇ ОСОБИ АБО МАЙНУ ЮРИДИЧНОЇ ОСОБИ

Загальні положення

Одним із нових видів недоговірних зобов'язань виступає зобов'язання по усуненню загрози життю, здоров'ю, майну фізичної особи або майну юридичної особи. Згідно зі ст. 1163 ЦК фізична особа, життю, здоров'ю або майну якої загрожує небезпека, а також юридична особа, майну якої загрожує небезпека, мають право вимагати її усунення від того, хто її створює. У юридичній літературі давно і справедливо підкреслювалося, що в законі про цивільно-правову і деліктну відповідальність центр ваги необхідно перенести зі шкідливого результату на більш ранній ступінь, коли протиправне діяння створює можливість заподіяння

⁶²¹ Коментарій частини другої Гражданского кодекса Российской Федерации [Текст]. – М. : Фонд Правовая культура, Фирма Гардарика, 1996. – С. 197.

⁶²² Цивільний кодекс України: Коментар [Текст]. – Х. : Одіссей, 2003. – С. 750.

шкоди або коли сама діяльність має небезпечні властивості. Це припускає покладення цивільно-правової відповідальності не тільки за завдану шкоду, а й за «делікт створення небезпеки»⁶²³.

Віднесення вказаного зобов'язання до складу деліктів має спірний характер. Про це свідчить навіть закріплення правових норм, що регулюють дане зобов'язання в окремій главі, яка передує главі «Відшкодування шкоди». Інакше кажучи, якщо б підставою зобов'язання, що регулюється, виступав би делікт, то норми, які регулюють назване зобов'язання, знаходились би скоріше в гл. 82 «Відшкодування шкоди».

Крім того, очевидним є той факт, що розглядуване зобов'язання не виступає абсолютною новелою для приватного права: адже римському приватному праву був відомий популярний позов *actio popularis*. Різновидом останнього виступав *actio de positis et suspensi*, який міг подати будь-який бажаний проти господаря будинку, якщо біля цього будинку що-небудь було поставлене або підвішене так, що могло заподіяти шкоду перехожим (недбало підвішені вивіски і т. п.). Предметом позову було стягнення штрафу в сумі 10 тис. сестерцій⁶²⁴. Сплата штрафу, безумовно, стимулювала усунення відповідальною особою загрози заподіяння шкоди.

Правова конструкція, згідно з якою для покладення юридичної відповідальності достатньо діяння без урахування його шкідливого результату, досить давно використовується у кримінальному праві для пояснення існування злочинів із формальним складом, тобто таких, що не містять у собі як обов'язкову ознаку суспільно небезпечні наслідки, а тому злочин вважається закінченим з моменту вчинення зазначених у законі діянь⁶²⁵.

Суб'єктами відповідальності (боржниками) в зобов'язанні по створенню загрози визнаються не лише юридичні та фізичні особи, які займаються підприємницькою діяльністю, порушуючи при цьому довілля, умови безпеки, а будь-яка особа, яка створює загрозу⁶²⁶. Хоча було висловлено точку зору, що варіант боротьби з деліктами «створення небезпеки (загрози)» за допомогою норм цивільного законодавства не є найкращим з можливих. Оптимальнішим було б інше вирішення питання про суб'єкт відповідальності за неусунення небезпеки (загрози) життю, здоров'ю і майну, а саме визнання таким суб'єктом держави. Така позиція більшою мірою гарантувала б здійснення конституційного права на безпечне для життя та здоров'я довілля та на відшкодування завданої порушенням цього права шкоди (ст. 50 Конституції України)⁶²⁷. Подібний підхід використовувався в російському дореволюційному законодавстві і мав назву «державна винагорода», під якою розумілося зобов'язання держави відповідати за шкоду, заподіяну особам шляхом правомірної діяльності влади. Причому й тоді поставало питання, до якої галузі права належать норми, що його регулюють. В. І. Сінайський зазначав, що в інтересах громадян,

⁶²³ Зобов'язальне право: Теорія і практика [Текст] : навч. посіб. для студ. юрид. вузів і ф-тів ун-тів / О. В. Дзера, Н. С. Кузнецова, В. В. Луць та ін.; за ред. О. В. Дзери. – К. : Юрінком Інтер, 1998. – С. 797.

⁶²⁴ Римское частное право [Текст] / под. ред. И. Б. Новицкого и И. С. Перетерского. – М. : Изд-во Минюста СССР, 1948. – С. 573, 574.

⁶²⁵ Кримінальне право України: Загальна частина [Текст] : підруч. для студ. юрид. спец. вищ. закл. освіти // М. І. Бажанов, Ю. В. Баулін, В. І. Борисов та ін. / за ред. М. І. Бажанова, В. В. Сташиса, В. Я. Тація. – К. : Х. : Юрінком Інтер – Право, 2001. – С. 96.

⁶²⁶ Ігнатенко, В. М. Зобов'язання із створення небезпеки (загрози) за новим Цивільним кодексом України [Текст] / В. М. Ігнатенко // Проблеми законності : Республік. міжвідом. наук. зб. / відп. ред. В. Я. Тацій. – Х. : Нац. юрид. акад. України, 2002. – Вип. 53. – С. 74.

⁶²⁷ Кодифікація приватного (цивільного) права України [Текст] / за ред. А. Довгерта. – К. : Укр. центр правн. студій, 2000. – С. 262.

усталеності їх прав на винагороду за шкоду цивільному вирішенню питання, безумовно, слід віддати перевагу. І тому вилучення державної винагороди зі сфери цивільного права є небажаним⁶²⁸.

Однак ЦК визначив у ст. 1163 відповідальною за створення загрози фізичну або юридичну особу. Глава 81 ЦК передбачає *дві стадії реалізації* права фізичних і юридичних осіб на захист від створення загрози їх благам. *Перша* — вимагати усунення загрози від того, хто її створює (ст. 1163 ЦК). *Друга*, втілення в життя якої можливе лише у разі невиконання кредитором обов'язку по усуненню загрози, полягає в праві кредитора (заінтересованої особи) вимагати від боржника: а) вжиття невідкладних заходів щодо усунення загрози; б) відшкодування завданої шкоди; в) заборони діяльності, яка створює загрозу (ст. 1164 ЦК).

Раніше в цивільному праві загроза, небезпека розглядалися як об'єктивні категорії, реально існуючі за межами свідомості людини, причому існуючі й незалежно від її волі. Небезпека і загроза — це тотожні поняття, які визначаються як можливість, іншими словами, вірогідність настання невігідних наслідків (шкідливого результату), перетворення цієї можливості в дійсність⁶²⁹.

Стаття 1163 ЦК базується на дещо інших засадах стосовно об'єктивності категорії «загроза», оскільки боржником виступає особа, яка створює цю небезпеку і повинна повсякчас контролювати свою діяльність, котра може створити загрозу для оточуючих. Наприклад, це стосується володільця джерела підвищеної небезпеки. Під останнім розуміється діяльність, пов'язана з використанням, зберіганням або утриманням транспортних засобів, механізмів та обладнання, використанням хімічних, радіоактивних, вибухо- і вогнебезпечних та інших речовин, утриманням диких звірів, службових собак та собак бійцівських порід тощо, що створює підвищену небезпеку для особи, яка цю діяльність здійснює, та інших осіб (ч. 1 ст. 1187 ЦК).

В екологічному законодавстві закріплено визначення поняття «об'єкт підвищеної небезпеки» як об'єкта, на якому використовуються, виготовляються, переробляються, зберігаються або транспортуються одна або кілька небезпечних речовин чи категорій речовин у кількості, що дорівнює або перевищує нормативно встановлені порогові маси, а також інші об'єкти як такі, що відповідно до закону є реальною загрозою виникнення надзвичайної ситуації техногенного та природного характеру (ст. 1 Закону «Про об'єкти підвищеної небезпеки»⁶³⁰).

Доцільно розглядати поняття «джерело» і «об'єкт» відповідно як родові та видові, тому що вказаний Закон регулює відносини, поєднані лише з одним видом небезпечної діяльності, пов'язаної з поводженням із небезпечними речовинами, а ст. 1187 ЦК має за мету визначення загального поняття, не вдаючись до вичерпного переліку. Свідченням того, що розглядувані поняття належать до одного виду, є те, що однакові межі відповідальності заподіювача шкоди за ст. 1187 ЦК і

ст. 16 Закону «Про об'єкти підвищеної небезпеки». Як у першому, так і в другому випадку від відповідальності звільняє лише непереборна сила або умисел потерпілого.

Зобов'язання зі створення загрози може припинитися вже на першій стадії, після задоволення вимоги заінтересованої особи (ст. 1163 ЦК). На цій стадії загроза небезпеки не призвела до виникнення (заподіяння)

⁶²⁸ Синайский, В. И. Русское гражданское право [Текст] / В. И. Синайский – Изд. 2-е испр. и доп. – К. : Типо-литограф. «Прогресс», 1918. – Вып. 2: Обязательственное, семейное и наследственное право. – С. 169, 170.

⁶²⁹ Ойгензихт, В. А. Проблема риска в гражданском праве [Текст] / В. А. Ойгензихт. – Душанбе : Ирфон, 1972. – С. 76, 77.

⁶³⁰ Відом. Верхов. Ради України. – 2001. – № 15. – Ст. 73.

шкоди⁶³¹. Наприклад, у передмісті м. Харкова у сел. Безлюдовка було зупинено сміттєспалювальний завод, який через недосконалість технологічного процесу значно забруднював атмосферу.

На другій стадії, яка починається після незадоволення вимоги⁶³², можуть скластися три правові ситуації залежно від того, завдана шкода чи ні:

а) загроза життю, здоров'ю, майну фізичної особи або майну юридичної особи продовжує існувати, але шкоду не завдано;

б) загроза реалізувалась, тобто призвела до заподіяння шкоди, і негативний вплив на час подання позову на охоронювані блага триває;

в) шкода заподіяна, але загрозу усунуто.

Залежно від цього кредитор обере способи захисту свого порушеного права. Звісно, що він може заявити за наявності умов кілька вимог одночасно. Наприклад, вимагати заборони діяльності, яка створює загрозу, і відшкодування завданої шкоди.

Цивільний кодекс виходить із того, що створення загрози є деліктом і до його елементів належать такі юридичні факти: 1) небезпека (загроза) завдання шкоди нематеріальним та матеріальним благам; 2) створення небезпеки (загрози) завдання шкоди внаслідок порушення екологічних норм, норм техніки безпеки; 3) причинно необхідний зв'язок між створенням небезпеки і небезпекою завдання шкоди.

Що ж до суб'єктивного чинника — вини як юридичного факту згаданого делікту, то він відсутній і для виникнення відповідальності за створення небезпеки (загрози) достатньо встановлення об'єктивного факту — «створення небезпеки (загрози)»⁶³³.

Оскільки виникнення зобов'язання по усуненню загрози не пов'язане із заподіянням майнової або немайнової шкоди, його слід кваліфікувати як квазиделіктне.

Умовою його виникнення виступає створення небезпеки (загрози) життю, здоров'ю або майну фізичної особи чи майну юридичної особи.

Суб'єктами зобов'язання можуть виступати як фізичні, так і юридичні особи.

Об'єктами, яким може створюватися загроза стосовно фізичних осіб, виступають життя, здоров'я та їх майно, для юридичних осіб — їх майно. *Зміст зобов'язання* складають: право заінтересованої особи вимагати усунення загрози і обов'язок особи, яка створила загрозу, її усунути. Усунення небезпеки може полягати як у припиненні дій, котрими створюється небезпека, так і у вчиненні дій, наприклад, коли чинником небезпеки є бездіяльність⁶³⁴.

При невиконанні вказаного зобов'язання боржником у зазначений судом строк кредитор може використати права, закріплені в ст. 1164 ЦК. Реалізація їх призведе до виникнення нових зобов'язань між тими самими сторонами, але з новими підставами виникнення і змістом.

По-перше, це зобов'язання, підставою якого є неусунення загрози відповідальною особою у строк, встановлений рішенням суду. Змістом такого зобов'язання буде право кредитора вимагати від відповідальної

⁶³¹ Висловлена також інша точка зору про значення ст. 1163 ЦК України, в якій ідеться радше про саму можливість виникнення відповідних зобов'язань // Цивільний кодекс України: Коментар. — Х. : Одіссей, 2003. — С. 751.

⁶³² Закон не встановлює конкретні строки виконання обов'язку боржника в цьому зобов'язанні.

⁶³³ Кодифікація приватного (цивільного) права України [Текст] / за ред. А. Довгерта. — К. : Укр. центр правн. студій, 2000. — С. 261.

⁶³⁴ Цивільний кодекс України: Коментар [Текст]. — Х. : Одіссей, 2003. — С. 751.

особи вжиття невідкладних заходів щодо усунення загрози або заборони діяльності, яка створює загрозу, і відповідно обов'язок останньої задовольнити ці вимоги.

По-друге, зобов'язання по відшкодуванню шкоди, завданої внаслідок неусунення загрози (абз. 2 ч. 1 ст. 1164 ЦК). Підставою цього зобов'язання виступає делікт, і відшкодування шкоди відбувається за загальними правилами, встановленими ЦК (ст. 1165). У цьому разі умовами зобов'язання виступають: 1) заподіяння шкоди; 2) протиправна дія або бездіяльність відповідальної особи, якою створена загроза, що в подальшому призвела до завдання шкоди; 3) причинний зв'язок між протиправною дією або бездіяльністю відповідальної особи, які спочатку спричинили створення загрози, і шкодою, що заподіяна⁶³⁵; 4) вина особи, яка заподіяла шкоду.

Питання для самоконтролю

1. Поняття зобов'язання по усуненню загрози життю, здоров'ю, майну фізичної особи або майну юридичної особи.
2. Умови виникнення зобов'язання по усуненню загрози життю, здоров'ю, майну фізичної особи або майну юридичної особи.
3. Суб'єкти та об'єкти зобов'язання по усуненню загрози життю, здоров'ю, майну фізичної або майну юридичної особи.
4. Правові наслідки не виконання зобов'язання по усуненню загрози життю, здоров'ю, майну фізичної або юридичної особи.

ГЛАВА 69

ВІДШКОДУВАННЯ ШКОДИ

§ 1. Поняття і значення зобов'язань з відшкодування шкоди

Ефективність приватно-правового регулювання особистих немайнових та майнових відносин можлива за наявності щонайменше двох обставин: а) що права та інтереси учасників цих відносин не будуть порушуватися; б) що у разі порушення цих прав та інтересів учасникам цивільних відносин будуть гарантовані захист і відповідні відшкодування або компенсації завданих правопорушенням втрат. Тому роль, яку виконує інститут відшкодування завданої правопорушенням шкоди, досить відчутна і серед інших правових засобів захисту порушених прав та інтересів учасників цивільних відносин посідає одне з провідних місць.

Оскільки у даному разі йдеться про відшкодування шкоди, завданої потерпілому внаслідок протиправної поведінки (дії або бездіяльності) відповідальної за цю шкоду особи, то зобов'язання, що виникають за зазначеної

⁶³⁵ Є. О. Харитонов, характеризуючи причинний зв'язок, слушно підкреслює, що у даних зобов'язаннях умовою відповідальності особи за створення небезпеки заподіяння шкоди є «подвійний» причинний зв'язок. По-перше, це причинний зв'язок між дією (бездіяльністю) і небезпекою виникнення шкоди; по-друге, причинний зв'язок між створеною небезпекою і шкодою, що виникла // Цивільний кодекс України: Коментар. – Х. : Одіссей, 2003. – С. 752.

причини, інколи називають деліктними⁶³⁶, а саму шкоду — деліктною⁶³⁷. З цього приводу російські вчені В. Т. Смирнов, А. О. Собчак звертають увагу на те, що сама назва зобов'язання із завдання шкоди бере свій початок і походить від латинського слова *delictum*, яке застосовувалося ще римськими юристами й означало правопорушення, тобто «завдання шкоди окремій особі, її сім'ї або майну порушенням правового припису або заборони, внаслідок чого незалежно від волі правопорушника виникають нові права і правові обов'язки»⁶³⁸. Саме відшкодування шкоди і складає обов'язок, який боржник повинен виконати на користь кредитора. Вочевидь, що йдеться про зобов'язання, тобто правовідношення, яке виникає внаслідок протиправного завдання шкоди, у зв'язку з чим потерпіла сторона (кредитор) має право вимагати від правопорушника, який завдав шкоди (боржника), виконання його обов'язку відшкодувати завдану шкоду.

Зобов'язання з відшкодування шкоди є безпосереднім наслідком правопорушення, тобто порушення охоронюваних законом суб'єктивних особистих немайнових та майнових прав та інтересів учасників цивільних відносин. За своїм характером ці зобов'язання належать до роду **недоговірних**, тобто вони виникають поза межами існуючих між потерпілим і завдавачем шкоди договірних чи інших правомірних зобов'язальних відносин.

Звичайно, відсутність між потерпілим і завдавачем шкоди договірних чи інших правомірних зобов'язальних відносин до завдання шкоди не слід розуміти, що між ними були відсутні будь-які цивільно-правові відносини. На слушну думку Д. В. Бобрової, до завдання шкоди потерпілий і завдавач шкоди перебували і перебувають в абсолютних цивільних правовідносинах, змістом яких є абсолютне суб'єктивне право та абсолютний суб'єктивний цивільний обов'язок. Абсолютність суб'єктивного цивільного права полягає у тому, що воно охороняється від усіх і кожного, хто підпорядкований даному правовому режиму (право власності, право на недоторканність життя і здоров'я, честі та гідності тощо). Якщо абсолютне суб'єктивне право охороняється від усіх і кожного, то кореспондуючий юридичний обов'язок також покладається на всіх і кожного. Абсолютний юридичний обов'язок характеризується пасивністю, а його змістом є необхідність утримуватися від порушення чужого суб'єктивного права, і невиконання такого обов'язку завжди призводить до порушення чужого суб'єктивного права, внаслідок чого, за наявності передбачених законом підстав, можуть виникнути зобов'язання з відшкодування шкоди.

Зобов'язання з відшкодування шкоди є різновидом зобов'язань **недоговірних і односторонніх**, тобто таких, де на стороні потерпілого (кредитора) існує тільки право вимагати від правопорушника (боржника) виконання ним свого обов'язку відшкодувати завдану ним шкоду, а на стороні боржника лежить тільки обов'язок відшкодувати шкоду. Саме ж відшкодування шкоди, окрім того, що воно складає зміст обов'язку боржника, є також одним із способів захисту цивільних прав та інтересів судом (ч. 2 ст. 16 ЦК).

Правову природу обов'язку відшкодувати шкоду більшість дослідників визначає у його співвідношенні з цивільно-правовою відповідальністю. Такий підхід небезпідставний. Наприклад, гл. 82 ЦК, що має назву «Відшкодування шкоди», містить норми (статті 1166, 1167), у назві яких використовується слово

⁶³⁶ Смирнов, В. Т. Общее учение о деликтных обязательствах в советском гражданском праве [Текст] : учеб. пособие / В. Т. Смирнов, А. А. Собчак. – Л., 1983; Цивільне право України. Академічний курс [Текст] : підручник: у 2 т. / за заг. ред. Я. М. Шевченко. – К., 2003. – Т. 2. – С. 322.

⁶³⁷ Боброва, Д. В. Деликтная ответственность и ее роль в охране прав граждан и социалистических организаций [Текст] / Д. В. Боброва // Повышение роли гражданско-правовой ответственности в охране прав и интересов граждан и организаций. – Киев, 1988. – С. 142.

⁶³⁸ Див.: Бартошек, М. Римское право: Понятия, термины, определения [Текст] : пер. с чеш. / М. Бартошек. – М., 1989. – С. 104; Зобов'язальне право: Теорія і практика [Текст] : навч. посіб. для студ. юрид. вузів і ф-тів ун-тів / О. В. Дзера, Н. С. Кузнецова, В. В. Луць та ін. / за ред. О. В. Дзери. – К., 1998. – С. 103–104.

«відповідальність». У зазначених нормах у загальній формі визначається суть зобов'язань, урегульованих нормами гл. 82 ЦК. У подальшому ж використовується термін «відшкодування», а не «відповідальність».

У співвідношенні з відповідальністю обов'язок з відшкодування одними авторами розглядається як різновид цивільно-правової відповідальності (відповідальність за цивільне правопорушення)⁶³⁹, іншими — як форма реалізації цивільно-правової відповідальності завдавача шкоди (як міра захисту цивільно-правового захисту порушених особистих немайнових прав або майнових прав)⁶⁴⁰, або як складова змісту обов'язку правопорушника у зобов'язанні (правовідношенні), яке виникло внаслідок завдання шкоди⁶⁴¹.

Не вдаючись до дискусії з цього приводу, зазначимо, що для визначення правової природи обов'язку з відшкодування шкоди основоположне значення мають положення ст. 11 ЦК, до якої відсилає ст. 509 ЦК. Відповідно до п. 3 ч. 2 ст. 11 ЦК завдання шкоди слід розглядати як одну з підстав виникнення цивільного обов'язку завдану шкоду відшкодувати і водночас як одну із підстав виникнення цивільного права на вимогу щодо здійснення цього відшкодування. Це дозволяє визнавати норму ст. 11 ЦК регулятивною (правоустановчою) нормою, якою визначаються не підстави застосування цивільно-правової відповідальності, а **умови формування цивільно-правового зобов'язання**. Завдання шкоди — юридичний факт, що обумовлює виникнення **зобов'язання**. І те, що таке зобов'язання, як правило, виникає із протиправних дій і суттю його є відшкодування шкоди, як справедливо зазначають І. Ю. Красько⁶⁴² та В. М. Ігнатенко⁶⁴³, не повинно розглядатися як звичайна відповідальність, оскільки відшкодування — це не санкція за правопорушення, а спосіб виконання зобов'язання, реалізації обов'язку боржника. Оскільки такий обов'язок поглинає відповідальність, слід дійти висновку, що інститут відшкодування шкоди мір відповідальності не знає.

Інститут зобов'язань з відшкодування шкоди має **системно-структурний характер**, що забезпечує функціональну взаємодію його компонентів і можливість диференціації його окремих частин для з'ясування їхнього місця в системі, відмінності й особливості практичного застосування. Характеризуючи **структуру** цивільно-правового інституту з відшкодування шкоди, цивілістична наука традиційно поділяє зосереджені у ньому норми на **загальні та спеціальні**.

За ступенем узагальненості та сферою дії **загальні норми** інституту відшкодування шкоди — це передбачені законом приписи, які для сфери охоплених ним відносин мають основоположне значення і підлягають урахуванню в усіх випадках завдання шкоди. Прикладом цього може бути норма, закріплена у ст. 1166 ЦК, відповідно до якої завдана шкода у будь-яких випадках підлягає відшкодуванню завжди у **повному обсязі**. До **загальних** норм інституту відшкодування шкоди належать норми, якими встановлюється обов'язок відшкодувати майнову шкоду (ст. 1166 ЦК), обов'язок відшкодувати моральну шкоду (ст. 1167 ЦК) і норми,

⁶³⁹ Российское гражданское право [Текст] : учебник / под ред. З. Г. Крыловой, З. П. Гаврилова. – М., 1999. – С. 371.

⁶⁴⁰ Харитонов, Е. О. Гражданское право. Частное право. Цивилистика. Физические лица. Юридические лица. Вещное право. Обязательства. Виды договоров. Авторское право. Представительство [Текст] : учеб. пособие / Е. О. Харитонов, Н. А. Саниахметова. – К., 2002. – С. 712.

⁶⁴¹ Гражданское право [Текст] : учебник : в 2 т. / отв. ред. Е. А. Суханов. – М., 2000. – Том II. Полутом 2. – С. 363.

⁶⁴² Красько, И. Е. Некоторые теоретические проблемы института возмещения вреда [Текст] / И. Е. Красько // Актуальные проблемы формирования правового государства : краткие тез. докладов и науч. сообщений респ. науч. конф. – Харьков, 1990. – С. 118 – 119.

⁶⁴³ Ігнатенко, В. М. Характеристика підстав виникнення недовірливих зобов'язань [Текст] / В. М. Ігнатенко // Проблеми законності : Республік. міжвідом. наук. зб. – Х. : Нац. юрид. акад. України, 2000 – С. 69.

відповідно до яких необхідне урахування вини потерпілого і матеріального становища фізичної особи, яка завдала шкоди (ст. 1193 ЦК). Усі інші є нормами **спеціальними**, тобто такими, якими регулюється той чи інший вид охоплених інститутом з відшкодування шкоди цивільних відносин з урахуванням притаманних для них властивостей. **Спеціальні** норми деталізують загальні приписи, коригують час і простір умов їх реалізації, визначають способи правового впливу на поведінку учасників цивільних відносин. У цьому зв'язку слід, однак, зазначити, що наявність спеціальної норми зовсім не означає, що на ділянці відносин, де вона діє, припиняє діяти норма **загальна**. Остання свою чинність зберігає, щоправда, звужуючись чи коригуючись до діапазону застосування норми **спеціальної**. Крім того, слід також мати на увазі, що у разі відсутності спеціальної норми, якою передбачався б окремий випадок завдання шкоди і спеціальні правила її відшкодування, застосуванню підлягає загальна норма. Наприклад, на загальних підставах відшкодовується шкода, завдана внаслідок взаємодії кількох джерел підвищеної небезпеки (ч. 1 ст. 1188 ЦК), коли має місце зобов'язання між особами, які здійснюють діяльність, що є джерелом підвищеної небезпеки. На загальних підставах відшкодовується шкода, завдана каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю фізичної особи під час виконання нею договірних зобов'язань (договір перевезення тощо) (ст. 1196 ЦК).

Система зобов'язань з відшкодування шкоди відображає їхню внутрішню структуру, а також сферу дії даної категорії в цілому й у співвідношенні між окремими їхніми видами (групами). Доцільність систематизації даної категорії недоговірних зобов'язань полягає у тому, щоб, з одного боку, з'ясувати взаємодію загальних та спеціальних норм інституту відшкодування шкоди, а з іншого — виявити специфіку окремих видів зобов'язань, що необхідно для правильного застосування чинного законодавства.

У цивілістиці використовуються різні критерії систематизації зобов'язань з відшкодування шкоди. Найчастіше вона здійснюється за **суб'єктним складом** та за ознаками, що характеризують **об'єкт правової охорони**⁶⁴⁴.

Залежно від **суб'єктного складу** зобов'язання з відшкодування шкоди поділяються на такі різновиди: а) відшкодування юридичною або фізичною особою шкоди, завданої їхнім працівником чи іншою особою; б) відшкодування шкоди, завданої суб'єктами публічного права; в) відшкодування шкоди, завданої неповнолітніми та недієздатними фізичними особами та особою, яка не усвідомлювала значення своїх дій та (або) не могла керувати ними; г) відшкодування шкоди, завданої спільно кількома особами.

За ознаками, що характеризують **об'єкт правової охорони**, виділяють зобов'язання з відшкодування шкоди: а) завданої особистим немайновим правам фізичної або юридичної особи; б) завданої майну фізичної або юридичної особи; в) з відшкодування ядерної шкоди; г) з відшкодування моральної шкоди.

Інколи із загальної системи виділяють зобов'язання за ознаками, які характеризують **засоби завдання шкоди**, наприклад, відшкодування шкоди, завданої джерелом підвищеної небезпеки⁶⁴⁵.

В інших випадках виділяють зобов'язання за ознаками, що характеризують особливості умов, за наявності яких завдана шкода відшкодовується: а) за умови винного завдання шкоди; б) відшкодування шкоди незалежно від вини боржника⁶⁴⁶.

⁶⁴⁴ Докладніше про це див.: Ківалова, Т. С. Зобов'язання відшкодування шкоди у цивільному законодавстві України (теоретичні аспекти) [Текст] : монографія / Т. С. Ківалова ; М-во освіти і науки України; Одеська нац. юрид. акад. – Одеса : Юрид. л-ра, 2008. – С. 107–118.

⁶⁴⁵ Див., напр.: Советское гражданское право [Текст] : учебник : в 2 т. / под ред. О. А. Красавчикова. – М., 1985. – Т. 2. – С. 352.

⁶⁴⁶ Див., напр.: Цивільне право України. Академічний курс [Текст] : підручник: у 2 т. / за заг. ред. Я. М. Шевченко. – К., 2003. – Т. 2. Особлива частина. – С. 333.

Додамо, що в окрему групу можуть бути виділені також зобов'язання, виникнення яких обумовлюється зовнішніми для завдавача шкоди факторами, у зв'язку з чим можуть виникати питання щодо відшкодування шкоди: а) завданої особою у разі здійснення нею права на самозахист; б) завданої прийняттям закону про припинення права власності на певне майно; в) завданої у стані крайньої необхідності; г) завданої внаслідок умислу чи грубої необережності самого потерпілого.

Таким чином, подальша диференціація зобов'язань з відшкодування шкоди вбачається доцільною у такій послідовності:

відшкодування шкоди, завданої особою у разі здійснення нею права на самозахист;

відшкодування юридичною або фізичною особою шкоди, завданої їхнім працівником або іншою особою;

відшкодування шкоди, завданої актами законодавчої та виконавчої влади;

відшкодування шкоди, завданої актами правоохоронних органів та органів судової влади;

відшкодування шкоди, завданої фізичними особами з частковою або неповною цивільною дієздатністю, недієздатними, з вадами психічного чи фізичного стану та особами з обмеженою цивільною дієздатністю;

відшкодування шкоди, завданої внаслідок злочину;

відшкодування шкоди, завданої джерелом підвищеної небезпеки;

відшкодування ядерної шкоди;

відшкодування шкоди, завданої фізичній особі каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю;

відшкодування шкоди, завданої внаслідок недоліків товарів, робіт (послуг);

відшкодування моральної шкоди.

Принципи інституту відшкодування шкоди проглядаються в основних притаманних йому ідеях: а) **генерального делікту**; б) **повного відшкодування** завданої шкоди.

Передбачений у ст. 11 ЦК **факт завдання цієї шкоди** в юридичній літературі розглядається як делікт, а принцип, на якому ґрунтується саме відшкодування, як «**принцип генерального делікту**». Відповідно до нього за наявності відповідних умов завдана шкода підлягає відшкодуванню. Потерпілий (кредитор) звільняється від необхідності доказу наявності у поведінці завдавача шкоди вини чи протиправності цієї поведінки. Тягар доказу відсутності протиправності чи вини завдавача шкоди лежить на ньому самому. Ідея **генерального делікту** відображена у ст. 1166 ЦК, згідно з якою майнова шкода, завдана особистим немайновим правам чи майну фізичної або юридичної особи, підлягає відшкодуванню в повному обсязі особою, яка цю шкоду завдала. Таким чином, принцип генерального делікту за обсягом охоплюваної ним сфери відносин з відшкодування шкоди збігається з обсягом відносин, охоплених загальною нормою інституту відшкодування шкоди. Звідси випливає, що загальні умови, наявність яких необхідна для відшкодування шкоди, ґрунтуються водночас як на загальній правовій нормі, так і на принципі **генерального делікту**.

У зв'язку з тим, що інститут відшкодування шкоди містить низку спеціальних норм, присвячених регулюванню окремих, спеціальних зобов'язань з відшкодування шкоди, до яких застосовуються спеціальні правила, то тим самим створюються і **спеціальні делікти**. Значення принципу **генерального делікту** полягає у тому, що, по-перше, на його нормах ґрунтуються спеціальні делікти; по-друге, у разі відсутності спеціального делікту застосовуються норми генерального делікту. Принцип генерального делікту пронизує будь-який спеціальний делікт, у тому числі

відшкодування моральної шкоди, однак він завжди переломлюється крізь призму норм спеціальних деліктів, коригуючись ними відповідно до діапазону їхньої дії⁶⁴⁷.

Що стосується **принципу повного відшкодування** завданої шкоди, то, як уже зазначалося, він тісно пов'язаний із принципом генерального делікту. Принцип повного відшкодування означає, що обсяг обов'язку відшкодувати шкоду визначається розміром цієї шкоди. Щоправда, із загального правила стосовно повного відшкодування завданої шкоди законом встановлюються деякі винятки.

Так, наприклад, обов'язок оператора ядерної установки з відшкодування ядерної шкоди обмежується сумою грошової компенсації, визначеної законом⁶⁴⁸. Відповідно до ст. 1203 ЦК потерпілий має право на збільшення розміру відшкодування шкоди, якщо його працездатність знизилася порівняно з тією, яка була у нього на момент вирішення питання про відшкодування шкоди. Принцип повного відшкодування шкоди може коригуватися також під впливом соціально-економічних факторів, зокрема: а) підвищення вартості життя; б) збільшення розміру мінімальної заробітної плати.

На випадки завдання моральної шкоди принцип повного відшкодування не поширюється, оскільки вона не піддається грошовій оцінці. Однак її відшкодування можливе поряд з відшкодуванням майнової шкоди.

При визначенні функцій інституту відшкодування шкоди слід виходити із тих завдань, виконувати які покликаний цей інститут. Саме виконуваними інститутом завданнями визначаються напрями його впливу на охоплювані ним правовідносини і їх учасників.

З одного боку, цей інститут призначений для того, щоб не допустити порушень охоронюваних законом особистих немайнових та майнових прав і інтересів фізичних або юридичних осіб, а з іншого боку, щоб забезпечити ліквідацію несприятливих немайнових або майнових наслідків, які можуть настати у сфері потерпілого внаслідок юридичних фактів завдання немайнової чи майнової шкоди, які породжують обов'язок боржника цю шкоду відшкодувати і право потерпілого (кредитора) вимагати від боржника виконання його обов'язку. У цьому зв'язку інституту з відшкодування шкоди властиві практично ті самі (за назвою) функції, які притаманні цивільно-правовій галузі в цілому.

Підкоряючись загальній нормі зобов'язального права, закріпленій ст. 509 ЦК, яка своєю ч. 2 перекликається з регулятивною нормою ст. 11 ЦК (з питання підстав виникнення зобов'язань), інститут відшкодування шкоди пов'язується з функцією **регулятивною**. Певною мірою зазначена функція проглядається й у самому інституті, наприклад, при визначенні порядку відшкодування шкоди (ст. 1202 ЦК).

Звичайно, поряд з регулятивною функцією перевага надається функції **охоронювальній**. Суть її полягає у тому, що інститут з відшкодування шкоди забезпечує права та інтереси суб'єктів цивільного права, стоїть, так би мовити, на «сторожі» цих прав та інтересів. Охоронювальна функція інституту з відшкодування шкоди досить тісно пов'язана з функцією попереджувальною, превентивною. Остання полягає у тому, що сама

⁶⁴⁷ З приводу принципів інституту (зобов'язань) відшкодування шкоди заслугоує на увагу їхня класифікація, здійснена Т. С. Ківаловою. На її думку, зазначені принципи поділяються на спеціальні (тобто такі, що стосуються лише даного конкретного інституту), зокрема принцип виникнення обов'язку відшкодування шкоди на імперативних засадах унаслідок припису закону, рішення суду тощо; принцип повного відшкодування шкоди; принцип субсидіарного застосування норм глави 82 ЦК України до відносин відшкодування шкоди, завданої (зазначеної) учасниками регулятивних цивільних відносин; а також на специфічні принципи. До останніх, на думку автора, належать такі, що стосуються регулювання лише окремих випадків завдання шкоди, як-от: принцип «генерального делікту», згідно з яким кожне завдання шкоди іншій особі вважається правопорушенням; принцип покладення цивільно-правової деліктної відповідальності лише на деліктоздатну особу; принцип покладення обов'язку відповідати за завдану шкоду на особу винну, в її завданні, крім випадків, передбачених законом, коли відповідальність покладається на третю особу, прямо визначену у законі. При цьому автор додає, що специфічні принципи існують чи можуть існувати також стосовно регулювання інших особливих відносин відшкодування шкоди (наприклад, стосовно відшкодування шкоди, завданої при самозахисті, діє принцип правомірності самозахисту тощо). Див.: Ківалова, Т. С. Зобов'язання відшкодування шкоди у цивільному законодавстві України (теоретичні аспекти) [Текст] : монографія / Т. С. Ківалова ; М-во освіти і науки України; Одеська нац. юрид. акад. – Одеса : Юрид. л-ра, 2008. – С. 96.

⁶⁴⁸ Див. § 9 цієї глави.

наявність інституту, ще коли шкода не завдана, «оповіщує» учасників цивільних відносин про неминучість виникнення обов'язку з відшкодування її у разі, коли вона буде завдана, що вимоги потерпілих, пов'язані із завданою шкодою, підлягатимуть задоволенню за рахунок заподіювача шкоди. Така превенція для учасників цивільних відносин має впливове значення. Вона їх спонукає до утримання від дій, здатних завдати шкоду будь-кому.

На жаль, уникнути шкоди вдається далеко не завжди. Як свідчить судова практика розгляду цивільних справ за позовами про відшкодування шкоди, останнім належить чи не найбільша питома вага серед усіх розглядуваних судами цивільних справ. Надзвичайно часто виникає проблема здійснення правового захисту порушених внаслідок завдання шкоди прав та інтересів потерпілого. Постає завдання ліквідації наслідків таких порушень (пошкодження чи знищення майна, ушкодження здоров'я, моральні втрати тощо). Виконання такого завдання забезпечується компенсаційною функцією інституту з відшкодування шкоди. Завдяки останній потерпілому забезпечується юридична можливість надання замість втрат, що виникли внаслідок завдання шкоди, інших матеріальних благ відповідно до закону або на підставі рішення суду⁶⁴⁹.

Питання щодо ліквідації наслідків будь-якого правопорушення виникає незалежно від того, чи їх настання викликане порушенням умов договору, чи зовнішньою до договору причиною — завданням шкоди. Однак правові засоби ліквідації цих наслідків різні і залежно від того, який із них буде обрано для захисту порушеного права кредитора, результат також буде різним. Тому виникає питання щодо співвідношення договірної обов'язку й обов'язку недоговорного з відшкодування неправомірно завданої шкоди або збитків, вирішення якого обумовлене не тільки теоретичними, а насамперед практичними цілями.

Справа полягає у тому, що в деяких випадках відшкодування шкоди регулюється в рамках відповідних договорів (статті 700, 721, 980, 1072, 1076 ЦК), а в інших — нормами, якими регулюються недоговорні відносини, пов'язані з відшкодуванням шкоди, поширюються також і на окремі договірні зобов'язання.

Так, зокрема, згідно зі ст. 711 ЦК шкода, завдана майну покупця, та шкода, завдана каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю у зв'язку з придбанням товару неналежної якості, відшкодовується продавцем або виготовлювачем товару відповідно до положень гл. 82 ЦК. До зазначеної глави відсилає і ст. 804 ЦК, якою встановлюється обов'язок наймача відшкодувати шкоду, завдану іншій особі у зв'язку з використанням транспортного засобу. За правилами норм, що регулюють недоговорні відносини з відшкодування шкоди, відшкодовується перевізником шкода, завдана каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю пасажирів, якщо договором або законом не встановлена відповідальність перевізника без вини. Відповідно до статей 1166, 1187 ЦК відшкодовується також шкода, завдана каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю фізичної особи під час виконання нею договірних зобов'язань (договір перевезення тощо). Таким чином, за правилами, згідно з якими регулюються недоговорні зобов'язання, може відшкодовуватися шкода, завдана внаслідок порушення договірних зобов'язань.

Такий законодавчий підхід до вирішення питання стосовно відшкодування шкоди, завданої внаслідок порушення договірних зобов'язань, на підставі норм, що регулюють недоговорні зобов'язання з відшкодування шкоди, виправданий тим, що, завдяки останнім, особі, яка цю шкоду зазнала, забезпечується відшкодування у повному обсязі. З цього однак не випливає висновок щодо можливості злиття договірних і недоговорних обов'язків з відшкодування шкоди. Існуюча між ними межа зберігається, і вона полягає в такому.

Насамперед різниця між цими обов'язками ґрунтується на **підставах їх виникнення**. Якщо договірний обов'язок з відшкодування шкоди виникає в рамках зобов'язання, яке перед його виникненням уже існувало

⁶⁴⁹ Пристуга, С. Н. Понятийная сущность и методологическое значение компенсационной функции гражданского права [Текст] С. Н. Пристуга // Проблемы законности : Респ. межвед. науч. сб. — Харьков, 1996. — С. 82.

і новим він фактично не стає, а замінює невиконане чи виконане неналежним чином договірне зобов'язання, то недоговірний обов'язок з відшкодування шкоди виникає як новий, оскільки завдавач шкоди і потерпілий до завдання шкоди між собою в договірних відносинах не перебували. Недоговірний обов'язок з відшкодування шкоди виникає не з порушення покладеного на нього якогось обов'язку, а з порушення абсолютного права іншої особи і загальної заборони посягати на права та інтереси інших осіб.

Якщо договірний обов'язок з відшкодування шкоди покликаний **зміцнювати** відносини з договору, то аналогічний обов'язок, недоговірний, спрямований на **скасування** наслідків завдання шкоди.

Відповідно до ст. 541 ЦК солідарний обов'язок може бути встановлений договором, однак недоговірний солідарний обов'язок з відшкодування шкоди встановлюється тільки законом.

Відшкодування шкоди, завданої порушенням договору, регулюється на засадах **диспозитивності**, в той час коли відшкодування шкоди в рамках недоговірних зобов'язань регулюється **імперативними** нормами.

Регулювання відшкодування шкоди, завданої порушенням договору, здійснюється на засадах **приватно-правових**. Навпаки, недоговірні зобов'язання з відшкодування шкоди регулюються на засадах **публічного** права.

У недоговірних зобов'язаннях обов'язок з відшкодування шкоди без її наявності виникнути не може. У забезпеченому неустойкою договорі обов'язок сплатити кредиторів певну грошову суму в разі порушення договору може виникнути, навіть якщо таке порушення шкоди не завдало.

§ 2. Підстави та умови виникнення зобов'язання з відшкодування шкоди

Поняття підстав виникнення зобов'язання з відшкодування шкоди. Питання про виникнення зобов'язання з відшкодування шкоди в цивілістичній літературі вирішується по-різному. Протягом тривалого часу домінуючою була точка зору, відповідно до якої виникнення зобов'язання з відшкодування шкоди розглядалося крізь призму підстав цивільно-правової відповідальності, серед яких основним визнавався певний «склад цивільного правопорушення»⁶⁵⁰. На думку Г. К. Матвеева, наявність складу цивільного (і будь-якого іншого) правопорушення — загальна і, як правило, єдина підстава цивільно-правової (і будь-якої іншої) відповідальності. «Інакше кажучи — зазначав автор — склад правопорушення є тим юридичним фактом, який породжує правовідношення між правопорушником та потерпілим і створює певні претензії потерпілого і обов'язки правопорушника заглажування шкоди, завданої протиправною дією»⁶⁵¹.

Під складом правопорушення як підставою виникнення зобов'язання з відшкодування шкоди одними авторами визнавалася сукупність певних ознак правопорушення, якими воно характеризується як достатня підстава відповідальності⁶⁵², іншими — сукупність загальних типових умов, наявність яких необхідна для виникнення обов'язку з відшкодування шкоди, завданої у разі будь-якого цивільного правопорушення.

⁶⁵⁰ Див., напр.: Матвеев, Г. К. Вина в советском гражданском праве [Текст] / Г. К. Матвеев. — Киев, 1951. — С. 7; Красавчиков, О. А. Юридические факты в советском гражданском праве [Текст] / О. А. Красавчиков. — М., 1958. — С. 57.

⁶⁵¹ Матвеев, Г. К. Вина в советском гражданском праве [Текст] / Г. К. Матвеев. — Киев, 1951. — С. 13–15.

⁶⁵² Алексеев, С. С. Гражданская ответственность за невыполнение плана железнодорожной перевозки [Текст] / С. С. Алексеев. — М., 1959. — С. 49.

Заперечуючи концепцію складу цивільного правопорушення, небезпідставно вбачаючи в ній схожість з кримінально-правовим визначенням ознак злочину, російський вчений В. В. Вітрянський обґрунтовує думку, що підставою цивільно-правової відповідальності є **порушення суб'єктивних** цивільних прав, оскільки цивільно-правова відповідальність є відповідальністю правопорушника перед потерпілим⁶⁵³. Думка цього вченого заслуговує на увагу, хоча вона і не розкриває зміст поняття «порушення суб'єктивних цивільних прав». Окрім того, наведена точка зору стосовно підстав виникнення зобов'язання з відшкодування шкоди має досить віддалений від розглядуваного питання характер. Аналогічні недоліки має також погляд, відповідно до якого підставою виникнення зобов'язання з відшкодування шкоди визнається **правопорушення**, тобто протиправна і винувата поведінка завдавача шкоди⁶⁵⁴, внаслідок якої порушуються особисті немайнові та майнові права потерпілого.

При визначенні підстав виникнення недоговірного зобов'язання з відшкодування шкоди слід виходити з такого.

Відповідно до загальної норми ч. 2 ст. 509 ЦК зобов'язання, у тому числі й недоговірні з відшкодування завданої шкоди, виникають з підстав, встановлених ст. 11 ЦК, із змісту якої випливає, що кожна із передбачених нею підстав має назву юридичного факту. Виникнення зобов'язання з відшкодування шкоди ґрунтується, зрозуміло, на фактах завдання цієї шкоди. Оскільки завдана шкода може мати майновий характер чи бути тільки моральною, то згідно з п. 3 ч. 2 ст. 11 ЦК передбачається два різновиди підстав виникнення зобов'язань з відшкодування шкоди: а) завдання майнової (матеріальної) шкоди; б) завдання моральної шкоди іншій особі. Таким чином, **підставами виникнення зобов'язання з відшкодування шкоди визнаються факти завдання шкоди майну фізичної або юридичної особи чи завдання моральної шкоди**.

Від підстав слід відрізнити **умови** відшкодування шкоди. На відміну від підстав як фактів, передбачених законом і породжуючих відповідне цивільно-правове явище (зобов'язання з відшкодування завданої шкоди), умовами визнаються **ознаки**, якими ці підстави характеризуються і які впливають із закону. Тому не випадково дослідники їх визначають як нормативні вимоги, яким у кожному конкретному випадку має відповідати підстава (юридичний факт) і за відсутності яких не можуть виникати відповідні правовідносини, оскільки цей факт не набуває значення юридичного⁶⁵⁵.

Як уже зазначалося, в зобов'язаннях з відшкодування шкоди їх породжуючим фактом є протиправна поведінка (дія, бездіяльність) — завдання майнової (матеріальної) або моральної шкоди іншій особі. У деяких випадках обов'язок відшкодувати завдану шкоду виникає за наявності вини в поведінці завдавача шкоди. В інших — для визначення обов'язку з відшкодування шкоди слід враховувати правила спеціального закону. Інколи обов'язок з відшкодування шкоди може виникати незалежно від вини і навіть без вини завдавача шкоди. З урахуванням цього умови виникнення зобов'язання з відшкодування шкоди поділяються на дві групи: **загальні і спеціальні**.

До загальних умов виникнення зобов'язань з відшкодування шкоди належать: а) шкода; б) протиправність поведінки завдавача шкоди; в) наявність причинного зв'язку між протиправною поведінкою правопорушника та її результатом — шкодою; г) вина завдавача шкоди.

⁶⁵³ Брагинский, М. И. Договорное право: Общие положения [Текст] / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский – М., 1997. – С. 569–570.

⁶⁵⁴ Харитонов, Е. О. Гражданское право Украины [Текст] : учебник / Е. О. Харитонов, Н. А. Саниахметова. – Харьков, 2004. – С. 809.

⁶⁵⁵ Смирнов, В. Т. Общее учение о деликтных обязательствах в советском гражданском праве [Текст] : учеб. пособие / В. Т. Смирнов, А. А. Собчак. – Л., 1983. – С. 56.

Зазначені умови визнаються загальними тому, що їх наявність необхідна в усіх випадках завдання шкоди для позитивного вирішення питання щодо її відшкодування, за винятком тих, стосовно яких закон встановлює спеціальні вимоги, розширюючи чи обмежуючи перелік зазначених умов (наприклад, у разі завдання ядерної шкоди закон встановлює межі відшкодування завданої шкоди незалежно від вини оператора ядерної установки).

Шкода як загальна умова виникнення зобов'язання з її відшкодування визнається такою з тієї причини, що у разі її відсутності питання про її відшкодування не виникне. Мабуть тому деякими авторами шкода визнається як підстава деліктної відповідальності, мовляв, якщо вочевидь наявність шкоди, то некоректно вести мову, що вона (шкода) є умовою відповідальності за неї⁶⁵⁶.

Тлумачення шкоди як підстави виникнення зобов'язання з її відшкодування вбачається уразливим, оскільки воно призводить до ототожнення шкоди як результату протиправної поведінки правопорушника з самою його поведінкою — завданням шкоди. Завдання шкоди як юридичний факт, породжуючий право потерпілого вимагати її відшкодування, і обов'язок правопорушника це відшкодування здійснити, безумовно, пов'язані між собою, але вони не тотожні.

Шкодою є одна з умов виникнення обов'язку з її відшкодування і вона означає **сукупність несприятливих** для особи, якій вона завдана, **особистих немайнових, а також майнових наслідків, що виникли у разі порушення суб'єктивних цивільних прав фізичної або юридичної особи.**

Відповідно до ч. 1 ст. 1166 та ч. 1 ст. 1167 ЦК підлягає відшкодуванню як майнова, так і моральна шкода, якщо вона була завдана неправомірними рішеннями, діями чи бездіяльністю фізичній або юридичній особі. Тому можна зробити висновок, що загальне поняття шкоди є збірним і за своїм обсягом воно торкається як особистої немайнової, так і майнової сфер потерпілого, тобто його немайнових та майнових благ, ушкоджених унаслідок дій чи бездіяльності з боку інших осіб.

Майновою визнається шкода, яку можна оцінити у грошовому еквіваленті. При її відшкодуванні спрацьовує принцип повного відшкодування.

Так, зокрема, якщо шкода була завдана здоров'ю фізичної особи (її немайновим благам), то її майновий характер полягатиме у втраті заробітної плати (інших доходів), у витратах на придбання ліків, протезування, санаторно-курортне лікування тощо. Так само і при поширенні відомостей про суб'єкта підприємництва, що принижують його честь і ділову репутацію, можуть мати місце майнові наслідки (за недовіри чи сумнівів у добросовісності було відмовлено у наданні позики чи в укладенні іншого очікуваного потерпілим договором тощо). Особливістю завданої у наведених випадках шкоди є те, що у повному обсязі вона відшкодовується лише у тій її частині, яка стосується майнових втрат. При позбавленні фізичної особи таких належних їй благ, як життя чи здоров'я, ціль їхнього відновлення стає неможливою.

Що стосується шкоди, завданої майну потерпілого, то її суть полягає у вартісному зменшенні майнової сфери потерпілого внаслідок пошкодження або знищення належного йому майна, а її відшкодування здійснюється на засадах вартісно-еквівалентних і воно може збігатися з розміром вартості того, що було потерпілим втрачено. З урахуванням обставин справи суд за вибором потерпілого може зобов'язати особу, яка завдала шкоди майну, відшкодувати її в **натурі** (передати річ того ж роду і такої ж якості, поклагодити пошкоджену річ тощо) або відшкодувати збитки у повному обсязі (ч. 1 ст. 1192 ЦК).

Розмір збитків, що підлягають відшкодуванню потерпілому, визначається відповідно до реальної вартості втраченого майна на момент розгляду справи або виконання робіт, необхідних для відновлення пошкодженої речі.

⁶⁵⁶ Див., напр.: Гражданское право [Текст] : учебник: в 2 т. / отв. ред. Е. А. Суханов. – 2-е изд., перераб. и доп. – М., 2000. – Том 2. Полутом 2. – С. 370.

Майнова шкода як умова зобов'язання з її відшкодування виступає і мірою обов'язку відповідальної за шкоду особи. Інакше кажучи, розмір відшкодування, право на яке має потерпілий, визначається розміром завданої його майну шкоди.

Майнова шкода, як про це свідчать положення ст. 1192 ЦК, тісно пов'язана зі збитками. Останніми, за переважною думкою цивілістів, визнається **грошове** вираження майнової шкоди. З цього приводу необхідно однак наголосити, що при визначенні збитків, яких зазнав потерпілий внаслідок завдання шкоди його майну, слід керуватися правилами, встановленими ч. 2 ст. 22 ЦК, відповідно до якої збитками є: а) втрати, яких особа зазнала у зв'язку зі знищенням або пошкодженням речі, а також витрати, які особа зробила або повинна зробити для відновлення свого порушеного права (реальні збитки); б) доходи, які особа могла б реально одержати за звичайних обставин, якби її право не було порушене (упущена вигода).

Шкода, яку неможливо оцінити у грошовому еквіваленті, вважається **немайновою** або, що те ж саме, **моральною**.

Інститут відшкодування моральної шкоди для вітчизняного законодавства є відносно новим. За часів колишнього Союзу РСР компенсація моральної шкоди не визнавалася. Вважалось, що потерпілий у разі завдання йому немайнової шкоди міг вимагати відповідного покарання завдавача цієї шкоди.

В актах законодавства радянських часів категорія «моральна шкода» вперше з'явилася в Основах кримінального судочинства Союзу РСР і союзних республік від 25 грудня 1958 р.⁶⁵⁷, відповідно до ст. 24 яких потерпілим визнавалася особа, якій злочином завдано **моральну**, фізичну або майнову шкоду. Зазначене положення невдовзі було відтворено Кримінально-процесуальним кодексом України (ч. 1 ст. 49) від 28 грудня 1960 р. та аналогічними кодексами інших колишніх союзних республік. Щоправда, введення в законодавчу термінологію поняття «моральна шкода» зовсім не означало законодавчого вирішення питання стосовно відшкодування цієї шкоди. І цивільний позов у кримінальній справі міг бути пред'явлений до обвинуваченого лише з приводу відшкодування матеріальної шкоди (статті 2850 КПК).

Слід, однак, зазначити, що радянське законодавство до певного часу, хоч і не передбачало безпосереднього відшкодування саме моральної шкоди, в той же час воно містило норми, спрямовані не тільки на відшкодування матеріальної шкоди, а й на задоволення особистих немайнових інтересів потерпілого. Так, відповідно до п. 18 Правил відшкодування підприємствами, установами і організаціями шкоди, завданої каліцтвом або іншим ушкодженням здоров'я, пов'язаним з їх роботою, від 22 грудня 1961 р., якщо подальше використання потерпілого на попередній роботі стало неможливим внаслідок каліцтва чи іншого ушкодження здоров'я, адміністрація на прохання потерпілого зобов'язана була забезпечити за рахунок підприємства (установи, організації) навчання його новій професії відповідно до рекомендації лікарняно-трудової експертизи⁶⁵⁸. У даному разі йдеться не стільки про відшкодування потерпілому майнової шкоди, скільки про задоволення бажання потерпілого отримати нову професію.

Уперше норма стосовно **компенсації моральної шкоди** була включена в Закон Союзу РСР «Про засоби масової інформації»⁶⁵⁹. Змісту поняття моральної шкоди цей Закон не розкривав. Певний крок у цьому напрямі

⁶⁵⁷ Ведомости Верхов. Совета СССР. – 1959. – № 1. – Ст. 15.

⁶⁵⁸ Сборник нормативных актов. – М., 1977. – С. 931–933.

⁶⁵⁹ Ведомости Верхов. Совета СССР. – 1990. – № 26. – Ст. 942.

був зроблений прийнятими 31 травня 1991 р. Основами цивільного законодавства Союзу РСР і союзних республік⁶⁶⁰, якими визначалася моральна шкода як фізичні або моральні страждання.

У зв'язку з припиненням існування Союзу РСР зазначені Основи на території України не набрали чинності. Однак їхня основна ідея щодо поняття моральної шкоди була сприйнята спочатку судовою правозастосовчою практикою України, а пізніше і новим ЦК України.

Під моральною шкодою розуміються втрати немайнового характеру внаслідок моральних чи фізичних страждань, завданих фізичній чи юридичній особі незаконними діями або бездіяльністю інших осіб. Моральна шкода полягає: а) у фізичному болю та стражданнях, яких фізична особа зазнала у зв'язку з каліцтвом або іншим ушкодженням здоров'я; б) у душевних стражданнях, яких фізична особа зазнала у зв'язку із знищенням чи пошкодженням її майна; в) у душевних стражданнях, яких фізична особа зазнала у зв'язку з протиправною поведінкою щодо неї самої, членів її сім'ї чи близьких родичів;

г) у приниженні честі, гідності, а також ділової репутації фізичної або юридичної особи (ч. 2 ст. 23 ЦК).

З наведених законоположень можна зробити висновок, що моральна шкода — **це фізичні або душевні страждання, завдані фізичній особі неправомірними рішеннями, діями чи бездіяльністю (ч. 1 ст. 1167 ЦК), якими порушуються її особисті немайнові права або які посягають на належне фізичній особі майно, а також приниження честі, гідності, ділової репутації фізичної або юридичної особи.**

Звідси можна зробити висновок, що сама по собі моральна шкода немайнова і полягає в негативних наслідках, що можуть мати місце в особистій немайновій сфері потерпілого. При цьому зазначені наслідки можуть виникати не тільки у разі ушкоджень немайнових благ (здоров'я, честі, гідності, ділової репутації тощо), а й у зв'язку із знищенням чи пошкодженням належного фізичній особі майна, яке для неї мало значну особисту цінність, скажімо, як пам'ять про близьку людину. Суттєвим тут є також те, що зазначена шкода може полягати у посяганні на немайнові блага, безпосередньо належні не тільки самому потерпілому, а й членам його сім'ї чи близьким родичам, у зв'язку з чим потерпілий зазнає душевних страждань.

Незважаючи на те, що моральна шкода є немайною, відшкодування її здійснюється грішми або іншим майном, незалежно від майнової шкоди, яка підлягає відшкодуванню (частини 3, 4 ст. 23 ЦК).

У зв'язку з цим виникає запитання: якщо законодавець використовує в нормах поняття «майнова шкода» та «моральна шкода», то чи не йдеться при цьому про два різновиди наслідків одного і того ж правопорушення, чи йдеться все ж таки про єдину категорію, охоплюючи як майнову, так і немайнову (моральну) шкоду?

Відповідаючи на поставлене запитання, слід зазначити, що за логікою гл. 82 ЦК, названої «Відшкодування шкоди», два поняття — майнова шкода і шкода моральна — підпорядковані загальному поняттю «шкода», усередині якого вони не ототожнюються, оскільки відображають різні грані можливого, але для потерпілого завжди негативного наслідку дій чи бездіяльності причетних до його настання суб'єктів права (завдавачів шкоди). Тому шкода як одна із загальних умов виникнення деліктного зобов'язання — категорія збірна, що охоплює два різновиди втрачених потерпілим благ. У рамках загального поняття «шкода» підставою для розмежування його складових є також конституційні положення про те, що кожен має право на відшкодування за рахунок держави чи органів місцевого самоврядування **матеріальної та моральної шкоди**, завданої незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб при здійсненні ними своїх повноважень (ст. 56 Конституції), що у разі скасування вироку суду як неправосудного держава відшкодовує матеріальну і моральну шкоду, завдану безпідставним засудженням (ст. 62 Конституції).

⁶⁶⁰ Ведомости Верхов. Совета СССР. – 1991. – № 26. – Ст. 26.

Стосовно **протиправності** поведінки суб'єкта права, відповідального за завдану майнову чи моральну шкоду, як умови виникнення обов'язку з відшкодування завданої шкоди, слід зазначити, що завдання шкоди — явище завжди негативне. З цього однак не випливає, що будь-яка завдана шкода породжує зобов'язання з її відшкодування.

Покладення обов'язку відшкодувати завдану майнову чи моральну шкоду може мати місце лише за умови, коли шкода була викликана **протиправною** поведінкою відповідальної за неї особи. На протиправність поведінки особи, що завдала шкоди, як на умову настання обов'язку з відшкодування вказують статті 1188, 1167 ЦК, зазначаючи при цьому, що шкода, завдана **неправомірними** діями, відшкодовується у випадках, встановлених цим Кодексом та іншим законом. Отже, відшкодування шкоди, завданої правомірними діями, є винятком із загального правила про відшкодування протиправно завданої шкоди.

В актах цивільного законодавства відсутнє визначення поняття протиправності. Однак зрозуміло, що протиправною завжди стає поведінка, якщо суб'єкт права порушує встановлену нормою права заборону. Наприклад, забороняється задовольняти прохання фізичної особи про припинення її життя (ч. 4 ст. 281 ЦК), вимагати та подавати за місцем роботи або навчання інформацію про діагноз та методи лікування фізичної особи (ч. 2 ст. 286 ЦК) тощо. Поряд із цим необхідно зазначити, що протиправність поведінки не вичерпується порушенням встановлених правовими нормами заборон. Вона супроводжується також порушенням охоронюваних законом суб'єктивних прав потерпілого. Такими суб'єктивними правами можуть бути абсолютні права потерпілого: особисті немайнові права (статті 269–271 ЦК), право власності (статті 316, 317, 319 ЦК), право інтелектуальної власності (ст. 423 ЦК) тощо. Тому, скажімо, позбавлення власника права власності на майно буде протиправним не тільки тому, що тим самим здійснюється порушення правової норми (ч. 1 ст. 391 ЦК), а й тому, що такою дією порушується суб'єктивне право власника на майно.

Таким чином, протиправною поведінкою, з якої виникає обов'язок відшкодувати завдану нею шкоду, є поведінка, якою порушується право як в об'єктивному його значенні, так і суб'єктивне право потерпілого.

Існує три **форми** протиправної поведінки, внаслідок якої може бути завдана шкода: а) **рішення**; б) **дії**; в) **бездіяльність**.

Рішення і дії як форми вияву протиправної поведінки значною мірою збігаються, оскільки вони виражають певну активність, здійснювану суб'єктом права діяльність. Відмінність між ними полягає у тому, що рішення — це різновид активних дій, які здійснюються суб'єктами права (наприклад, державними органами чи органами місцевого самоврядування, їхніми службовими чи посадовими особами або відповідним органом юридичної особи тощо), підлягають відповідному зовнішньому оформленню, завдяки чому вони стають придатними для правозастосування. Неправомірними визнаються рішення, видані всупереч актам законодавства або з перевищенням меж повноважень, унаслідок яких піддаються ушкодженню належні іншим особам особисті немайнові та (або) майнові блага. У більшості випадків рішення приймаються органами влади, місцевого самоврядування, юридичної особи, їх посадовими і службовими особами, органами державної влади, органами влади Автономної Республіки Крим, органами місцевого самоврядування, їх посадовими і службовими особами.

Зовнішній вияв протиправної поведінки цілком можливий **діями**, вчинюваними і без їхнього спеціального оформлення (наприклад, знищення чужого майна, крадіжка тощо).

Протиправній дії як формі протиправної поведінки відповідає юридичний обов'язок утримуватися від здійснення посягань на встановлені нормами права заборони та на охоронювані законом суб'єктивні права інших осіб. При зазначеній формі протиправної поведінки особа здійснює саме ту дію, яку не повинна була здійснювати. Цією дією порушується обов'язок, встановлений правовою заборonoю.

Як зазначав В. М. Горшенев, реалізація правової заборони відбувається не тоді, коли вона порушена і викликала відповідну реакцію з боку органів держави або інших уповноважених суб'єктів, а коли люди у повсякденному житті не вчинюють дії, поступки, стосовно яких у праві існують відповідні заборони⁶⁶¹.

Навпаки, протиправній **бездіяльності** як формі протиправної поведінки відповідає юридичний обов'язок активної форми — вчинювати суспільно необхідні дії. Якщо неправомірність дії полягає у тому, що особа проявляє заборонену поведінку, то при бездіяльності особа не вчинює дії, до якої ця особа була зобов'язана. Так, наприклад, бездіяльністю, що матиме неправомірний характер, буде поведінка капітана судна у випадку, передбаченому ст. 59 Кодексу торговельного мореплавства України, коли він **зобов'язаний**, якщо це не створить серйозної загрози для судна і осіб, які перебувають на ньому: а) подати допомогу будь-якій виявленій у морі особі, котрій загрожує загибель; б) прямувати з найбільшою швидкістю на допомогу гинучим, якщо йому повідомлено, що вони потребують допомоги, і якщо на такі дії з його боку можна розумно розраховувати.

Протиправність поведінки суб'єкта права, що обумовлює настання на стороні потерпілого шкоди, виключається, і відшкодуванню ця шкода не підлягає, якщо вона була завдана: а) при належному здійсненні особою своїх професійних обов'язків; б) при здійсненні права; в) за згодою самого потерпілого; г) у стані крайньої необхідності; д) передбаченим законом вилученням майна із володіння особи.

Здійснення певних професійних обов'язків, обумовлених службовим становищем деяких фізичних осіб, інколи дійсно супроводжується із завданням майнової шкоди. У таких випадках відповідна особа стає «уповноваженою на завдання шкоди». Так, наприклад, пожежники зобов'язані гасити пожежу і водночас уповноважені знищувати майно, яке може сприяти розповсюдженню вогню.

Завдання шкоди при здійсненні прав визнається правомірним і завдана шкода не підлягає відшкодуванню у випадках, передбачених законом. Найбільш яскравим прикладом цього є завдання шкоди при здійсненні особою права на самозахист від протиправних посягань, у тому числі у стані необхідної оборони, якщо при цьому не були перевищені її межі (ч. 1 ст. 1169 ЦК). Завдання шкоди за межами необхідної оборони набуває характерної протиправної дії і шкода підлягає відшкодуванню особою, яка її завдала⁶⁶².

Не визнається протиправним завдання шкоди у випадках, передбачених законом, **за згодою самого потерпілого** (наприклад, у разі донорства крові, її компонентів, а також органів та інших анатомічних матеріалів та репродуктивних клітин). У той же час фізична особа не може бути позбавлена життя (ч. 2 ст. 281 ЦК). Тому неправомірним визнається задоволення прохання хворої людини про прискорення її смерті будь-якими діями.

Правомірними визнаються дії, **вчинені у стані крайньої необхідності** (ст. 1171 ЦК). Відповідно до ч. 1 ст. 1171 ЦК стан крайньої необхідності означає ситуацію, коли шкода завдається особі у зв'язку із вчиненням дій, спрямованих на усунення небезпеки, що загрожувала цивільним правам чи інтересам іншої фізичної особи, якщо цю небезпеку за даних умов не можна було усунути іншими засобами. Поняття крайньої необхідності розкрито у названій статті. Воно переважно збігається з ідентичним поняттям, визначеним у ст. 39 КК України. Однак якщо кримінальна відповідальність за шкоду, завдану охоронюваним інтересам у стані крайньої необхідності, не настає, то цивільний обов'язок з відшкодування цієї шкоди може бути покладено на особу, яка її завдала. Крім того, на відміну від Кримінального кодексу, Цивільний кодекс не обмежує кола дій, що підпадають під це поняття, умовою про неприпустимість перевищення меж крайньої необхідності.

⁶⁶¹ Горшенев, В. М. Способы и организационные формы правового регулирования в социалистическом обществе [Текст] / В. М. Горшенев. – М., 1972. – С. 52–53.

⁶⁶² Див. § 3 цієї глави.

Що ж стосується правомірності завдання шкоди у разі передбаченого законом **вилучення майна із володіння його власника**, то йдеться про застосування до особи позбавлення права власності на майно за рішенням суду як санкції за вчинення правопорушення (конфіскація) у випадках, передбачених законом (ч. 1 ст. 354 ЦК). Зокрема, конфіскація майна встановлюється за тяжкі та особливо тяжкі корисливі злочини і може бути призначена лише у випадках, спеціально передбачених в Особливій частині Кримінального кодексу. Вона полягає в примусовому безоплатному вилученні у власність держави всього або частини майна, яке є власністю засудженого (ст. 59 КК).

Для виникнення зобов'язання з відшкодування шкоди наявність самої шкоди і протиправної поведінки (дії, бездіяльності) матиме значення тільки тоді, якщо між ними існує зв'язок, що має назву **причинного**.

Причинний зв'язок — категорія філософська. Нею позначаються існуючі у природі і суспільстві явища, серед яких одні виступають причиною, а інші — наслідком цих причин. **Юридична** суть причинного зв'язку розкривається у самому законі і полягає у тому, що **неправомірно завдана майнова та моральна шкода відшкодовується особою, яка її завдала** (ч. 1 ст. 1166, ч. 1 ст. 1167 ЦК). Звідси випливає, що з'ясувати і встановити причинний зв'язок завжди означає дослідження того, наслідком чиєї саме поведінки (дії чи бездіяльності) стало ушкодження належних потерпілому й охоронюваних законом особистих немайнових, а також майнових благ, чиєю саме поведінкою викликані особисті немайнові чи майнові втрати потерпілого. Від правильної відповіді на це питання залежатиме визначення суб'єкта права, на якого тільки й може бути покладений обов'язок з відшкодування завданої його поведінкою шкоди.

Тому зв'язок між протиправною поведінкою заподіювача і шкодою має бути **юридично** значущим. Таким він може стати тільки тоді, коли він вказуватиме на причетність до появи шкоди на стороні потерпілого дієздатного конкретного суб'єкта права. Наприклад, смерть фізичної особи може настати з різних причин і будь-коли з нею пов'язуються, щонайменше: а) витрати на поховання померлого та на спорудження надгробного пам'ятника; б) позбавлення непрацездатних осіб одержуваного ними від померлого за його життя відповідного утримання;

в) страждання осіб у зв'язку зі смертю рідної чи близької їм людини. Однак зазначені втрати, хоч і мали місце, але питання стосовно їх компенсації не завжди може бути вирішене на користь осіб, що ці втрати понесли. Наприклад, без відшкодування залишатимуться втрати, викликані природною смертю фізичної особи.

Навпаки, якщо смерть стала наслідком неправомірної поведінки іншої особи, яка завдала потерпілому шкоди, вона підлягає відшкодуванню за рахунок правопорушника (статті 1200–1202 ЦК).

Першочергове значення завжди має визначення прийомів виявлення юридично значущого причинного зв'язку, необхідного і достатнього для притягнення порушника до відповідальності. Для досягнення такої цілі у правозастосовчій практиці використовуються не тільки юридичні знання і досвід юридичної практики, а й знання у сферах інших наук, висновки експертів тощо.

Особливістю причинного зв'язку між протиправною поведінкою правопорушника і завданою шкодою є те, що інколи вона може складатися із декількох ланок, безпосередньо пов'язаних між собою в один ланцюжок. Так, наприклад, при відшкодуванні шкоди, завданої малолітньою особою, необхідно з'ясувати, чи існує зв'язок між завданою шкодою і поведінкою малолітньої особи, а також, чи існує зв'язок між поведінкою малолітньої особи і поведінкою осіб, зобов'язаних завдану шкоду відшкодувати (батьків, усиновлювачів, опікуна чи іншої фізичної особи, яка на правових підставах здійснює виховання малолітньої особи). Адже останні можуть бути звільнені від обов'язку відшкодувати завдану малолітнім шкоду, якщо ними буде доведено, що шкода не є наслідком несумлінного здійснення або ухилення ними від здійснення виховання та нагляду за малолітньою особою (ч. 1 ст. 1178 ЦК).

У будь-яких випадках причинний зв'язок між шкодою і неправомірною поведінкою відповідальної за цю шкоду особи є об'єктивною умовою, за наявності якої у сукупності з іншими можливе стягнення з відповідача відшкодування зазначених потерпілим втрат. Тому буде завжди помилкою шукати причинний зв'язок між шкодою і **виною** правопорушника. Як об'єктивне явище, причинний зв'язок не залежить від волі та свідомості завдавача шкоди. Навпаки, вина завжди перебуває в площині цієї волі.

Таким чином, **вина** як умова виникнення обов'язку з відшкодування шкоди в обсязі «генерального делікту» є елементом, що має суб'єктивне значення.

Проблема вини у цивільному праві завжди була і залишається однією з найбільш актуальних, складних, а тому дискусійних. Тривалий час її понятійна суть визначалася як **психічне ставлення** особи до протиправної дії чи бездіяльності та її наслідків, виражене у формі умислу чи необережності. Таке визначення поняття вини мало загальноправовий характер і таке її розуміння сприймалося більшістю дослідників і правозастосовчою практикою безвідносно до того, в межах якої правової сфери (приватно-правової чи публічно-правової) оцінювалася суб'єктивна сторона поведінки правопорушника. Таке визначення поняття вини здобуло закріплення у ст. 23 КК.

У цивілістичних дослідженнях останніх років уявлення про вину як про психічне ставлення особи до вчинюваної дії чи бездіяльності, передбаченої законом як протиправної, та її наслідків викликало деякі сумніви. Наприклад, російський вчений В. В. Вітрянський визначення поняття вини в наведеному її трактуванні оцінює як некорисне⁶⁶³, практично даремне. Вирішувати питання про вину та невинуватість необхідно шляхом аналізу ставлення особи до своїх справ та обов'язків⁶⁶⁴. Додамо, що концепція вини як психічного ставлення особи до своєї протиправної поведінки та її шкідливих наслідків стає найбільш уразливою при її застосуванні до юридичної особи, відповідальної за завдану потерпілому шкоду. Досить важко, якщо взагалі можливо, оцінювати суб'єктивну сторону поведінки юридичної особи крізь призму її **психічного ставлення** до своїх дій (бездіяльності) і їх негативних наслідків (наприклад, коли всупереч ст. 19 Закону «Про охорону праці»³ власник не організовує за свої кошти проведення попереднього (при прийнятті на роботу) і періодичних (протягом трудової діяльності) медичних оглядів працівників, зайнятих на важких роботах, роботах із шкідливими чи небезпечними умовами праці або таких, де є потреба у професійному доборі, а також щорічного медичного огляду осіб віком до 21 року, внаслідок чого своєчасно не виявлене професійне захворювання останніх набуває характеру невилікованого, а стан здоров'я працівника — невідновлюваним). У даному чи аналогічних інших випадках визначального значення набуватиме не саме психічне ставлення власника підприємства до виконання свого обов'язку, а наявність чи відсутність зовнішнього вияву його волі, спрямованої на виконання цього обов'язку (наприклад, наявність чи відсутність відповідного наказу, адресованого працівникам щодо проходження ними професійного медогляду, за невиконання якого власник набуває права притягнути працівника, який ухиляється від проходження обов'язкового медичного огляду, до дисциплінарної відповідальності (ч. 2 ст. 19 Закону «Про охорону праці»).

З об'єктивної сторони така бездіяльність роботодавця матиме протиправний характер, а з суб'єктивної — характеризуватиметься відсутністю залежного від повноважних органів юридичної особи зовнішнього вияву її обов'язкової власної волі.

Те саме можна сказати і стосовно оцінки суб'єктивної (вольової) сторони поведінки фізичної особи. Її психічний стан може характеризуватися **байдужістю** (притупленням або цілковитою втратою інтересу до інших

⁶⁶³ Брагинский М. М. Договорное право: Общие положения. [Текст] / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский – М., 1997 – С. 604.

⁶⁶⁴ Гражданское право [Текст] : учебник в 2 т. / отв. ред. Е. А. Суханов. – 2-е изд. перераб. и доп. – М., 2000. – Том II. – Полутом 2. – С. 279.

³ Відом. Верхов. Ради України. – 1992. – № 49. – Ст. 668.

людей) або **легковажністю** (полегшеним чи спрощеним ставленням до своїх висловлювань, дій, поведінки⁶⁶⁵). Однак останні не матимуть юридичного значення, доки не буде їх зовнішнього вияву. Визначальним тут є не стільки ставлення до своєї протиправної поведінки, скільки упущення суб'єктом права (свідоме чи несвідоме, умисне чи необережне) з-під власної волі контролю за цією поведінкою, сприйнятою оточенням як негативне і шкідливе. Сприйняття оточенням поведінки суб'єкта права відображається в обраних оточенням формах реагування на сприйняту поведінку, в доказах її негативного вияву.

Не випадково тому, на відміну від кримінального права, де презюмується відсутність вини (особа вважається невинуватою у вчиненні злочину і не може бути піддана кримінальному покаранню, доки її вину не буде доведено в законному порядку і встановлено обвинувальним вироком суду — ч. 2 ст. 2 КК), цивільне законодавство виходить із принципу презумпції вини: особа, яка завдала шкоди, звільняється від її відшкодування, якщо вона доведе, що шкоди завдано не з її вини (ч. 2 ст. 1166 ЦК). Невинуватою ж особа визнається, якщо вона доведе, що вжила всіх залежних від неї заходів щодо належного виконання зобов'язання (ч. 1 ст. 614 ЦК). Відсутність своєї вини доводить особа, яка завдала шкоди.

На відміну від кримінального права, мірою цивільного обов'язку з відшкодування завданої шкоди є розмір цієї шкоди, а не характер і ступінь вини боржника.

Крім того, обов'язок з відшкодування шкоди може бути покладений не тільки на особу, безпосередніми діями якої ця шкода була завдана, а й на інших осіб, вина яких презюмується (наприклад, батьків малолітньої особи, що завдала шкоди — ч. 1 ст. 1178 ЦК).

Виходячи з наведеного, **вину** як одну з умов виникнення зобов'язання з відшкодування шкоди **можна визначити як намірене чи ненамірене, але завжди залежне від волі та свідомості суб'єкта права його власне ставлення до вжиття чи невжиття заходів запобігання зовнішньому прояву своєї поведінки, яка є протиправною і шкідливою для особистих немайнових чи майнових благ, належних оточенню.**

Наведене визначення поняття вини в зобов'язаннях з відшкодування шкоди асоціюється з відомою цивілістичній теорії деліктоздатністю, тобто здатністю суб'єкта права бути відповідачем (боржником) за завдану шкоду. Не визнаються тому деліктоздатними, наприклад, особи, визнані судом недієздатними (статті 39, 1184 ЦК), та малолітні особи (ч. 3 ст. 31, ч. 1 ст. 1184 ЦК).

Залежно від того, яким саме чином особа керувала своєю поведінкою чи ставилася до її зовнішнього вияву, у зобов'язаннях з відшкодування шкоди існують дві форми вини: **умисел і необережність.**

Щоправда, для покладення на особу, відповідальну за шкоду, обов'язку з її відшкодування особливого значення не має сама форма вини цієї особи. Завдана нею шкода підлягатиме відшкодуванню будь-коли, за винятком випадків, коли вона доведе, що шкоди було завдано **не з її вини.**

Однак визначення кожної з форм вини у зобов'язаннях із відшкодування шкоди необхідне. Його практичне значення полягає, наприклад, у тому, що шкода, завдана потерпілому внаслідок його **умислу**, не відшкодовується (ч. 1 ст. 1193 ЦК).

Форм умислу цивільне законодавство не визначає. Виходячи з того, що свідомість і воля суб'єкта права — чи не найважливіші регулятори його поведінки, умисел як форма його вини завжди відображає наявність у особи відповідного бажання, цілеспрямованого наміру. Наприклад, певне бажання і ціль може переслідуватися потерпілим при здійсненні ним суїциду (самогубства).

У поведінці особи, яка завдала шкоди, умисел — явище порівняно рідкісне, хоч і цілком можливе. Спрямованість дій до завдання шкоди матиме місце, зокрема, при перевищенні меж самозахисту, коли особа, перебуваючи під

⁶⁶⁵ Психологічний словник [Текст] / за ред. В. І. Войтка. – К., 1982. – С. 1985.

впливом почуття помсти, завдає шкоди родичам правопорушника, від протиправного посягання з боку якого довелося оборонятися.

Що стосується форм вини потерпілого, то у зобов'язаннях із відшкодування шкоди врахуванню підлягає і його власна **необережність**, але не будь-яка, а **необережність**, що визнається **грубою**. Будь-яка необережність характеризує поведінку особи з точки зору відповідного ступеня необачливості, байдужості чи легковажності в ставленні потерпілого до зовнішнього вияву власної поведінки. Загальні ознаки **грубої необережності** потерпілого вбачаються в положеннях ч. 2 ст. 1193 ЦК. Це: а) необережність, яка сприяла виникненню шкоди; б) необережність, яка сприяла збільшенню шкоди, завданої потерпілому. Так, при розгляді однієї з цивільних справ судом було встановлено, що потерпілий (позивач у справі) перед тим, як скористатися найнятою автомашиною, з водієм розпив спиртні напої, їдучи у машині як пасажир, у дорозі йому були завдані тілесні ушкодження внаслідок допущеної з вини водія дорожньо-транспортної пригоди. Суд обґрунтовано визнав, що в поведінці потерпілого були ознаки грубої необережності, за причини якої розмір належного йому відшкодування було зменшено.

Найчастіше необережність потерпілого враховується при так званій змішаній відповідальності, коли появі шкоди сприяла не тільки вина особи, яка завдала шкоди, а й груба необережність потерпілого.

Важливо зазначити, що наявність грубої необережності потерпілого не звільняє повністю завдавача шкоди від обов'язку її відшкодування, а за загальним правилом може тягнути лише зменшення розміру відшкодування. Винятки із цього правила можуть бути встановлені лише законом. Наприклад, Закон України «Про цивільну відповідальність за ядерну шкоду та її фінансове забезпечення» передбачає, що оператор ядерної установки може бути звільнений від обов'язку відшкодувати шкоду за рішенням суду, якщо буде доведено, що потерпілому була завдана шкода внаслідок його грубої необережності (наприклад, у випадку, коли потерпілий самочинно проникає на охоронюваний радіаційно небезпечний об'єкт, де отримує небезпечну дозу іонізуючого випромінювання).

Вина потерпілого не враховується у разі відшкодування додаткових витрат (ст. 1195 ЦК), у випадках відшкодування шкоди, завданої смертю годувальника (ст. 1200 ЦК) та у разі відшкодування витрат на поховання (ст. 1201 ЦК). У зазначених випадках ідеться не про відшкодування витрат, причинно обумовлених протиправною та винною поведінкою особи, яка зазнала шкоди, а поведінкою особи, яка до цих витрат призвела.

Слід також зазначити, що вина як умова виникнення зобов'язання з відшкодування шкоди не є абсолютною. У низці випадків обов'язок з відшкодування шкоди законом покладається на відповідального за цю шкоду суб'єкта права незалежно від вини, тобто і за її відсутності (наприклад, відшкодування шкоди, завданої органом публічної влади чи його посадовою або службовою особою незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органу дізнання, досудового слідства, прокуратури або суду тощо). В усіх інших випадках для виникнення зобов'язання з відшкодування шкоди необхідна наявність зазначених вище загальних умов у їх сукупності.

§ 3. Відшкодування шкоди, завданої особою у разі здійснення нею права на самозахист

Відповідно до ч. 5 ст. 55 Конституції України кожен має право будь-якими не забороненими законом засобами захищати свої права і свободи від порушень і протиправних посягань. Одним із засобів реалізації

цього конституційного права є **самозахист**, яким визнається застосування особою засобів **протидії**, які не заборонені законом та не суперечать моральним засадам суспільства (ч. 1 ст. 19 ЦК).

Інститут відшкодування шкоди, завданої особою у разі здійснення нею права на самозахист (ч. 1 ст. 1169 ЦК), суттєво змінив і розширив існуючу раніше норму ст. 444 ЦК 1963 р., відповідно до якої не підлягала відшкодуванню шкода, завдана у межах необхідної оборони. Остання за новим ЦК розглядається лише як один із можливих способів здійснення особою належного їй права на самозахист від протиправних посягань.

Зрозуміло, що за визначених вище обставин питання щодо відшкодування шкоди не виникає. Проте ситуація зміниться, якщо межі здійснення особою свого цивільного права на самозахист від порушень і протиправних посягань або межі необхідної оборони будуть перевищені. У такому випадку, як це впливає із змісту ч. 1 ст. 1169 ЦК, питання стосовно відшкодування шкоди виникне, а його позитивне вирішення відбудеться за рахунок особи, яка оборонялася, але при цьому вийшла за межі дозволеного (наприклад, за межі необхідної оборони). Такі дії стають неправомірними і причинно обумовлена ними шкода складає підставу для виникнення обов'язку з її відшкодування на користь особи, від якої відповідач перед тим захищався (оборонявся). Постає запитання: де пролягає межа, переступивши яку самозахист перетворюється у протиправну поведінку?

Пряма відповідь на поставлене запитання в актах цивільного законодавства відсутня. Визначаючи самозахист як застосування особою засобів протидії, які не суперечать законів та моральним засадам суспільства, закон вимагає, щоб способи самозахисту відповідали змісту права, що порушене, а також характерові дій, якими це право порушене, і наслідкам, спричиненим цим порушенням. Однак способи самозахисту можуть обиратися самою особою (ст. 19 ЦК).

Для визначення юридичних меж самозахисту цивільних прав важливо мати на увазі, які саме способи можуть бути обрані особою для його здійснення.

Слід погодитися з думкою російського вченого В. П. Грибанова, що такими способами можуть бути: а) **превентивний**; б) **активно-оборонний**⁶⁶⁶.

Заходи превентивного характеру застосовуються, як правило, власником або володільцем майна для забезпечення його охорони. Саме по собі забезпечення власником або володільцем охорони свого майна законами не суперечить і за межі здійснення цивільних прав, передбачених ст. 13 ЦК, не виходить.

Цілком правомірним є використання превентивного способу для цілей самозахисту, наприклад, із застосуванням засобів техніки, зокрема пристроїв відеоспостереження, сигналізаційного обладнання помешкання чи іншого об'єкта. Однак існує одне застереження, яке у даному разі має істотне значення. Не допускається дія особи, яка хоч і спрямована на охорону власного майна, однак за своїм характером містить намір особи завдати шкоди іншій особі чи майну іншого власника або зловживання правом в інших формах (ч. 3 ст. 13 ЦК).

Інколи, здійснюючи право на самозахист превентивними заходами, особа створює небезпеку завдання шкоди іншим особам, причому необов'язково тим, що вчиняють протиправні посягання. Наприклад, власник у цілях охорони свого майна, розташованого на присадибній земельній ділянці, огорожує ділянку колючим дротом і пропускає через огорожу електричний струм. Стає очевидним, що застосування такого способу «охорони» майна містить ознаки наміру завдання шкоди будь-якій іншій особі, її майну, наприклад тварині, яка може випадково торкнутися такої огорожі.

⁶⁶⁶ Грибанов, В. П. Осуществление и защита гражданских прав [Текст] / В. П. Грибанов. – Изд. 2-е, стер. – М., 2001. – С. 117–119 (Классика российской цивилистики).

Очевидно, що подібні дії ніякими межами самозахисту не охоплюються. Вони протиправні і неприпустимі. У разі настання шкідливих наслідків вони, безумовно, стануть підставою для виникнення обов'язку з ліквідації цих наслідків шляхом відшкодування завданої шкоди.

Що стосується **активно-оборонних** способів самозахисту цивільних прав, то найбільш яскравим прикладом одного із них є **необхідна оборона**, про яку згадує ч. 1 ст. 1169 ЦК.

Уперше категорія «**необхідна оборона**» була введена у цивільне законодавство у 1963 р., коли був прийнятий другий Цивільний кодекс України, який набрав чинності з 1 січня 1964 р. Однак визначення її поняття в актах цивільного законодавства завжди було відсутнє. Мабуть тому в цивілістичній літературі при визначенні поняття необхідної оборони використовується відповідна норма кримінального законодавства.

Так, відповідно до ч. 1 ст. 36 КК **необхідною обороною** визнаються дії, вчинені з метою захисту охоронюваних законом прав та інтересів особи, яка захищається, або іншої особи, а також суспільних інтересів та інтересів держави від суспільно небезпечного посягання шляхом заволодіння тому, хто посягає, шкоди, необхідної і достатньої в даній обстановці для негайного відвернення чи припинення посягання, якщо при цьому не було допущено перевищення меж необхідної оборони.

Таким чином, інститут необхідної оборони може бути охарактеризований як комплексний, що має як цивільно-правове, так і кримінально-правове (приватно-правове і публічно-правове) значення.

Однак застосування поняття необхідної оборони у приватно-правовій та публічно-правовій сферах ще не означає абсолютної тотожності його змісту для кожної сфери. Якщо кримінальне законодавство визнає необхідною обороною протидію **суспільно небезпечному посяганням** (ч. 1 ст. 36 КК), тобто посяганням, що має ознаку злочину

(ч. 1 ст. 11 КК), то з цивільно-правової точки зору необхідною буде також оборона від будь-яких інших протиправних посягань на охоронювані законом суб'єктивні права та інтереси особи, що обороняється, які до складу передбачених КК злочинів не належать (наприклад, протидія самовільному будівництву споруди на земельній ділянці, належній особі, що обороняється). Крім того, якщо кримінальна відповідальність особи, яка обороняється, настає лише за умисне вбивство та за умисне завдання тяжких тілесних ушкоджень у разі перевищення меж необхідної оборони (ч. 3 ст. 36, статті 118, 124 КК), то цивільно-правовий обов'язок відшкодувати завдану шкоду настане будь-коли, якщо обрана особою, що захищалася від протиправного посягання, протидія виходила за межі необхідної оборони.

Закон не встановлює меж, переступивши які оборона перестає бути необхідною. Вбачається, що перевищенням меж необхідної оборони можуть бути визнані такі дії особи, яка обороняється, що розпочалися як адекватна протидія протиправному посяганням з боку іншої особи і не були призупинені в момент припинення посягання або коли така протидія була ще більш небезпечною, ніж саме посягання.

Так, наприклад, суд визнав перевищенням меж необхідної оборони громадянином К., який під час бійки вдарив ножом у груди М. і вбив його. Сталося це за таких обставин. Потерпілий М., скориставшись моментом, коли К. заправляв у чоботи штани, сильно вдарив його ногою в обличчя, на що К. відповів смертельним ударом у М. ножом. Суд дійшов висновку, що потреба у К. негайно відвернути посягання на його життя з боку потерпілого М. дійсно виникла. Однак застосування ним ножа проти М. у даній обстановці не викликалось необхідністю, оскільки М. посягав на нього неозброєним⁶⁶⁷.

Перевищенням меж необхідної оборони може бути визнане також завдання особі, яка нападає, шкоди, явно не співрозмірної з небезпечністю посягання (наприклад, завдання шкоди смертю особи, яка вчинила замах на крадіжку чужого майна). У деяких випадках матиме значення відповідність завдання шкоди нападаючому тій

⁶⁶⁷ Рішення Верховного Суду України: Щорічник. Офіційне видання [Текст] / за заг. ред. В. Ф. Бойка. – Ю, 1997. – С. 119–120.

обстановці, в якій напад був вчинений (наприклад, вбивство особи, яка проникала на охоронюваний об'єкт, пострілом охоронця без попередження).

Межі, за якими оборона стає перевищеною, завжди визначаються судом залежно від конкретних обставин і характеру посягань. Проте у всякому разі, коли межі необхідної оборони були перевищені і внаслідок цього завдана шкода особі, яка перед тим чинила посягання на особу, що змушена була захищатися, повинна відшкодуватися особою, діями якої межі необхідної оборони були перевищені.

У зв'язку з цим постає запитання: у якому розмірі має бути відшкодована шкода у разі, коли мало місце перевищення меж необхідної оборони?

При вирішенні цього питання необхідно враховувати, що поведінка потерпілого у даному разі була спровокована посяганням його як нападаючої особи. Поведінка нападаючого за своїм характером протиправна і за своєю зовнішньою подібністю може сприйматися як вияв відомого тільки нападаючому протиправного наміру. За таких обставин навряд чи можна говорити про можливість повного відшкодування шкоди, завданої при перевищенні меж необхідної оборони. Вина потерпілого у даному разі цілком очевидна, тому і відшкодування шкоди має бути співрозмірним із ступенем цієї вини.

§ 4. Відшкодування юридичною або фізичною особою шкоди, завданої їхнім працівником чи іншою особою

Правовою підставою виникнення зобов'язання юридичної або фізичної особи відшкодувати шкоду, завдану їхнім працівником чи іншою особою, є ст. 1172 ЦК. Передбачається кілька можливих ситуацій, коли зазначене зобов'язання може виникнути: а) коли шкода була завдана найнятим юридичною або фізичною особою працівником під час виконання ним своїх трудових (службових) обов'язків; б) коли шкода була завдана іншій особі підрядником, що діяв за завданням замовника;

в) коли шкода була завдана учасником (членом) підприємницького товариства або кооперативу під час здійснення ним підприємницької діяльності або іншої діяльності від імені товариства чи кооперативу.

Загальною ознакою зобов'язань, що виникають у зазначених вище випадках, є те, що всі вони характеризуються багатосуб'єктністю. У кожному із них присутні три суб'єкта: а) відповідальна за шкоду юридична або фізична особа; б) безпосередній заподіювач шкоди під час виконання ним трудових (службових) обов'язків або при виконанні завдання замовника за договором підряду, чи який діяв від імені підприємницького товариства, учасником якого він є, або від імені кооперативу, до складу членів якого заподіювач шкоди входить; в) потерпілий, тобто особа, яка зазнала завданої їй шкоди.

Таким чином, ідеться про зобов'язання, які можуть мати місце у трьох сферах приватно-правових відносин: а) у сфері трудових (службових) правовідносин; б) у сфері цивільно-правових договірних, зокрема підрядних відносин; в) у сфері відносин, пов'язаних з участю у підприємницькому товаристві або членством у відповідному кооперативі.

Поряд із загальними умовами, при відшкодуванні шкоди, завданої у зазначених випадках, слід враховувати деяку специфіку правовідносин, що виникають при здійсненні цього відшкодування.

Шкода у даному разі як умова виникнення обов'язку з її відшкодування якихось особливостей не набуває. Особливість вбачається у неправомірності поведінки заподіювача шкоди, який при виконанні покладених на нього трудових (службових) обов'язків чи обов'язків за договором підряду за замовленням замовника або здійснюючи представництво (виконуючи доручення) підприємницького товариства чи кооперативу, учасником (членом) яких він є, діяв неналежним чином. А оскільки останній діяв, хоч

і неправомірно, але за умов виконання доручень свого роботодавця чи замовника-контрагента за договором підряду чи дорученням підприємницького товариства (кооперативу), то автоматично поведінка останніх набуває ознаки неправомірної.

Однак слід зазначити, що перш ніж покласти на роботодавця, замовника чи підприємницьке товариство або кооператив обов'язок з відшкодування шкоди, завданої працівником, підрядником, учасником товариства чи членом кооперативу, необхідно виявити наявність причинного зв'язку між поведінкою заподіювача шкоди і самою шкодою. Адже такий обов'язок не виникатиме, якщо працівник отримав відпустку, під час якої ним була завдана іншій особі майнова чи моральна шкода. Тому слід з'ясувати, що: а) безпосередній заподіювач шкоди дійсно під час її завдання перебував з юридичною або фізичною особою у трудових (службових) правовідносинах або він був підрядником за договором підряду із замовником, укладеним належним чином, або учасником підприємницького товариства чи членом кооперативу;

б) що шкода була завдана під час і безпосередньо при виконанні завдавачем шкоди покладених на нього обов'язків як на працівника за трудовим договором (контрактом) або як на підрядника за договором підряду, чи при виконанні представницьких повноважень від імені підприємницького товариства, кооперативу, учасником (членом) яких є завдавач шкоди. В одній із цивільних справ судом було встановлено, що підрядник, використовуючи підйомний кран у будівництві споруди, його стрілою зачепив лінію електропостачання, пошкодивши її. Завдана при цьому шкода була відшкодована замовником за договором підряду.

Суттєвою особливістю зобов'язань, що виникають з приводу відшкодування шкоди, завданої у зазначених випадках, є те, що законом проводиться досить чітке відмежування особи, яка безпосередньо завдала шкоди, та особи, яка має цю шкоду відшкодувати: а) працівника (службовця) і юридичної або фізичної особи, з якою працівник (службовець) перебуває у трудових (службових) відносинах;

б) підрядника і замовника, з яким підрядник перебуває в договорі підряду; в) учасника (члена) підприємницького товариства чи кооперативу і підприємницьке товариство чи кооператив, учасником (членом) якого він є.

Внаслідок такої диференціації в юридичній літературі резонно постає запитання: у чому ж полягає вина осіб, на яких покладається обов'язок з відшкодування завданої їхнім працівником чи іншими особами шкоди? Вважається, що оскільки всі дії працівників (службовців) та інших осіб, коли вони вчиняються для виконання певних трудових (службових) та інших обов'язків, юридично прирівнюються до дій юридичної або фізичної особи та інших зобов'язаних суб'єктів, то й у разі завдання шкоди вони діють від імені та в інтересах зазначених роботодавців, замовників та підприємницьких товариств і кооперативів, а тому і вина безпосереднього заподіювача шкоди, який перебуває у відповідних відносинах з юридичною, фізичною чи іншою уповноваженою особою, яка передбачена відповідачем відповідно до ст. 1172 ЦК, має визнаватися виною останніх⁶⁶⁸.

Не заперечуючи проти такої думки в принципі, необхідно зробити деякі уточнення. Насамперед навряд чи можна погодитися з тим, що у разі завдання шкоди працівник, замовник чи представник підприємницького товариства або кооперативу діють в **інтересах** відповідного роботодавця, замовника, підприємницького товариства або кооперативу. З точки зору останніх завдання шкоди завжди поза межами їхнього інтересу. Завдана шкода для них — явище завжди неочікуване, хоч вона нерозривно пов'язалася з виконуваним правомірним дорученням, покладеним на виконавця. В будь-яких діях працівника, підрядника, представника підприємницького товариства або кооперативу, якщо вони вчинювалися в межах покладеного на них обов'язку згідно з договором, уособлюються відповідні юридичні або фізичні особи, завдання яких

⁶⁶⁸ Цивільне право України. Академічний курс [Текст] : підручник : у 2 т. / за заг. ред. Я. М. Шевченко. – Ю, 2003. – Т. 2. Особлива частина. – С. 337.

виконували працівник, підрядник, представник. Оскільки поведінка останніх фактично в собі уособлює діяльність роботодавця, замовника, підприємницького товариства або кооперативу, то й обов'язок з відшкодування шкоди покладається на зобов'язану юридичну або фізичну особу **не як за чужі дії, а за свої, не за чужу** вину, а за **свою**. Вина відповідальної юридичної або фізичної особи за шкоду, завдану їхнім працівником, підрядником чи учасником підприємницького товариства або членом кооперативу пов'язується з певним ризиком настання негативних наслідків неналежної поведінки виконавця їхнього доручення. Це природно, адже згадані юридична або фізична особи, відповідальні за шкоду, завдану виконавцем їхніх завдань (доручень), як правило, є суб'єктами підприємництва, їхня вина у даному разі полягає у залежному від їхньої волі власному ставленні до вжиття чи невжиття адекватних заходів запобігання тому, щоб поведінка працівника, найнятого за трудовим договором, підрядника за договором підряду, виконуючого підприємницьку чи іншу діяльність від імені підприємницького товариства чи кооперативу їхнього учасника (члена) під час виконання й у зв'язку з виконанням покладеного на них завдання, не набувала характеру протиправної і не стала шкідливою для оточення незалежно від того, чи то для третіх осіб, чи для інших осіб, наприклад, працівників того ж самого роботодавця.

Оскільки вина особи, відповідальної за завдану шкоду, у даному разі уособлюється неналежною поведінкою (виною) безпосереднього завдавача шкоди, до нього можуть бути пред'явлені регресні вимоги відповідно до ст. 1191 ЦК.

§ 5. Відшкодування шкоди, завданої актами⁶⁶⁹ законодавчої та виконавчої влади

Чинний ЦК ознаменував новий етап на шляху вдосконалення регулювання відносин з відшкодування шкоди, завданої владною діяльністю. Зберігаючи ідею поділу зобов'язань з відшкодування шкоди залежно від того, чи була вона завдана у сфері владно-розпорядчих відносин, чи у сфері судово-прокурорської і досудово-слідчої діяльності, новий ЦК інакше, ніж його попередники (Цивільні кодекси УРСР від 16 грудня 1922 р. і від 18 липня 1963 р.), вирішує питання щодо регулювання відносин, що виникають внаслідок завдання шкоди діяльністю, пов'язаною із здійсненням владних функцій. Насамперед значно ширшим стало коло суб'єктів зобов'язання. До фізичних осіб, які мають право отримувати відшкодування шкоди, завданої актами влади, приєдналися також особи юридичні. Зобов'язаними цю шкоду відшкодувати стали: держава, Автономна Республіка Крим, органи місцевого самоврядування. Крім того, в цьому плані ЦК торкнувся всіх гілок влади, передбачених у ст. 6 Конституції України. Завдяки цьому здобули втілення у приватно-правову сферу ідеї про те, що: а) конституційні права і свободи гарантуються і не можуть бути скасовані, а при прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів не допускається звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод (ст. 22); б) кожен має право на відшкодування за рахунок держави чи органів місцевого самоврядування матеріальної та моральної шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб при здійсненні ними своїх повноважень (ст. 56).

Існує три рівня суб'єктів права, відповідальних за шкоду, завдану актами влади: а) держава; б) Автономна Республіка Крим; в) органи місцевого самоврядування. Всі вони є суб'єктами публічного права.

Характерною особливістю актів влади є те, що суб'єкти приватного права (фізичні та юридичні особи), яким ці акти адресовані або прав та інтересів яких вони торкаються, зобов'язані підкорятися їм. Вони

⁶⁶⁹ Від лат. actum – дія, документ, вияв якої-небудь діяльності.

вчиняються у сфері державної (законодавчої або виконавчої) влади, при здійсненні якої заподіювач і потерпілий перебувають у відносинах влади і підлеглості. У цьому відношенні винятку не становлять також акти органів місцевого самоврядування. Останні до органів влади не належать. Проте вони можуть здійснювати повноваження органів виконавчої влади відповідно до закону (частини 3, 4 ст. 143 Конституції). В межах повноважень, визначених законом, органи місцевого самоврядування приймають рішення, які є обов'язковими до виконання на відповідній території (ч. 1 ст. 144 Конституції). Владно-розпорядчі акти можуть бути вчинені також посадовими і службовими особами, які здійснюють функції влади, обіймають посади, згідно з якими мають повноваження виконувати організаційно-розпорядчі функції шляхом усних чи письмових розпоряджень, обов'язкових до виконання тими, кому вони адресовані.

Виконувані органами влади та їх посадовими і службовими особами функції мають публічно-правовий характер. Фактично вони діють від імені владних публічно-правових утворень: держави, Автономної Республіки Крим, а посадові і службові особи — від імені органів місцевого самоврядування. Саме з цієї причини останні і стають зобов'язаними відшкодувати шкоду, якщо буде встановлено, що вона була завдана рішеннями зазначених органів, діями чи бездіяльністю їхніх посадових і службових осіб, що є незаконними. Вчинені акти влади, що є законними, як правило, не породжують зобов'язання з відшкодування завданої ними шкоди, якщо винятку із цього правила не передбачає сам закон. Такий виняток існує і стосується він лише актів законодавчої державної влади.

Так, зокрема, відповідно до ст. 1170 ЦК у разі прийняття закону, що припиняє право власності на певне майно, шкода, завдана власникові такого майна, відшкодовується державою у повному обсязі.

Характерними для наведеного недоговірного зобов'язання держави відшкодувати шкоду, завдану внаслідок прийняття закону, яким припиняється право власності на певне майно, є такі ознаки: а) шкода у даному разі завдається законним актом, видання якого є складовою частиною компетенції тільки законодавчого органу державної влади — Верховної Ради України (п. 3 ст. 85 Конституції); б) завдання шкоди полягає у припиненні права власності особи на певне майно (рiч), перехід якого, скажімо, у власність держави не означає переходу від власника права на об'єкт права інтелектуальної власності; в) законність (правомірність) завдання у даному разі майнової шкоди, виводить зобов'язання з її відшкодування за межі деліктного і, з точки зору ч. 4 ст. 1166 ЦК, є винятковим; г) припинення права власності на майно має примусовий характер, можливість застосування якого, як винятку із загального принципу цивільного законодавства України про неприпустимість позбавлення права власності (ч. 4 ст. 41 Конституції, ст. 3 ЦК), пояснюється мотивами суспільної необхідності, на підставі і в порядку, встановлених законом, та за умови попереднього і повного відшкодування. Примусове відчуження об'єктів приватної власності допускається лише в умовах воєнного чи надзвичайного стану (ч. 7 ст. 41 Конституції).

Правовий режим воєнного і надзвичайного стану, зон надзвичайної екологічної ситуації визначається виключно законами України (п. 19 ст. 92 Конституції), на підставі яких майно може бути примусово відчужене у власника у порядку реквізиції (ст. 353 ЦК) або можуть бути мобілізовані і використані ресурси підприємств, установ і організацій незалежно від форми власності, для відвернення небезпеки та ліквідації надзвичайних ситуацій з обов'язковою компенсацією понесених втрат (п. 6 ст. 17 Закону «Про правовий режим надзвичайного стану» від 16 березня 2000 р.)⁶⁷⁰.

Дещо інакше регулюються відносини, пов'язані з відшкодуванням шкоди, завданої внаслідок діяльності органів виконавчої влади, яку називають діяльністю у сфері адміністративного управління². Йдеться, зокрема, про такі три можливих різновиди ситуацій, за наявності яких шкода, завдана внаслідок діяльності органів

⁶⁷⁰ Відом. Верхов. Ради України. – 2000. – № 23. – Ст. 176.

²Див., напр.: Харитонов, Е. О. Гражданское право Украины [Текст] / Е. О. Харитонов, Н. А. Саниахметова. – Харьков, 2004. – С. 878.

виконавчої влади, підлягає відшкодуванню: а) у разі завдання шкоди незаконними рішеннями, дією чи бездіяльністю органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування

(ст. 1173 ЦК); б) у разі завдання цими органами шкоди в результаті прийняття ними нормативно-правового акта, що був визнаний незаконним і скасований (ст. 1175 ЦК); в) у разі завдання шкоди незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю посадової або службової особи зазначених вище органів виконавчої влади (ст. 1174 ЦК).

Загальною особливістю зобов'язань з відшкодування шкоди, завданої у кожній із наведених ситуацій, є те, що для здійснення цього відшкодування доказу потребує найперше не сам факт завдання шкоди, а **незаконність** дій чи бездіяльності органів влади чи їх посадових або службових осіб, і тягар цього доказу покладається на заінтересовану у відшкодуванні шкоди фізичну або юридичну особу, тобто потерпілого. Незаконними визнаються дії чи бездіяльність органів влади та їхніх посадових або службових осіб не тільки ті, що суперечать тому чи іншому закону в буквальному його розумінні, а й ті, що суперечать іншим правовим актам. Наприклад, Кабінет Міністрів України у своїй діяльності керується не лише Конституцією і законами України, а й актами Президента України (ч. 3 ст. 113 Конституції), а нормативно-правові акти Верховної Ради Автономної Республіки Крим та рішення уряду автономії приймаються відповідно до Конституції і законів України, актів Президента України і Кабінету Міністрів України та на їх виконання (ч. 2 ст. 135 Конституції). Інакше кажучи, поняття «незаконність акта виконавчої влади» у даному разі підлягає розширеному тлумаченню і за своєю суттю означає протиправність цього акта. З наведених конституційних положень можна зробити висновок, що у даному разі презюмується правомірність діяльності органів влади та їхніх посадових або службових осіб при виконанні покладених на них функцій, за чого і потребує доказу саме **незаконність**, тобто **неправомірність** цієї діяльності.

Сенс такого підходу до оцінки юридичного характеру вчинюваних владними органами актів вбачається у тому, що останні здобувають ознаки неправомірних не тому, що вони зачіпають чийсь майнову сферу, а через те, що самі по собі вони суперечать актам законодавства вищого рівня або виходять за межі повноважень відповідного органу влади, їх посадової або службової особи. Слід також зазначити, що повноваження останніх мають і зобов'язуючий характер, а тому протиправною може бути і бездіяльність органів влади чи їх посадових або службових осіб, наприклад, відмова у державній реєстрації юридичної особи (ст. 89 ЦК).

Виходячи з презумпції правомірності діяльності органів влади у сфері нормотворчої діяльності, прийняті ними нормативно-правові акти можуть бути визнані недійсними судом (п. 10 ст. 16 ЦК). Наприклад, у судовому порядку визнається незаконним та скасовується правовий акт органу виконавчої влади, який не відповідає законів і порушує права власника (ст. 393 ЦК). З мотивів невідповідності нормативно-правових актів Верховної Ради Автономної Республіки Крим Конституції України Президент України може зупинити дію цих нормативно-правових актів з одночасним зверненням до Конституційного Суду України щодо їх конституційності (ч. 2 ст. 137 Конституції).

Що стосується причинного зв'язку між незаконними рішеннями, прийнятими, але визнаними незаконними, і скасованими нормативно-правовими актами, незаконними діями та бездіяльністю органів виконавчої влади і їх посадових або службових осіб та завданою ними шкодою, то цей зв'язок має бути прямим і безпосереднім та вказувати, яким саме суб'єктом відшкодуватиметься завдана шкода. Зобов'язаною її відшкодувати буде держава, якщо було завдано шкоди незаконними рішеннями, визнаними незаконними, і скасованими нормативно-правовими актами, діями чи бездіяльністю, наприклад, Кабінету Міністрів України чи інших центральних органів виконавчої влади та їх посадових або службових осіб. За

шкоду, завдану аналогічними актами на рівні Автономної Республіки Крим, відповідальною буде автономія, а на рівні місцевого самоврядування — органи місцевого самоврядування. Відшкодування здійснюється незалежно від вини як самих органів влади, так і їх посадових або службових осіб.

§ 6. Відшкодування шкоди, завданої актами правоохоронних органів та органів судової влади

Здійснення державної влади не вичерпується сферами законодавчої та виконавчої її діяльності. Серед найважливіших напрямів діяльності публічної влади є також практичне забезпечення і реалізація конституційних прав і свобод людини, запобігання будь-якому вияву незаконних на неї посягань чи обмежень у правах, особливо з боку самої публічної влади, а ще більше з боку таких її підрозділів, які за своєю природою і соціальним призначенням здійснюють правоохоронну діяльність та правосуддя: а) органів дізнання (міліція, органи безпеки; митні органи; органи державного пожежного нагляду; органи охорони державного кордону; командири військових частин, з'єднань, начальники військових установ та інші органи і посадові особи, що наділені правом провадити слідчі дії); б) органів досудового слідства у кримінальних справах (слідчі прокуратури; слідчі органів безпеки; слідчі податкової міліції; слідчі органів внутрішніх справ); в) органів прокуратури (Генеральна прокуратура України; прокуратура Автономної Республіки Крим; прокуратури областей, міст Києва та Севастополя, міські, районні, міжрайонні, військові); г) органів суду (Конституційний Суд України; Верховний Суд України; вищі спеціалізовані суди; Апеляційний суд України; апеляційні суди; місцеві суди).

У діяльності зазначених органів публічної влади будь-які помилки неприпустимі. Як правило, вони спричиняють порушення конституційних прав кожної людини на свободу і особисту недоторканність, принижують її честь, гідність і ділову репутацію, внаслідок чого тягнуть за собою не тільки майнові втрати, а й моральні страждання фізичної особи, що й створює підставу для виникнення особливого правовідношення — зобов'язання з відшкодування шкоди, завданої рішеннями, діями чи бездіяльністю правоохоронних органів або суду, що мають **незаконний** характер.

Відповідно до ч. 1 ст. 1176 ЦК відшкодуванню підлягає шкода, завдана фізичній особі незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органу дізнання, попереднього (досудового) слідства, прокуратури або суду, якщо мала місце хоч би одна із наступних обставин: а) незаконне засудження; б) незаконне притягнення до кримінальної відповідальності; в) незаконне застосування як запобіжного заходу тримання під вартою; г) незаконне застосування як запобіжного заходу підписки про невиїзд; д) незаконне затримання; е) незаконне накладення адміністративного стягнення у вигляді арешту чи виправних робіт; є) передбачене ч. 5 ст. 1176 ЦК незаконне рішення в цивільній справі у разі встановлення в діях судді (суддів), які вплинули на постановлення незаконного рішення, складу злочину за обвинувальним вирокком суду, що набрав законної сили. В інших випадках шкода, завдана незаконними рішеннями, дією чи бездіяльністю тих само правоохоронних органів або суду, відшкодовується на загальних підставах.

З наведених обставин вбачається, що у переважній більшості випадків ідеться про відшкодування шкоди, завданої тільки фізичній, а не юридичній особі. Юридичній особі може бути відшкодована шкода, якщо вона була завдана внаслідок постановлення судом незаконного рішення в цивільній справі, однак за умови, що суддя (судді) вплинули на постановлення такого рішення, за що були звинувачені як за вчинений склад злочину за обвинувальним вирокком суду, що набрав законної сили.

Обов'язок з відшкодування шкоди, завданої за наведених вище обставин, покладається на державу. Це не випадково. По-перше, органи дізнання, досудового слідства, прокуратури та суду є підрозділами публічної влади загальнодержавного значення. По-друге, зазначені державні органи зазвичай діють від імені держави. Тому остання у даному разі відповідає як за власні акти і до посадової або службової особи, з безпосередньої вини якої шкода була завдана, права зворотної вимоги, як правило, не набуває. Держава, відшкодувавши шкоду, завдану посадовою, службовою особою органу дізнання, досудового слідства, прокуратури або суду, має право зворотної вимоги до цієї особи тільки у разі встановлення в її діях складу злочину за обвинувальним вирокіом суду щодо неї, який набрав законної сили (ч. 3 ст. 1191 ЦК).

Незаконність дій правоохоронних та судових органів, якими була завдана шкода, не презюмується, а має бути підтверджена: а) постановленням судом виправдувального вироку; б) скасуванням незаконного вироку суду; в) закриттям кримінальної справи органом попереднього (досудового) слідства, а також у разі закриття провадження у справі про адміністративне правопорушення. Якщо ж кримінальну справу закрито на підставі закону про амністію чи акта помилування, або фізична особа у процесі дізнання, досудового слідства або судового розгляду шляхом самообмови перешкоджала з'ясуванню істини і цим сприяла застосуванню до неї передбачених ч. 1 ст. 1177 ЦК незаконних заходів впливу, то право на відшкодування шкоди не виникає.

Обов'язок держави відшкодувати завдану у зазначених ситуаціях шкоду виникає незалежно від вини посадових або службових осіб правоохоронних органів чи суддів.

Виходячи з того, що ЦК особливо наголошує на необхідності відшкодування такої шкоди **у повному обсязі**, слід визначити, що саме підлягає відшкодуванню і який порядок його здійснення. Детальну відповідь на це питання надає Закон «Про відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів дізнання, попереднього слідства, прокуратури і суду»⁶⁷¹.

Відповідно до ст. 3 цього Закону відшкодуванню підлягають:

- а) заробіток та інші грошові доходи, які фізична особа втратила внаслідок незаконних дій; б) майно (у тому числі гроші, грошові вклади і відсотки від них, цінні папери та відсотки від них, частка у статутному фонді господарського товариства, учасником якого був громадянин, та прибуток, який він не отримав відповідно до цієї частки, інші цінності); майно, конфісковане або звернене в доход держави судом, вилучене органами дізнання чи досудового слідства, органами, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, а також майно, на яке накладено арешт; в) штрафи, стягнуті на виконання вироку суду, судові витрати та інші витрати, сплачені громадянином; г) суми, сплачені громадянином у зв'язку з наданням йому юридичної допомоги;
- д) моральна шкода.

§ 7. Відшкодування шкоди, завданої фізичними особами з частковою або неповною цивільною дієздатністю, недієздатними, з вадами психічного чи фізичного стану та особами з обмеженою цивільною дієздатністю

Враховуючи стан психічного розвитку, міру набутого життєвого досвіду, здатність фізичної особи до адекватної оцінки значення своїх дій та керування ними, законодавство підходить диференційовано до регулювання зобов'язань з відшкодування шкоди залежно від віку, розумового розвитку, психічного чи фізичного стану фізичної особи, якою була завдана шкода. Тому існує низка винятків із загального правила

⁶⁷¹ Відом. Верхов. ради України. – 1995. – № 1. – Ст. 1.

про те, що обов'язок з відшкодування шкоди може бути покладений тільки на особу, цивільна дієздатність якої є повною за досягнутим вісімнадцятирічним віком.

Ідеться про такі різновиди зобов'язань з відшкодування шкоди, завданої фізичними особами: а) малолітніми; б) неповнолітніми; в) визнаними судом недієздатними; г) особою, яка в момент завдання шкоди не усвідомлювала значення своїх дій та (або) не могла керувати ними.

Малолітні фізичні особи (що не досягли чотирнадцяти років), хоч і мають право вчиняти деякі передбачені законом правочини, але в той же час ніякою деліктоздатністю не володіють і за завдану шкоду вони не відповідають (ст. 31 ЦК). За шкоду, завдану малолітніми, обов'язок з її відшкодування покладається на їх законних представників (батьків, усиновлювачів, опікуна), а також на вказаних у законі інших фізичних або юридичних осіб.

За смыслом норм ст. 1178 ЦК законні представники малолітньої фізичної особи зобов'язані відшкодувати завдану нею шкоду, якщо вона стала наслідком несумлінного здійснення або ухилення ними від здійснення виховання та нагляду за малолітньою особою. Наприклад, обов'язок щодо виховання дитини (ст. 150 СК) покладається у рівній мірі на кожного з батьків (ст. 141 СК) незалежно від того, перебувають вони в шлюбі чи ні, проживають разом з дитиною чи окремо від неї. Батьки зобов'язані відшкодувати шкоду, завдану дитиною, навіть тоді, коли щодо неї вони були позбавлені батьківських прав, щоправда тільки протягом перших трьох років після позбавлення цих прав, якщо не буде доведено, що завдана дитиною шкода не є наслідком невиконання ними своїх батьківських обов'язків (ст. 1183 ЦК).

Таким чином, обов'язок з відшкодування завданої малолітньою особою (як частково дієздатною) шкоди покладається на законних представників дитини за таких умов: а) за наявності причинного зв'язку між діями дітей, якими була завдана шкода, і протиправною бездіяльністю (неналежним виконанням чи невиконанням батьківських обов'язків щодо виховання дітей та нагляду за ними) законних представників; б) вини законних представників дітей у протиправній їхній бездіяльності; в) у разі позбавлення батьківських прав протягом перших трьох років після цього, коли батьки зберігають обов'язок з відшкодування завданої їхніми малолітніми дітьми шкоди.

Особливу категорію суб'єктів права, на яких може бути покладений обов'язок з відшкодування завданої малолітніми дітьми шкоди, складають окремі установи. Закон називає дві їхніх категорії. Це навчальні заклади та заклади охорони здоров'я, хоч припускаються й інші заклади (наприклад, заклади соціального забезпечення, заклади пенітенціарної системи тощо). Всі вони виконують щодо малолітньої особи функції опікуна або піклувальника.

Так, зокрема, якщо малолітня особа завдала шкоди під час перебування під **наглядом** навчального закладу, закладу охорони здоров'я чи іншого закладу, що зобов'язаний здійснювати нагляд за нею, а також під наглядом особи, яка здійснює нагляд за малолітньою особою на підставі договору, — ці заклади та особа зобов'язані відшкодувати шкоду, якщо вони не доведуть, що шкоди було завдано не з їхньої вини. Аналогічно вирішується питання щодо відшкодування шкоди, завданої малолітньою особою, яка перебувала в закладі, який за законом здійснює щодо неї функції опікуна. У зв'язку з цим слід зазначити таке. Якщо законні представники малолітньої особи зобов'язуються за законом відшкодувати завдану цією особою шкоду як за неналежне її виховання, так і за неналежний догляд за нею, то в деяких випадках закон не виключає покладення такого обов'язку на суб'єкта права тільки за неналежний догляд за малолітньою особою. Звідси стає зрозумілим і логічним законодавче вирішення питання щодо відшкодування шкоди, завданої малолітньою особою як з вини батьків (усиновлювачів) або опікуна, так і з вини особи або відповідного закладу, що

зобов'язані здійснювати тільки нагляд за малолітньою особою, шляхом розподілу часток відшкодування за домовленістю між ними або за рішенням суду.

Оскільки обов'язок з відшкодування шкоди, завданої малолітніми, має самостійний характер (він настає за наявності протиправності та вини зазначених вище відповідальних осіб, а також причинного зв'язку між їхніми діями (бездіяльністю) та діями дитини, що завдала шкоди), то цей обов'язок не припиняється у разі досягнення малолітньою особою повноліття, а також у разі набуття нею чи надання їй повної дієздатності або набуття цією особою коштів, достатніх для здійснення відшкодування завданої нею шкоди. Однак слід зазначити, що закон в інтересах потерпілого, **життю або здоров'ю** якого була завдана шкода, встановив досить істотний виняток із загального правила. Мається на увазі ситуація, коли особи (батьки (усиновлювачі), опікун або особа, на яку покладено обов'язок здійснювати нагляд за малолітньою особою), на яких був покладений обов'язок з відшкодування завданої малолітнім шкоди, стали неплатоспроможними або померли. У таких випадках суду надано право покласти частково або у повному обсязі обов'язок на повнолітню особу відшкодувати шкоду, завдану нею у віці до чотирнадцяти років. Це можливо за наявності двох наступних обставин: а) малолітня особа стала повністю дієздатною; б) вона має достатні для такого відшкодування кошти.

Другим різновидом зобов'язань з відшкодування шкоди є зобов'язання, що виникає внаслідок завдання шкоди особою, **цивільна дієздатність якої неповна** (ст. 32 ЦК). Це особи у віці від чотирнадцяти до вісімнадцяти років. Вони деякою мірою обмежені в можливості вчинювати правочини, однак повністю деліктоздатні і вони несуть самостійну відповідальність за шкоду, завдану ними іншій особі (статті 33, 1179 ЦК): можуть виступати в суді як відповідачі у справі, їхні дії оцінюються з точки зору протиправності і вини, на них покладається обов'язок з відшкодування шкоди.

У той же час у контексті із положеннями ст. 1179 ЦК проглядаються деякі обставини, які законодавцем враховуються як істотні, і за причини яких існує об'єктивна потреба у спеціальному регулюванні відносин з відшкодування шкоди, завданої такими особами. Таких обставин можна назвати щонайменше три: а) у віці від чотирнадцяти до вісімнадцяти років фізична особа, як правило, продовжує навчання, так би мовити, тільки готується до активної життєдіяльності, у тому числі трудової; б) неповнолітні особи найчастіше не мають самостійних джерел доходів чи іншого майна у власності, достатнього для відшкодування шкоди; в) істотним вбачається й те, що неповнолітні особи, хоч і здатні оцінювати свою поведінку і визначати межі її зовнішнього вияву, все ж таки потребують і виховання, і відповідних наставлень, а також догляду з боку батьків (усиновлювачів), піклувальників. Цілком імовірно, що саме за цих обставин законом встановлюється, що у разі відсутності у неповнолітньої особи майна, достатнього для відшкодування завданої нею шкоди, ця шкода відшкодовується у частці, якої не вистачає, або у повному обсязі її батьками (усиновлювачами) або піклувальником, якщо вони не доведуть, що шкоди було завдано не з їхньої вини. Обов'язок названих осіб, у тому числі піклувальника, з відшкодування завданої неповнолітньою особою шкоди, додатковий (субсидіарний). Однак їхня поведінка, як і поведінка неповнолітнього завдавача шкоди, також оцінюється з точки зору її протиправності і причинного зв'язку між їхніми діями (бездіяльністю) і поведінкою неповнолітнього, а також з точки зору їхньої вини.

Обов'язок батьків (усиновлювачів), піклувальника, закладу, який за законом здійснює щодо неповнолітньої особи функції піклувальника, відшкодувати шкоду припиняється після досягнення особою, яка завдала шкоди, повноліття або коли вона ще до досягнення повноліття стане власником майна, достатнього для відшкодування шкоди.

Таким чином, для відносин з відшкодування шкоди, завданої неповнолітньою особою, є загальним правилом, що у разі набуття цією особою повноліття, тобто повної дієздатності, завдана нею раніше шкода

відшкодовується самостійно і на загальних підставах (ст. 1180 ЦК). Водночас це правило у повному обсязі не поширюється на ситуацію, коли неповнолітня особа **за згодою батьків (усиновлювачів), піклувальника** набула до досягнення нею вісімнадцятирічного віку повної дієздатності. У даному разі батьки (усиновлювачі), піклувальник відшкодовуватимуть шкоду, завдану неповнолітньою особою, у частці, якої не вистачає, або у повному обсязі, якщо у неповнолітньої особи, яка набула повної дієздатності, відсутнє майно, достатнє для відшкодування завданої нею шкоди.

Характеризуючи зобов'язання з відшкодування шкоди, завданої малолітніми або неповнолітніми (тобто з частковою або неповною цивільною дієздатністю) фізичними особами, окремої уваги заслуговують ситуації, коли шкода була завдана **спільними діями** кількох малолітніх або спільними діями кількох неповнолітніх осіб.

Відповідно до ст. 1181 ЦК шкода, завдана спільними діями кількох малолітніх осіб, відшкодовується їхніми батьками (усиновлювачами), опікунами в частці, яка визначається за домовленістю між відповідальними за шкоду особами або за рішенням суду. За рішенням суду визначається частка відшкодування, забезпечуваного закладом, який за законом здійснював функції опікуна щодо однієї із малолітніх осіб, що спільно з іншою малолітньою особою завдала шкоди.

Аналогічно вирішується питання і щодо відшкодування шкоди, завданої спільними діями кількох неповнолітніх осіб, з тією лише різницею, що вони самі визначають частку відшкодування або, як і у попередньому випадку, за рішенням суду (ст. 1182 ЦК).

Окремим різновидом зобов'язань з відшкодування шкоди є зобов'язання, що виникають у разі її завдання особами, які за рішенням суду визнані недієздатними внаслідок хронічного, стійкого психічного розладу, за чого особа не здатна усвідомлювати значення своїх дій та (або) керувати ними (ч. 1 ст. 39 ЦК). Такі особи не мають права вчинювати правочини і на них не може бути покладений обов'язок з відшкодування завданої ними шкоди (статті 41, 1184 ЦК). Такий обов'язок покладається на опікуна або на заклад, який зобов'язаний здійснювати нагляд за недієздатною особою (зазвичай це лікарні, які надають психіатричну допомогу, спеціалізовані інтернати тощо).

Покладаючи на опікуна чи на відповідний заклад обов'язок відшкодувати шкоду, завдану особою, яку визнано недієздатною, закон виходить із того, що цей обов'язок відповідальної за шкоду особи виникає як наслідок її протиправної і водночас винної поведінки. Це є загальним правилом. Однак якщо опікун недієздатної особи, яка завдала шкоди, помер або у нього відсутнє майно, достатнє для відшкодування шкоди, а сама недієздатна особа має таке майно, суд може постановити рішення про відшкодування шкоди, завданої **каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю потерпілого**, частково або у повному обсязі за рахунок майна цієї недієздатної особи.

Окремий різновид зобов'язань з відшкодування шкоди складають зобов'язання, у яких боржник (фізична особа) в момент завдання шкоди перебував у такому стані, що був не здатний усвідомлювати значення своїх дій та (або) не міг керувати ними. Маються на увазі фізичні особи дієздатні. Ні до однієї із категорій осіб, про яких згадувалося вище, вони не належать.

Залежно від причин, що позбавили фізичну особу здатності усвідомлювати значення своїх дій або керувати ними, диференціюються і правові наслідки завдання такою особою шкоди (ст. 1186 ЦК).

Загальне правило, яке діє у даному разі, полягає в тому, що фізична особа, яка в момент завдання шкоди не усвідомлювала своїх дій, звільняється від обов'язку з відшкодування шкоди і остання залишається невідшкодованою. Однак якщо фізична особа, яка завдала шкоди, сама довела себе до стану, в якому вона не усвідомлювала значення своїх дій та (або) не могла керувати ними внаслідок вживання нею спиртних напоїв, наркотичних засобів, токсичних речовин тощо, шкода, завдана нею, відшкодовується на загальних підставах.

Як виняток із цього правила щодо таких ситуацій закон, рахуючись з інтересами потерпілого, припускає можливість відшкодування шкоди, завданої за зазначених вище обставин. Так, зокрема, якщо шкоди було завдано особою, яка не усвідомлювала значення своїх дій та (або) не могла керувати ними у зв'язку з психічним розладом або недоумством, суд може постановити рішення про відшкодування шкоди її чоловіком (дружиною), батьками, повнолітніми дітьми за умови, що останні проживали разом із цією особою, що вони знали про її психічний розлад або недоумство, але не вжили заходів щодо запобігання шкоді.

У реальному житті непоодинокими є випадки, коли за тих чи інших причин питання не ставиться про визнання недієздатною особи, яка страждає психічними захворюваннями або недоумством. Тому вбачається цілком виправданим покладення обов'язку з відшкодування завданої такими особами шкоди на їх близьких родичів, які разом з ними проживають і знали про стан здоров'я психічно хворої людини. Однак було б не зайвим внесення в закон деяких уточнень із зазначеного приводу. Зокрема, доцільною була б вказівка на те, що при постановленні рішення про відшкодування шкоди особами, які проживали разом з психічно хворою людиною, суд враховує стан здоров'я цих осіб, їх майнове становище тощо. За аналогією з нормою ч. 2 ст. 1184 ЦК було б також доцільним відшкодування шкоди, завданої особою з психічними вадами, за рахунок майна цієї особи, чим значно підвищувалися б гарантії захисту прав потерпілого.

Судовій практиці відомі випадки, коли фізична особа за рішенням суду обмежується у цивільній дієздатності внаслідок того, що вона страждає на психічний розлад, який істотно впливає на її здатність усвідомлювати значення своїх дій та (або) керувати ними (ч. 1 ст. 36 ЦК). Інакше кажучи, йдеться про те саме, про що вище вже зазначалося, з тією тільки різницею, що у разі завдання шкоди особою, яка страждає вадами свого психічного стану, але цивільна дієздатність якої не була обмеженою, ця шкода не відшкодовується. Навпаки, якщо за тих самих причин така особа в цивільній дієздатності була обмежена, то від обов'язку відшкодувати завдану нею шкоду (ч. 5 ст. 37, ст. 1185 ЦК) ця особа не звільняється. Таких суперечностей у законодавстві не повинно бути, а тому норма ч. 1 ст. 36 ЦК за контекстом ст. 1185 ЦК вбачається зайвою. Таких питань не виникає щодо положень ч. 2 ст. 36 ЦК, відповідно до якої не звільняється від **обов'язків** особа, яка за рішенням суду в цивільній дієздатності була обмежена у зв'язку з тим, що вона зловживає спиртними напоями, наркотичними засобами, токсичними речовинами тощо і тим ставить себе чи свою сім'ю, а також інших осіб, яких вона за законом зобов'язана утримувати, у скрутне матеріальне становище. Відшкодування шкоди, завданої такими особами, здійснюється на загальних підставах.

§ 8. Відшкодування шкоди, завданої джерелом підвищеної небезпеки

Поняття «джерело підвищеної небезпеки» вперше знайшло своє законодавче застосування у Цивільному кодексі РРФСР 1922 р. Згодом його сприйняли відповідні статті цивільних кодексів інших союзних республік, у тому числі й ст. 404 Цивільного кодексу УРСР, який набрав чинності 16 грудня 1922 р. Передбачалося зокрема, що особи та підприємства, діяльність яких пов'язана з підвищеною небезпекою для оточуючих, відповідають за шкоду, завдану джерелом підвищеної небезпеки, якщо не доведуть, що шкода виникла внаслідок непереборної сили, умислу чи грубої необережності потерпілого. Малися на увазі залізниці, трамвай, фабрично-заводські підприємства, торговці горючими матеріалами, утримувачі диких тварин, особи, які забудовують будівлі та інші споруди, тощо.

Подібна норма зберігалася і під час другої кодифікації цивільного законодавства, розпочатої прийняттям у 1961 р. Основ цивільного законодавства Союзу РСР і союзних республік, а услід за Основами — Цивільних кодексів колишніх союзних республік, у тому числі Цивільного кодексу УРСР 1963 р. Змістовної суті цього

поняття у зазначених законодавчих актах не визначалось. І в цьому була чи не найголовніша причина тих дискусій, які довгий час тривали у цивілістичній доктрині навколо питання щодо поняття джерела підвищеної небезпеки.

Цивілістика напрацювала кілька теорій із зазначеного приводу:

а) **теорія предмета**, відповідно до якої предмети матеріального світу, перебуваючи у певному кількісному та якісному стані, можуть створювати підвищену небезпеку для оточення⁶⁷²; б) **теорія діяльності**, яка розглядає джерело підвищеної небезпеки як діяльність юридичних чи фізичних осіб, що пов'язана з певними не завжди підконтрольними людині предметами²; в) **теорія подвійності**, за якою джерелом підвищеної небезпеки може бути як діяльність, так і певний об'єкт³; г) **теорія речей**, що перебувають у русі, відповідно до якої тільки речі, що перебувають у експлуатації, можуть створювати підвищену небезпеку для оточення⁴; д) **теорія властивостей**, що вбачала підвищену небезпеку не у самих предметах, а у їхніх властивостях⁵. Одна з наведених теорій (теорія діяльності) здобула перевагу при законодавчому визначенні поняття джерела підвищеної небезпеки.

Так, відповідно до ст. 1187 ЦК **джерелом підвищеної небезпеки є діяльність, пов'язана з використанням, зберіганням або утриманням транспортних засобів, механізмів та обладнання, використанням, зберіганням хімічних, радіоактивних, вибухо- і вогненебезпечних та інших речовин, утриманням диких звірів, службових собак та собак бійцівських порід тощо, що створює підвищену небезпеку для особи, яка цю діяльність здійснює, та інших осіб**. З наведеного поняття джерела підвищеної небезпеки бачимо, що не проігноровані також інші із зазначених вище концепцій. Це природно, оскільки діяльність, про яку йдеться, пов'язана з певним майном, залежно від специфічних ознак цього майна діяльність набуває класифікаційних ознак.

Класифікація (види) джерел підвищеної небезпеки — питання актуальне. Законодавче визначення поняття джерела підвищеної небезпеки обумовлює необхідність внесення деяких уточнень в існуючу раніше класифікацію цих джерел.

За умов, коли у визначенні поняття джерела підвищеної небезпеки домінувала «теорія предмета», вирішення цього питання здійснювалося шляхом визначення певних ознак, за якими відповідні предмети об'єднувалися у певні групи. Йдучи саме таким шляхом, російський вчений О. О. Красавчиков провів найбільш ґрунтовну і повну класифікацію джерел підвищеної небезпеки. Як прибічник «теорії предмета», він розподіляв джерела підвищеної небезпеки на такі різновиди: а) фізичні; б) фізико-хімічні; в) хімічні; г) біологічні.

Фізичні джерела підвищеної небезпеки поділялися на підгрупи: а) механічні (автомобілі, рухомі склади залізниць, річкові та морські судна, виробнично-механічне обладнання промислових підприємств, будови тощо); б) електричні (обладнання та інші агрегати енергосистеми, що перебувають під високою напругою, більшою, ніж 380 В); в) теплові (обладнання гарячих металургійних цехів, парові установки, що перебувають під тиском, тощо). Інакше кажучи, йдеться про джерела підвищеної небезпеки, з боку яких можливий механічний, тепловий, електричний або інший **фізичний** вплив.

До **фізико-хімічних** були віднесені радіоактивні об'єкти, наприклад атомні станції.

⁶⁷² Красавчиков, О. А. Возмещение вреда, причиненного источником повышенной опасности [Текст] / О. А. Красавчиков. – М., 1966. – С. 34.

² Зобов'язальне право: теорія і практика [Текст] / за ред. О. В. Дзери. – К., 1998. – С. 843–848.

³ Шиминова, М. Я. Гражданско-правовые гарантии охраны здоровья и имущества граждан [Текст] / М. Я. Шиминова // Сов. государство и право. – 1982. – № 12. – С. 6.

⁴ Майданик, Л. А., Материальная ответственность за повреждение здоровья [Текст] / Л. А. Майданик, И. Ю. Сергеева – М., 1968. – С. 48.

⁵ Маслов, В. Ф. Обязательства из причинения вреда [Текст] / В. Ф. Маслов. – Харьков, 1961. – С. 24.

Хімічні джерела підвищеної небезпеки склалися з таких підгруп: а) отруйних (пари йоду, аміак, сірководень тощо); б) вибухонебезпечні (тротил, бензин, природний газ тощо); вогнебезпечні (бензин, бензол, газ, денатурат, ефір тощо).

До **біологічних** джерел підвищеної небезпеки віднесені такі їх підгрупи: а) зоологічні (дикі тварини, які перебувають у володінні людини); б) мікробіологічні (штамми шкідливих мікроорганізмів, деякі види бактерій тощо)⁶⁷³.

Проведена О. О. Красавчиковим класифікація джерел підвищеної небезпеки не втратила свого значення і тепер. Діяльність, яка відповідно до ч. 1 ст. 1187 ЦК визнається джерелом підвищеної небезпеки, небезпредметна (небезоб'єктна). Самі ж об'єкти досить різноманітні. Деякі з них належать до категорії фізичних (транспортні засоби, механізми тощо), інші — до хімічних (наприклад радіоактивні, вибухо- і вогнебезпечні речовини), а деякі — до зоологічних (дикі звірі, службові собаки тощо). Залежно від цього і діяльність, пов'язуючись із ними, стає досить диференційованою. За своїми напрямками вона диференціюється на: а) використання; б) зберігання; в) утримання відповідних об'єктів. Залежно від характеру останніх зазначені напрями діяльності можуть бути як у сукупності, так і окремо один від одного. Візьmemo для прикладу діяльність, пов'язану з використанням транспортного засобу. У даному разі, окрім використання автомобіля, діяльність може бути пов'язана також із його зберіганням та утриманням. Що стосується об'єктів, віднесених до категорії хімічних, то пов'язана з ними діяльність полягає у їх використанні та зберіганні. І це зрозуміло, адже ніякому утриманню не піддається, наприклад, вибухонебезпечність порошу чи радіаційне випромінювання радіоактивних речовин. Їх використання та зберігання вимагає дотримання **спеціальних правил і вимог** щодо відповідних запобіжних заходів.

Щодо таких об'єктів, як дикі звірі, службові собаки та собаки бійцівських порід, слід зазначити, що підвищену небезпеку створює діяльність, пов'язана тільки з їх утриманням. Ідеться про діяльність, пов'язану з доглядом за тваринами даної категорії, створенням для них відповідних умов існування, запобіганням їх бездоглядності. Наприклад, юридична особа «Зоологічний парк», утримуючи диких звірів, забезпечує їх відповідним раціоном, запобігає їх мимовільному виходу за межі вольєрів тощо.

Таким чином, серед різновидів джерел підвищеної небезпеки вбачаються такі:

а) **діяльність**, пов'язана з **використанням, зберіганням або утриманням об'єктів фізичних** (транспортних засобів, механізмів, обладнання тощо);

б) **діяльність**, пов'язана з **використанням, зберіганням об'єктів фізично-хімічних** (радіоактивних, хімічних, вибухо- та вогнебезпечних і інших речовин);

в) **діяльність**, пов'язана з **утриманням об'єктів зоологічної** групи (диких звірів, службових собак та собак бійцівських порід тощо).

Особами, зобов'язаними відшкодувати шкоду, завдану джерелом підвищеної небезпеки, визнаються ті, які здійснюють діяльність, що створює підвищену небезпеку.

Відповідно до ч. 2 ст. 1187 ЦК шкода, завдана джерелом підвищеної небезпеки, відшкодовується особою, яка на відповідній правовій підставі (право власності, інше речове право, договір підряду, оренди тощо) володіє транспортним засобом, механізмом, іншим об'єктом, використання, зберігання або утримання якого створює підвищену небезпеку.

⁶⁷³ Красавчиков, О. А. Возмещение вреда, причиненного источником повышенной опасности [Текст] / О. А. Красавчиков. – М., 1966. – С. 34–66.

Для визнання особи відповідальною за шкоду необхідна наявність двох основних ознак, одна з яких у цивілістичній літературі відома під назвою **юридичної**, а друга — **матеріальної**⁶⁷⁴. Суть першої полягає в наявності цивільно-правових повноважень особи пов'язувати свою діяльність з використанням, зберіганням або утриманням транспортного засобу, механізму та обладнання; використанням, зберіганням хімічних, радіоактивних, вибухо- і вогнєнебезпечних та інших речовин; утриманням диких звірів, службових собак та собак бійцівських порід тощо. Повноваження здійснювати діяльність, що є джерелом підвищеної небезпеки, ґрунтуються на підставах, що мають цивільно-правове значення (право власності, інше речове право, договір підряду, оренди, довіреність, ліцензія тощо). Трудовий договір до таких підстав не належить. Тому не може бути визнана зобов'язаною відшкодувати шкоду особа, яка працює за трудовим договором (водій, машиніст, оператор, керівник підрозділу юридичної особи, кінолог, зоотехнік зоологічного парку тощо). Виконувана ними робота юридично означає діяльність їхнього роботодавця.

Слід зазначити, що цивільно-правові повноваження особи здійснювати діяльність, яка є джерелом підвищеної небезпеки, ґрунтуються на підставах, належно оформлених. Наприклад, довіреність — це завжди письмовий документ (ч. 3 ст. 244 ЦК). У письмовій формі укладається договір найму транспортного засобу, а коли цей договір укладається за участю фізичної особи, то підлягає нотаріальному посвідченню (ст. 799 ЦК). Тому не може бути визнана особа зобов'язаною відшкодувати шкоду в разі здійснення нею діяльності, що є джерелом підвищеної небезпеки, без належного юридичного оформлення права на здійснення такої діяльності. Щоправда, інколи мають місце ситуації, коли, наприклад, власник автомобіля дозволяє іншій особі використовувати, зберігати або утримувати транспортний засіб, але без відповідного юридичного оформлення. На думку більшості вчених, у таких випадках обов'язок з відшкодування шкоди покладається як на власника транспортного засобу, так і на його фактичного володільця у солідарному порядку.

При визначенні особи, зобов'язаної відшкодувати шкоду, необхідно з'ясувати, у кого саме перебуває відповідний об'єкт. Інакше кажучи, врахуванню в даному разі підлягає не тільки юридичний критерій, а й критерій **матеріальний**. Суть останнього полягає у тому, що перш ніж здійснювати використання, зберігання або утримання транспортного засобу, механізму, обладнання, іншого об'єкта на відповідних правових підставах, особа повинна **володіти** цим об'єктом.

При визначенні особи, зобов'язаної відшкодувати шкоду, завдану джерелом підвищеної небезпеки, врахуванню підлягають і матеріальний, і юридичний критерії в сукупності.

Особа, яка неправомірно заволоділа транспортним засобом, механізмом, іншим об'єктом і завдала шкоди діяльністю щодо його використання, зберігання або утримання, зобов'язана відшкодувати її на загальних підставах (ч. 3 ст. 1187 ЦК). Це може мати місце, наприклад, при здійсненні крадіжки зазначених об'єктів або при заволодінні ними шляхом грабежу (статті 185, 186 КК) та в інших випадках вчинення правопорушення.

Якщо неправомірному заволодінню іншою особою транспортним засобом, механізмом, іншим об'єктом сприяла недбалість власника (володільця) цього об'єкта, шкода, завдана діяльністю щодо його використання, зберігання або утримання, відшкодовується ними спільно у частці, яка визначається за рішенням суду з урахуванням обставин, що мають істотне значення (ч. 4 ст. 1187 ЦК).

У передбачених актами законодавства випадках, а саме коли особа, яка здійснює діяльність, що є джерелом підвищеної небезпеки, свою цивільну відповідальність застрахувала на випадок завдання комусь шкоди цією діяльністю, завдана потерпілому шкода відшкодовуватиметься страховиком. У даному разі особа, яка здійснює діяльність, що є джерелом підвищеної небезпеки, може бути зобов'язаною відшкодувати шкоду, але на засадах

⁶⁷⁴ Советское гражданское право [Текст] : учебник в 2 т. / под ред. О. А. Красавчикова. – М., 1985. – С. 388.

субсидіарних і тільки тоді, якщо страхової виплати (страхового відшкодування), виплачуваної страховиком, буде недостатньо для повного відшкодування завданої шкоди (ст. 1194 ЦК).

Окремої уваги заслуговують ситуації, коли шкода була завдана внаслідок **взаємодії** кількох джерел підвищеної небезпеки. Відповідно до ст. 1188 ЦК передбачається кілька можливих ситуацій такого характеру. Одні із них полягають у тому, що: а) шкода, завдана одній особі з вини іншої особи, відшкодовується винною особою; б) за наявності вини лише особи, якій завдано шкоди, вона їй не відшкодовується; в) за наявності вини всіх осіб, діяльністю яких було завдано шкоди, розмір відшкодування визначається у відповідній частці залежно від обставин, що мають істотне значення. Інакше кажучи, йдеться про те, що у зазначених випадках завдана шкода відшкодовується на загальних підставах. І тільки у випадках, коли внаслідок взаємодії джерел підвищеної небезпеки було завдано шкоди іншим особам, особи, які спільно завдали шкоди, зобов'язані її відшкодувати незалежно від їхньої вини.

У зв'язку з цим постає закономірне питання стосовно суб'єктивної умови обов'язку з відшкодування шкоди у разі її завдання потерпілому за відсутності вини особи, зобов'язаної цю шкоду відшкодувати. В цивілістичній доктрині єдиного погляду на його вирішення не існує. Однак більшість учених-цивілістів дотримується думки, що покладення на особу, яка здійснює діяльність, що є джерелом підвищеної небезпеки, обов'язку відшкодувати шкоду, коли вина цієї особи відсутня, ґрунтується на суб'єктивній умові, яка має назву **«ризик»**. Суть останнього полягає у тому, що особа, на яку покладається обов'язок з відшкодування шкоди, обирає діяльність, здійснення якої створює підвищену небезпеку завдання шкоди, свідомо, не виключаючи несприятливого результату цієї діяльності і пов'язаного з нею імовірного завдання шкоди⁶⁷⁵. Діяльність, здійснення якої створює підвищену ймовірність завдання шкоди, може *супроводжуватися різними* обставинами, у тому числі тими, що можуть виникнути раптово і стовідсоткової впевненості особи в протилежному не існує.

Щоправда, деякі з таких обставин законодавець враховує, припускаючи можливість, у разі їх виявлення, **зменшення розміру** відшкодування або звільнення особи від обов'язку відшкодувати потерпілому шкоду. З урахуванням цього законодавцем встановлено кілька підстав, за наявності яких розмір відшкодування шкоди, завданої джерелом підвищеної небезпеки, може бути зменшений. Серед них — **груба необережність потерпілого, майнове становище** відповідальної за шкоду **фізичної особи**.

Наявність у поведінці потерпілого **грубої необережності** не надає підстав для **відмови** у відшкодуванні завданої йому шкоди навіть тоді, коли така необережність сприяла виникненню або збільшенню розміру шкоди (ч. 2 ст. 1193 ЦК). У даному разі може йтися тільки про **зменшення** розміру відшкодування залежно від ступеня вини потерпілого. Виняток із цього правила складають випадки, передбачені законом. Наприклад, вина потерпілого не враховується у разі відшкодування додаткових витрат, викликаних необхідністю посиленого харчування, санаторно-курортного лікування, придбання ліків тощо (ч. 1 ст. 1195 ЦК), а також у разі відшкодування шкоди, завданої смертю годувальника, або у разі відшкодування витрат на поховання (ч. 3 ст. 1193 ЦК). Не враховується вина також малолітньої фізичної особи (ч. 3 ст. 31 ЦК) та фізичної особи, визнаної недієздатною (ч. 4 ст. 41 ЦК).

Щодо зменшення розміру відшкодування шкоди, завданої джерелом підвищеної небезпеки, залежно від **майнового** становища **фізичної особи**, зобов'язаної цю шкоду відшкодувати, то, як свідчить судова практика, відбувається це у виняткових випадках, коли стягнення шкоди у повному обсязі неможливе або поставить відповідача в дуже тяжке становище.

⁶⁷⁵ Ойгензшт, В. А. Воля и волеизъявление. [Текст] / В. А. Ойгензшт. – Душанбе, 1983. – С. 133–144.

При вирішенні питання стосовно зменшення розміру відшкодування завданої шкоди слід мати на увазі такі три обставини: а) зменшення розміру відшкодування завданої шкоди можливе залежно від матеріального становища тільки **особи фізичної**; б) рішення про зменшення розміру відшкодування завданої шкоди приймає тільки **суд**; в) не може бути зменшений розмір відшкодування шкоди, завданої джерелом підвищеної небезпеки, у разі злочину (ч. 4 ст. 1193 ЦК).

Серед обставин, наявність яких створює підставу для звільнення особи від обов'язку з відшкодування шкоди, завданої джерелом підвищеної небезпеки, насамперед слід виділити три: а) **непереборну силу**; б) **умисел потерпілого**; в) **протиправне заволодіння іншою особою транспортним засобом, механізмом або іншим об'єктом**.

Непереборна сила (ч. 5 ст. 1187 ЦК) як надзвичайна або невідворотна за даних умов подія (ч. 1 ст. 263 ЦК) може розглядатися як підстава звільнення особи від відшкодування шкоди, завданої джерелом підвищеної небезпеки, за умови, якщо вона безпосередньо була причиною неможливості контролю людини за діяльністю, що є джерелом підвищеної небезпеки. Наприклад, під час використання транспортного засобу для перевезення пасажирів останнім, за причини стихійного лиха (сильного землетрусу, пожежі від блискавки тощо), була завдана шкода. У даному разі завдання цієї шкоди не стане підставою для виникнення обов'язку особи щодо її відшкодування. І це зрозуміло, оскільки у таких випадках навряд чи можна взагалі вважати, що шкода була завдана саме джерелом підвищеної небезпеки.

Що стосується **умислу потерпілого**, то слід зазначити, що шкода, завдана потерпілому внаслідок його умислу, не відшкодовується будь-коли (ч. 5 ст. 1187, ч. 1 ст. 1193 ЦК).

Звільнення особи від обов'язку з відшкодування шкоди, завданої джерелом підвищеної небезпеки, можливе на умовах, передбачених ч. 3 ст. 1187 ЦК, а саме, коли інша особа **неправомірно** заволоділа транспортним засобом, механізмом або іншим об'єктом. У таких випадках обов'язок з відшкодування шкоди покладається на протиправно діючу особу на загальних підставах.

Від протиправних дій інших осіб слід відрізнити протиправну діяльність з використання транспортного засобу, механізму або іншого об'єкта особою, якій цей об'єкт власник (роботодавець) передав в управління як працівникові, найнятому на роботу за трудовим договором або у службових цілях, якщо транспортний засіб використовується в особистих цілях. У даному разі діяльність найнятого за трудовим договором працівника буде протиправною. Однак протиправне заволодіння транспортним засобом буде відсутнім, оскільки він із володіння його власника фактично не вибуває. Тому останній не звільняється від обов'язку з відшкодування шкоди, завданої внаслідок такої протиправної діяльності найнятого працівника. Останній буде зобов'язаним відшкодувати шкоду лише власникові транспортного засобу за правилами зворотної вимоги (регресу).

§ 9. Відшкодування ядерної шкоди

Інститут відшкодування ядерної шкоди і підвищення його до рівня кодифікаційного для приватного (цивільного) права України є законодавчою новелою. Надання відшкодуванню ядерної шкоди значення різновиду приватно-правового інституту створює методологічне значення для визначення правової природи відносин, пов'язаних із ліквідацією негативних наслідків людської діяльності, здійснюваної з використанням досягнень науково-технічного прогресу, особливо з використанням ядерної енергії, радіаційно небезпечних технологій, джерел іонізуючих випромінювань, з добуванням, переробкою, виробленням, транспортуванням, захороненням, знищенням, утилізацією та іншим поводженням

з радіоактивними відходами. Тим самим зазначений інститут за своїм призначенням покликаний до упорядкування й удосконалення існуючого механізму регулювання зобов'язань (правовідносин) з відшкодування шкоди, масштаби якої сягають глобальних і настання якої може мати неспровокований характер. Уже на сьогодні Україна має 14 діючих блоків атомних електростанцій (АЕС), що репрезентують одну з найбільших ядерно-енергетичних програм у Європі (п'яте місце після Франції, Великобританії, Росії та Німеччини). В Україні функціонують п'ять підприємств з **добування та переробки** радіоактивної руди. Близько п'яти тисяч закладів та підприємств **використовують** джерела іонізуючого випромінювання, понад 2600 підприємств використовують майже 105000 радіоізотопних приладів⁶⁷⁶.

У той же час, як констатує Верховна Рада України, приймаючи 17 грудня 1997 р. Закон «Про ратифікацію Конвенції про ядерну безпеку», на сьогодні не існує технологій перетворення об'єкта «Укриття» в екологічно безпечну систему та не визначено комплексу необхідних заходів для досягнення високого рівня ядерної безпеки цього об'єкта відповідно до вимог Конвенції⁶⁷⁷.

Цілком очевидно, що потребує значних зусиль реалізація конституційних положень про те, що забезпечення екологічної безпеки й підтримання екологічної рівноваги на території України, подолання наслідків Чорнобильської катастрофи — катастрофи планетарного масштабу, збереження генофонду українського народу є обов'язком держави, що кожен має право на безпечне для життя і здоров'я довкілля та на відшкодування завданої порушенням цього права шкоди, що кожному гарантується право вільного доступу до інформації про стан довкілля, про якість харчових продуктів і предметів побуту, а також право на її поширення (статті 16, 50 Основного Закону України). До відносин, пов'язаних з відшкодуванням ядерної шкоди, навряд чи може бути достатнім та ефективним застосування традиційних цивільно-правових засобів.

Тому не випадково, що відповідно до ст. 1189 ЦК сам Кодекс не забезпечує безпосереднього регулювання відшкодування ядерної шкоди. **Особливості** відшкодування цієї шкоди **встановлюються законом**.

За відносно короткий проміжок часу Україна створила власне ядерне законодавство, яке поступово розвивається, удосконалюється і формується у самостійну галузь національного законодавства. До найбільш вагомих для приватно-правової сфери можуть бути віднесені такі закони України: «Про приєднання України до Віденської конвенції про цивільну відповідальність за ядерну шкоду» від 12 липня 1996 р.⁶⁷⁸; «Про використання ядерної енергії та радіаційну безпеку» від 8 лютого 1995 р.⁶⁷⁹; «Про поводження з радіоактивними відходами» від 30 червня 1995 р.⁶⁸⁰; «Про об'єкти підвищеної небезпеки» від 18 січня 2001 р.⁶⁸¹; «Про цивільну відповідальність за ядерну шкоду та її фінансове забезпечення» від 12 грудня 2001 р.⁶⁸² та низка інших, у тому числі міжнародно-правових актів.

⁶⁷⁶ Див.: Концепція державного регулювання безпеки та управління ядерною галуззю в Україні. [Текст] : схвал. постановою Верхов. Ради України від 25 січ. 1994 р. № 3871-ХІІ /Ядерне законодавство. Збірник нормативно-правових актів. – К., 1998. – С. 8–19.

⁶⁷⁷ Ядерне законодавство. Збірник нормативно-правових актів. – К., 1998. – С. 516.

⁶⁷⁸ Відом. Верхов. Ради України. – 1996. – № 44. – Ст. 222.

⁶⁷⁹ Там само. – 1995. – № 22. – Ст. 81. / у ред. станом на 3 грудня 1997 р. // Голос України. – 1998. – 6 січ.

⁶⁸⁰ Там само. – 1995. – № 27. – Ст. 198.

⁶⁸¹ Там само. – 2001. – № 15. – Ст. 46.

⁶⁸² Офіц. вісн. України. – 2002. – № 2. – Ст. 46.

Зазначені законодавчі акти встановлюють основні правила, відповідно до яких повинна відшкодуватися ядерна шкода, осіб, зобов'язаних цю шкоду відшкодувати, умови відшкодування, розмір і обмеження відшкодування.

Основним суб'єктом, на якого покладається обов'язок з відшкодування ядерної шкоди, є **оператор**. Він виступає основним боржником у зобов'язанні з відшкодування ядерної шкоди. Оператором вважається **експлуатуюча організація**, тобто призначена державою юридична особа, яка забезпечує ядерну та радіаційну безпеку. Експлуатуюча організація (далі — оператор) отримує **дозвіл (ліцензію)** на здійснення видів діяльності, пов'язаних з використанням ядерних технологій, ядерних матеріалів (будь-яких вихідних або розчеплювальних матеріалів, у тому числі ядерного палива), за винятком природного урану, який може виділяти енергію шляхом самопідтримуваного ланцюгового процесу ядерного поділу поза ядерним реактором самостійно або в комбінації з яким-небудь іншим матеріалом, та радіоактивних продуктів і відходів, за винятком невеликої кількості радіоактивних продуктів, радіоактивних відходів та ядерного палива, що передбачається нормами, правилами і стандартами з ядерної та радіаційної безпеки, за умови, що ця кількість не перевищує максимальної межі, встановленої Радою керуючих Міжнародного агентства з атомної енергії (МАГАТЕ). Крім того, оператор отримує ліцензію на здійснення діяльності, пов'язаної з використанням фізичних об'єктів або технічних пристроїв, які створюють або за певних умов можуть створювати іонізуюче випромінювання (джерел іонізуючого випромінювання) у науці, виробництві, медицині та інших галузях, а також видобування уранових руд та поводження з радіоактивними відходами, тобто діяльністю, пов'язаною зі збиранням, переробкою, перевезенням, зберіганням та захороненням радіоактивних відходів. Ліцензуванню підлягає також діяльність, пов'язана з використанням будь-якого ядерного реактора, будь-якого заводу, що використовує ядерне паливо для виробництва ядерного матеріалу або на якому обробляється ядерний матеріал чи переробляється опромінене ядерне паливо (ядерна установка). Оператор — це експлуатуюча організація, яка має право страхування зайнятості робочих місць, важливих для забезпечення безпеки ядерної установки, здійснює діяльність, пов'язану з вибором майданчика, проектуванням, будівництвом, введенням в експлуатацію, експлуатацією, зняттям з експлуатації і консервацією ядерної установки на підставі отриманого дозволу (ліцензії); забезпечує радіаційний захист персоналу, населення та навколишнього природного середовища. Оператор несе відповідальність за фізичний захист ядерних матеріалів і за відшкодування ядерної шкоди, забезпечує фінансове покриття відповідальності за ядерну шкоду у розмірі та на умовах, що визначаються законодавством України.

Відповідно до ст. 11 Віденської конвенції про цивільну відповідальність за ядерну шкоду **оператор ядерної установки** несе відповідальність за ядерну шкоду, якщо доведено, що така шкода спричинена ядерним інцидентом на його ядерній установці або пов'язаним з ядерним матеріалом, що надійшов із такої установки або вироблений у цій установці, та відбувся до прийняття оператором іншої ядерної установки відповідно до чітко висловлених умов письмового контракту.

Виконуючи роль потенціального боржника у зобов'язанні з відшкодування ядерної шкоди, оператор (ліцензіат) зобов'язаний мати фінансове забезпечення для покриття його відповідальності за ядерну шкоду з моменту звернення за отриманням чи продовженням дії ліцензії на експлуатацію ядерної установки в межах суми, еквівалентної

150 мільйонам Спеціальних прав запозичення за кожний ядерний інцидент. (Спеціальні права запозичення у даному разі означають розрахункову одиницю, визначену Міжнародним валютним фондом, яка використовується для здійснення власних операцій та угод (ст. 75 Закону «Про використання ядерної енергії та радіаційну безпеку»). Фінансове забезпечення цивільної відповідальності за ядерну шкоду здійснюється самим оператором шляхом: а) страхування цивільної відповідальності за ядерну шкоду, яка може бути завдана

внаслідок ядерного інциденту; б) отримання інших видів фінансового забезпечення, передбачених законами України.

Страхування цивільної відповідальності оператора ядерної установки за ядерну шкоду є обов'язковим. Страховики, які мають дозвіл на страхування відповідальності операторів ядерних установок, зобов'язані утворити **ядерний страховий пул**, тобто об'єднання страховиків, ціль якого полягає в консолідації коштів на випадок виникнення ядерної шкоди.

У деяких випадках на стороні боржника у зобов'язанні з відшкодування ядерної шкоди може бути кілька осіб (операторів). У такому випадку завдана операторами ядерна шкода буде відшкодовуватися на засадах часткової відповідальності. Але якщо частка кожного з них у цій шкоді не може бути обґрунтовано визначена, ці оператори несуть солідарну відповідальність.

Оператору ядерної установки Кабінетом Міністрів України може бути надана державна гарантія фінансового забезпечення цивільної відповідальності за ядерну шкоду, у зв'язку з чим держава буде виконувати обов'язки гаранта. Однак у будь-якому разі держава надає кошти для відшкодування ядерної шкоди, якщо **виконавчий документ** про її відшкодування було повернуто стягувачеві у разі відсутності у боржника майна, на яке може бути звернене стягнення у порядку, визначеному Законом «Про виконавче провадження».

Для отримання коштів на відшкодування ядерної шкоди від держави стягувач подає до органу, уповноваженого Кабінетом Міністрів України на здійснення виплат з відшкодування ядерної шкоди, заяву довільної форми про відшкодування такої шкоди, виконавчий документ про її відшкодування, постанову державного виконавця про повернення виконавчого документа стягувачеві. Участь держави у відшкодуванні ядерної шкоди будується на засадах **субсидіарного зобов'язання**. Здійснивши відшкодування ядерної шкоди, держава набуває права регресу, яке реалізується шляхом пред'явлення відповідного виконавчого документа до виконання на свою користь протягом п'яти років з моменту здійснення нею відшкодування (ст. 10 Закону «Про цивільну відповідальність за ядерну шкоду та її фінансове забезпечення»).

Інколи визначення особи (оператора), на яку покладається обов'язок з відшкодування ядерної шкоди, здійснюється на підставі договору. Так, якщо ядерна шкода була завдана під час транзиту ядерного матеріалу через територію України, відповідальність за ядерну шкоду несе оператор, що є вантажовідправником чи є його одержувачем. Момент переходу відповідальності визначається угодою між вантажовідправником і вантажоодержувачем. У разі відсутності чіткого визначення настання цього моменту вантажовідправник несе відповідальність до моменту передачі вантажу уповноваженій особі на кордоні держави, до якої відправлено вантаж, якщо інше не передбачено міжнародними договорами, учасницею яких є Україна (ст. 73 Закону «Про використання ядерної енергії та радіаційну безпеку»).

Зобов'язання з відшкодування ядерної шкоди є різновидом зобов'язань з множинністю осіб, причому у переважній більшості випадків — на стороні кредитора (активна множинність осіб у зобов'язанні). Зазначену множинність складають переважно фізичні особи, правовому захисту яких законодавство надає пріоритет (ст. 1 Конвенції про ядерну безпеку; ст. 5 Закону «Про використання ядерної енергії та радіаційну безпеку»; ст. 3 Закону «Про поводження з радіоактивними відходами»). Оператор зобов'язаний відшкодувати завдану ядерну шкоду **кожному потерпілому**, здоров'ю якого ця шкода була завдана (ст. 6 Закону «Про цивільну відповідальність за ядерну шкоду та її фінансове забезпечення»). У разі смерті потерпілого право на відшкодування ядерної шкоди переходить до його спадкоємців.

Коло осіб на стороні кредитора у зобов'язанні з відшкодування ядерної шкоди визначається відповідно до п. 1 ст. 1 Віденської конвенції про цивільну відповідальність за ядерну шкоду, де «особа» означає будь-яку фізичну особу, товариство, будь-який приватний чи державний орган незалежно від того, є він юридичною

особою чи ні, будь-яку міжнародну організацію, що є юридичною особою згідно із законодавством держави, що відповідає за установку, та будь-яку державу чи будь-яке з державних утворень, що входить до неї.

Зобов'язання з відшкодування ядерної шкоди характеризується певними особливостями і з точки зору умов, за наявності яких ці зобов'язання виникають. Насамперед усе це стосується умови про шкоду. Не будь-яка шкода у цьому зобов'язанні є ядерною. Не визнається ядерною, наприклад, шкода, якої потерпілий зазнав у зв'язку з оплатою юридичної допомоги.

Поняття ядерної шкоди визначається законом з урахуванням обставин, в умовах яких мало місце завдання цієї шкоди. Так, відповідно до ч. 2 ст. 313 Кодексу торговельного мореплавства України ядерна шкода означає шкоду, завдану особі або майну радіоактивними властивостями або поєднанням радіоактивних властивостей з токсичними, вибуховими та іншими небезпечними властивостями ядерного палива, радіоактивних продуктів ядерного судна або їхніх відходів, а також витрати, проведені з метою відвернення шкоди або зменшення її розміру. Якщо поряд із ядерною завдана інша шкода, яка не може бути відокремлена від ядерної, то вся завдана шкода визнається ядерною. При цьому шкодою не є шкода, завдана самому ядерному судну, його устаткуванню, паливу і запасам продовольства.

У контексті ст. 1 Віденської конвенції про цивільну відповідальність за ядерну шкоду Законом України «Про використання ядерної енергії та радіаційну безпеку» визначено загальне поняття ядерної шкоди, якою зокрема вважаються втрата життя, будь-які ушкодження, завдані здоров'ю людини, або будь-яка втрата майна, або шкода, завдана майну, або будь-яка інша втрата чи шкода, що є результатом небезпечних властивостей ядерного матеріалу на ядерній установці або ядерного матеріалу, який надходить з ядерної установки чи надсилається до неї, крім шкоди, завданої самій установці або транспортному засобові, яким здійснювалося перевезення.

Вбачається, таким чином, що **ядерна шкода** як одна з умов деліктного зобов'язання — це **сукупність несприятливих для суб'єкта цивільного права немайнових або майнових наслідків у вигляді будь-якого ушкодження здоров'я фізичної особи чи її смерті або будь-яких майнових втрат, що виникли внаслідок діяльності, пов'язаної з виробленням, зберіганням, транспортуванням, використанням радіоактивних речовин та джерела іонізуючих випромінювань, експлуатацією ядерних установок, здійсненням захоронення, знищення чи утилізації радіаційно небезпечних речовин та матеріалів.**

При визначенні ядерної шкоди може постати питання стосовно шкоди **моральної**. В актах законодавства, що регулюють відшкодування ядерної шкоди, моральна шкода не згадується. Проте ймовірність останньої у випадках завдання ядерної шкоди надзвичайно висока. На сумному досвіді ліквідації наслідків Чорнобильської катастрофи бачимо, що деякі з отриманих людьми радіаційних захворювань практично невиліковні, а ймовірність таких захворювань у разі ядерного інциденту майже стовідсоткова. Додамо, що із заселеної території, що зазнала інтенсивного забруднення довгоживучими радіонуклідами з щільністю забруднення ґрунту понад дозварійний рівень ізотопами цезію, стронцію або плутонію, люди відселяються в обов'язковому порядку (ч. 2 ст. 2 Закону «Про статус і соціальний захист громадян, які постраждали внаслідок Чорнобильської катастрофи»). У разі ядерного інциденту можуть мати місце інші наслідки, що не підлягають грошовій оцінці.

Відповідно до ч. 2 ст. 2 Закону «Про цивільну відповідальність за ядерну шкоду та її фінансове забезпечення» до відносин, не врегульованих цим Законом, застосовуються норми іншого законодавства, у тому числі цивільного. Отже, не існує правових перешкод для відшкодування моральної шкоди як складової шкоди ядерної.

За своїм походженням шкода, яка визнається ядерною, може розглядатися як наслідок відповідної людської діяльності, яка сама по собі, якщо нею не порушуються вимоги законодавства, є правомірною. Протиправним

є завдання охоронюваним законом особистим немайновим та майновим благам потерпілому тих чи інших втрат, з приводу відшкодування яких і виникає недоговірне зобов'язання. Зазначені втрати фактично є безпосереднім наслідком людської діяльності, пов'язаної з використанням ядерної енергії, радіаційно небезпечних технологій, джерела іонізуючих випромінювань, а також із добуванням, переробкою, виробленням, транспортуванням, захороненням, знищенням, утилізацією й іншим поводженням з радіоактивними відходами тощо. До уваги мають братися лише ті випадки, коли ядерна шкода завдається безпосередньо внаслідок такої діяльності. Як передбачено у законодавчих актах, що регулюють відносини з відшкодування ядерної шкоди (наприклад, ч. 1 ст. 2 Закону «Про цивільну відповідальність за ядерну шкоду та її фінансове забезпечення»), йдеться про ядерну шкоду, завдану **ядерним інцидентом**. З точки зору **причинного зв'язку**, останній має значення безпосередньої причини настання ядерної шкоди. **Ядерним інцидентом** при цьому визнається будь-яка подія чи серія подій одного і того ж самого походження, які спричинили ядерну шкоду (ст. 1 Віденської конвенції про цивільну відповідальність за ядерну шкоду).

Згідно з ч. 1 ст. 4 зазначеної Конвенції та ч. 1 ст. 72 Закону «Про використання ядерної енергії та радіаційну безпеку» обов'язок з відшкодування ядерної шкоди кваліфікується як відповідальність, яка визнається **абсолютною**, тобто такою, яка настає **незалежно від вини оператора**. Однак вбачається, що абсолютність цієї відповідальності оператора слід сприймати як умовну, оскільки у тих самих законодавчих актах містяться вказівки щодо обставин, за яких оператор від обов'язку відшкодувати ядерну шкоду може бути **звільнений**.

Так, зокрема, оператор звільняється від обов'язку відшкодувати ядерну шкоду, якщо вона завдана ядерним інцидентом, що виник безпосередньо як наслідок стихійного лиха виняткового характеру, збройного конфлікту, воєнних дій, громадянської війни або повстання. Крім того, якщо оператор доведе, що ядерна шкода виникла повністю або частково внаслідок **грубої недбалості** особи, якій завдана шкода, або внаслідок дії чи бездіяльності такої особи з наміром завдати шкоду, оператор за рішенням суду може також бути звільнений від обов'язку відшкодування шкоди, завданої такій особі.

Відповідно до ч. 5 ст. 4 Віденської конвенції оператор не несе відповідальності за ядерну шкоду, завдану: а) самій ядерній установці або будь-якому майну на місці розташування цієї установки, яке використовується або має використовуватися у зв'язку з цією установкою;

б) транспортному засобові, на якому ядерний матеріал перебував під час ядерного інциденту.

Серед особливостей умов, необхідних для реалізації потерпілим свого суб'єктивного права на відшкодування ядерної шкоди, заслуговують на увагу договірні засади реалізації цього права.

Так, згідно з ч. 2 ст. 5 Закону «Про цивільну відповідальність за ядерну шкоду та її фінансове забезпечення» ядерна шкода може бути відшкодована оператором відповідно до договору про відшкодування ядерної шкоди, укладеного ним з потерпілим за участю страховика (іншого фінансового гаранта). За цим договором визначається обсяг майнових обов'язків оператора, страховика (іншого фінансового гаранта) перед потерпілим на випадок завдання ядерної шкоди його здоров'ю, майну чи у разі смерті. За формою цей договір підлягає нотаріальному посвідченню і державній реєстрації. Укладаючи такий договір, потерпіла особа здійснює своє право на відшкодування ядерної шкоди. Договір про відшкодування ядерної шкоди укладається після завдання потерпілому цієї шкоди, і коли однією із його сторін виступає страховик, то договір визнається **страховим випадком**. Укладення такого договору не є обов'язковим, а у разі недосягнення згоди між сторонами спір про відшкодування ядерної шкоди вирішується судом. Ядерна шкода відшкодовується **виключно** у формі **грошової компенсації** (ст. 4 Закону «Про цивільну відповідальність за ядерну шкоду та її фінансове забезпечення»). Обов'язок оператора з відшкодування ядерної шкоди обмежується сумою, еквівалентною 150 мільйонам Спеціальних прав запозичення (розрахункової одиниці, що визначається

Міжнародним валютним Фондом і використовується при здійсненні ним власних операцій та угод) за кожний ядерний інцидент. Залежно від виду понесених внаслідок ядерного інциденту втрат розмір грошової компенсації ядерної шкоди дорівнює 2000 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, встановлених на момент винесення судового рішення (укладення договору про відшкодування ядерної шкоди). У разі коли ядерна шкода була завдана потерпілому у зв'язку з ушкодженням його здоров'я, грошова її компенсація обмежується сумою, що дорівнює 5000 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. Такою ж сумою обмежується і розмір грошової компенсації ядерної шкоди, завданої потерпілому у зв'язку з пошкодженням його майна. У зазначених межах обов'язок з відшкодування ядерної шкоди виконується перед **кожним потерпілим**.

Сума грошової компенсації ядерної шкоди не повинна перевищувати розміру фактично завданої шкоди. Водночас ця сума не може бути більшою навіть тоді, коли розмір завданої шкоди її перевищує. Неоподатковуваний мінімум доходів громадян береться до уваги той, що встановлений на момент винесення судового рішення або на момент укладення договору про відшкодування ядерної шкоди. Можливі судові витрати, понесені потерпілим у зв'язку з розглядом справи про стягнення ядерної шкоди, до неї не належать, а тому вони підлягають відшкодуванню у повному обсязі додатково до будь-якої суми відшкодування ядерної шкоди, встановленої судом. Можливі й інші обмеження розміру відшкодування ядерної шкоди.

Так, зокрема, відповідно до ст. 318 Кодексу торговельного мореплавства України відповідальність оператора ядерного судна за ядерну шкоду, завдану внаслідок одного ядерного інциденту з даним судном, обмежується сумою 99,75 мільйона розрахункових одиниць, включаючи судові витрати. Якщо внаслідок ядерного інциденту заявляються вимоги про відшкодування шкоди, завданої як особі, так і майну, то із суми, що дорівнюється 99,75 мільйона розрахункових одиниць, 69,825 мільйона складає межу виконання вимог щодо відшкодування шкоди, завданої особі, а сума в розмірі 29,925 мільйона — межа відшкодування шкоди, завданої майну. Слід зазначити, що у разі недостатності суми, призначеної для відшкодування шкоди, завданої особі, несплачений лишок таких вимог підлягає пропорційній сплаті із суми, призначеної для відшкодування шкоди, завданої майну. Суми, призначені для оплати вимог, розподіляються між позивачами пропорційно доведеним розмірам їх вимог.

У кожному випадку відповідальність оператора за шкоду, завдану внаслідок одного ядерного інциденту, не може перевищувати встановлених меж безвідносно до того, скільки позовів проти нього буде вчинено.

§ 10. Відшкодування шкоди, завданої фізичній особі каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю

Зобов'язання з відшкодування шкоди, завданої фізичній особі ушкодженням її здоров'я або внаслідок її смерті, характеризуються кількома особливостями. По-перше, йдеться про шкоду, яка завдана найціннішим особистим немайновим благам, належним людині, які, поряд з іншими, в Україні визнані найвищою соціальною цінністю

(ст. 3 Конституції України) та охорона яких складає першочергове завдання і визначає призначення всієї правової системи демократичної, соціальної, правової держави, якою, за визначенням Основного Закону, Україна себе визнає. По-друге, у зв'язку з тим, що у даному разі шкода завдається благам людини, що є найціннішими і які грошовій оцінці не підлягають, то і втрати, яких зазнає у даному разі людина, не мають майнового виміру, і вони не можуть бути компенсованими ніякими грошовими коштами. По-третє, така шкода не підлягає натуральному відшкодуванню, як не підлягає вона і повному відшкодуванню, оскільки це за

природою неможливо. По-четверте, за правилами, встановленими для недоговірних зобов'язань з відшкодування шкоди, підлягає відшкодуванню завдана у даному разі шкода безвідносно до того, чи мало місце ушкодження здоров'я або настала смерть фізичної особи в умовах договірних відносин, чи внаслідок недоліків товарів, робіт або наданих послуг, чи діяльності, що є джерелом підвищеної небезпеки, чи в інших випадках, де здійснює свою діяльність людина.

Враховуючи наведені обставини, чинне цивільне законодавство виходить тільки з можливого розміру обов'язку з відшкодування шкоди, завданої ушкодженням чи смертю фізичної особи. Розмір відшкодування у даному разі визначається розміром втрат, що мають майновий характер, а також ступенем тих душевних страждань і фізичним болем, яких фізична особа чи члени її сім'ї та близькі родичі зазнали внаслідок понесених втрат. Тому і вирішення питання щодо відшкодування такої шкоди здійснюється за загальними правилами, за винятком тих, що стосуються окремих ситуацій (наприклад, відшкодування шкоди незалежно від вини), спеціально передбачених у законі.

Відшкодування завданої внаслідок ушкодження здоров'я фізичної особи шкоди полягає в такому: а) у відшкодуванні заробітку (доходу), втраченого потерпілим унаслідок втрати чи зменшення професійної або загальної працездатності; б) у відшкодуванні додаткових витрат, викликаних необхідністю посиленого харчування, санаторно-курортного лікування, придбання ліків, протезування, стороннього догляду тощо; в) у відшкодуванні моральної шкоди.

Внаслідок каліцтва чи іншого ушкодження здоров'я фізичної особи у більшості випадків втрачається можливість здійснення нею тієї діяльності, якою вона займалась раніше, у тому числі виконувати роботу, за яку вона отримувала відповідний заробіток або інший дохід. Тому фізична або юридична особа, яка завдала шкоди каліцтвом або іншим ушкодженням здоров'я потерпілого, повинна відшкодувати отримуваний раніше, але втрачений завданою шкодою заробіток потерпілого.

У зобов'язанні з відшкодування шкоди, завданої каліцтвом або іншим ушкодженням здоров'я, принципово важливим є питання, яке стосується визначення розміру втраченого потерпілим заробітку (доходу). При вирішенні цього питання врахуванню підлягають: а) середньомісячний заробіток потерпілого; б) ступінь втрати професійної або загальної працездатності.

Розмір втраченого фізичною особою внаслідок каліцтва або іншого ушкодження здоров'я заробітку (доходу), що підлягає відшкодуванню, визначається у відсотках від середньомісячного заробітку (доходу), який потерпілий мав до каліцтва, або іншого ушкодження здоров'я, з урахуванням ступеня втрати потерпілим професійної працездатності, а за її відсутності — загальної працездатності.

Середньомісячний заробіток (дохід) обчислюється за бажанням потерпілого за дванадцять або за три останні календарні місяці роботи, що передували ушкодженню здоров'я або втраті працездатності внаслідок каліцтва або іншого ушкодження здоров'я. Якщо середньомісячний заробіток (дохід) потерпілого є меншим від п'ятикратного розміру мінімальної заробітної плати, то розмір втраченого заробітку (доходу) обчислюється, виходячи з п'ятикратного розміру мінімальної заробітної плати.

Слід зазначити, що законодавцем проводиться ідея надання потерпілому переваги у виборі найкращого для нього співвідношення часу, за який обчислюється його заробіток (дохід). Для потерпілого це не байдуже. Скажімо, у разі професійного захворювання, що виникло у потерпілого через деякий час після завдання шкоди його здоров'ю, для визначення розміру відшкодування може мати істотне значення заробіток, отримуваний потерпілим саме в останні три календарні місяці перед припиненням роботи, хоч би з тієї причини, що, наприклад, протягом перших шести із дванадцяти календарних місяців заробіток потерпілого був нижчим.

До втраченого заробітку (доходу) включаються всі види оплати праці за трудовим договором за місцем основної роботи, а також за сумісництвом, з яких сплачується податок на доходи громадян, у сумах,

нарахованих до вирахування податку. До цього заробітку не включаються тільки одноразові виплати, компенсація за невикористану відпустку, вихідна допомога, допомога по вагітності та деякі інші грошові надходження.

Відшкодування втраченого потерпілим заробітку (доходу) повинне здійснюватися не тільки в межах того, що потерпілий отримував до каліцтва або іншого ушкодження здоров'я, а й того, що він міг би отримувати у майбутньому. Наприклад, якщо заробіток (дохід) потерпілого до його каліцтва чи іншого ушкодження здоров'я змінився, що поліпшило його матеріальне становище (підвищення заробітної плати за посадою, переведення на вище оплачувану роботу, прийняття на роботу після закінчення освіти), при визначенні середньомісячного заробітку (доходу) враховується заробіток (дохід), який він одержав або мав одержати після відповідної зміни (ч. 4 ст. 1197 ЦК). Також і після початку трудової діяльності особи віком до вісімнадцяти років відповідно до одержаної кваліфікації потерпілий має право вимагати збільшення розміру відшкодування шкоди, пов'язаної із зменшенням його професійної працездатності внаслідок каліцтва або іншого ушкодження здоров'я, виходячи з розміру заробітної плати працівників його кваліфікації, але не нижче встановленого законом розміру мінімальної заробітної плати. У разі коли потерпілий не має професійної кваліфікації і після досягнення повноліття продовжує залишатися непрацездатним внаслідок каліцтва або іншого ушкодження здоров'я, завданого йому до повноліття, він має право вимагати відшкодування шкоди у розмірі не нижче встановленого законом розміру мінімальної заробітної плати.

У тих випадках, коли особа до її каліцтва або іншого ушкодження здоров'я самостійно забезпечувала себе роботою, займаючись, наприклад, підприємницькою діяльністю або діяльністю творчою чи адвокатською практикою, розмір відшкодування визначається на підставі даних органу державної податкової служби у сумах, нарахованих до вирахування податків.

Шкода, завдана фізичній особі каліцтвом або іншим ушкодженням здоров'я, відшкодовується без урахування пенсії, призначеної у зв'язку з втратою здоров'я, або пенсії, яку потерпілий одержував до цього, а також інших доходів.

Залежно від тих чи інших обставин розмір відшкодування потерпілому шкоди може змінюватися як у бік збільшення, так і у бік зменшення.

Розмір відшкодування може бути збільшений, якщо стан здоров'я потерпілого погіршився і працездатність знизилася порівняно з тією, яка була у нього на момент вирішення питання про відшкодування шкоди (ст. 1203 ЦК), або коли був збільшений розмір мінімальної заробітної плати (ч. 2 ст. 1208 ЦК) тощо.

У випадках, коли працездатність потерпілого зросла порівняно з тією, яка була в нього на момент вирішення питання про відшкодування шкоди, особа, на яку покладено обов'язок відшкодувати цю шкоду, має право вимагати зменшення розміру відшкодування (ст. 1204 ЦК).

Саме відшкодування шкоди, завданої фізичній особі каліцтвом або іншим ушкодженням здоров'я, може здійснюватися або щомісячними платежами, або сума відшкодування може бути виплачена одноразово, але не більш як за три роки наперед.

У разі припинення юридичної особи, зобов'язаної відшкодувати шкоду, завдану каліцтвом або іншим ушкодженням здоров'я, обов'язок з відшкодування шкоди покладається на правонаступників юридичної особи. При ліквідації юридичної особи платежі, належні потерпілому, мають бути капіталізовані для виплати їх потерпілому, а якщо у юридичної особи, що ліквідується, кошти для капіталізації платежів, що підлягають сплаті, відсутні, то обов'язок щодо їх капіталізації покладається на ліквідаційну комісію на підставі рішення суду за позовом потерпілого (ст. 1205 ЦК).

Що стосується відшкодування додаткових витрат, то слід мати на увазі таке: а) закон у даному разі виходить із презумпції їх обґрунтованості, доведеності і необхідності; б) відшкодуванню підлягають витрати,

які дійсно були викликані завданою шкодою; в) закон не встановлює вичерпного переліку витрат, а тому серед них можуть мати місце не тільки ті, що викликані необхідністю посиленого харчування, протезування, придбання ліків, санаторно-курортного лікування, стороннього догляду (ч. 1 ст. 1195 ЦК). До таких витрат можуть бути також віднесені оплата послуг або майна, придбання путівки, оплата проїзду, оплата спеціальних транспортних засобів тощо (ч. 2 ст. 1202 ЦК). У деяких випадках додаткові витрати складають весь обсяг відшкодування. Наприклад, у разі каліцтва або іншого ушкодження здоров'я малолітньої особи до досягнення нею чотирнадцяти років практично нічого іншого і не відшкодовується, окрім додаткових витрат (ч. 1 ст. 1199 ЦК).

Від зобов'язань з відшкодування шкоди, завданої фізичній особі каліцтвом або іншим ушкодженням здоров'я, слід відрізнити зобов'язання з відшкодування шкоди, завданої смертю потерпілого. У даному разі про відшкодування шкоди самому потерпілому йтися не може. Однак смерть потерпілого викликає певні втрати (як майнові, так і моральні) для певного кола осіб, переважно для близьких йому людей, у тому числі тих, кого потерпілий за свого життя утримував, а також осіб, які понесли витрати на поховання (статті 1200, 1201 ЦК).

Відповідно до ст. 1200 ЦК до таких осіб віднесені: а) утриманці особи, яка загинула (померла), які були на її утриманні або мали на день її смерті право на одержання від неї утримання за причини власної непрацездатності за віком (чоловіки віком понад 60 років і жінки віком понад 55 років) або за станом здоров'я (інваліди однієї з трьох груп інвалідності); б) інші особи, зокрема один із батьків (усиновлювачів) або другий із подружжя чи інший член сім'ї, незалежно від їхнього віку і працездатності, за умови, що вони не працюють і здійснюють догляд за дітьми, братами, сестрами, онуками померлого до досягнення ними чотирнадцяти років; в) діти померлого віком до вісімнадцяти років (учні, студенти, які не закінчили навчання, але не більш як до досягнення ними двадцяти трьох років); г) дитина потерпілого, народжена після його смерті; г) чоловік, дружина, батьки (усиновлювачі), які досягли пенсійного віку, встановленого законом; д) інші непрацездатні особи, які були на утриманні потерпілого протягом п'яти років після його смерті.

Згідно із цим встановлюються строки, протягом яких здійснюється відшкодування шкоди, завданої смертю потерпілого, — дитині до досягнення нею вісімнадцятирічного віку (учню, студентові до закінчення навчання, але не більш як до досягнення ними двадцяти трьох років); чоловікові, дружині, батькам (усиновлювачам), які досягли пенсійного віку, встановленого законом, довічно; інвалідам на строк інвалідності тощо.

Розмір відшкодування шкоди зазначеним особам визначається тією часткою середньомісячного заробітку або іншого доходу потерпілого, яку вони одержували або мали право одержувати за його життя з врахуванням частки, яка припадала на нього самого та працездатних осіб, які перебували на його утриманні, але не мали права на відшкодування шкоди.

Особам, які втратили годувальника, шкода відшкодовується у повному обсязі без урахування пенсії, призначеної їм унаслідок втрати годувальника, та інших доходів (наприклад, стипендії, гонорарів, одержуваних неповнолітньою дитиною померлого). При здійсненні відшкодування вина потерпілого у даному разі не враховується. Розмір відшкодування, обчислений для кожного з осіб, які мають право на відшкодування шкоди, завданої смертю годувальника, подальшому перерахуванню не підлягає, крім випадків: а) народження дитини, зачатої за життя і народженої після смерті годувальника; б) призначення (припинення) виплати відшкодування особам, що здійснюють догляд за дітьми, братами, сестрами, онуками померлого. Законом може бути збільшений розмір відшкодування шкоди, завданої смертю потерпілого.

Що стосується відшкодування витрат на поховання потерпілого, то вони відшкодовуються особою, яка завдала шкоди смертю потерпілого. До зазначених витрат належать і ті, що були понесені на спорудження

надгробного пам'ятника. При цьому не зараховується допомога на поховання, одержана фізичною особою, яка зробила витрати на поховання потерпілого.

При вирішенні питання щодо відшкодування шкоди, завданої фізичній особі каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю, врахуванню підлягають насамперед причини та обставини, за яких ця шкода була завдана. Зокрема, не виключаються ситуації, коли завдання шкоди стало наслідком злочину. У цьому випадку особа, яка вчинила злочин, зобов'язана відшкодувати витрати закладові охорони здоров'я на лікування потерпілого від злочину, крім випадків завдання шкоди при перевищенні меж необхідної оборони або у стані сильного душевного хвилювання, що виникло раптово внаслідок насильства або тяжкої образи з боку потерпілого. Якщо злочин вчинено малолітньою або неповнолітньою особою, витрати на лікування потерпілого відшкодовуються особами в порядку, передбаченому статтями 1178, 1179 ЦК. Право на таке відшкодування мають власники відповідних закладів охорони здоров'я (ст. 1206 ЦК).

У тих випадках, коли злочином була завдана шкода каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю потерпілого, а особу, яка вчинила злочин, не встановлено, або якщо вона є неплатоспроможною, відшкодування такої шкоди здійснюється державою.

Питання щодо компенсації моральної шкоди, завданої у зв'язку з каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю фізичної особи, має вирішуватися поза межами відшкодування зазначених вище майнових втрат і витрат. Розмір відшкодування такої шкоди повинен визначатися судом. При цьому мають бути враховані характер страждань потерпілого або членів його сім'ї, близьких родичів, ступінь вини завдавача шкоди, а також можливі в майбутньому моральні страждання (наприклад, при втраті потерпілим кінцівок, у випадках втрати зору тощо).

§ 11. Відшкодування шкоди, завданої внаслідок недоліків товарів, робіт (послуг)

В інтересах захисту прав фізичних та юридичних осіб у рамках недоговірних зобов'язань з відшкодування шкоди встановлено механізм регулювання відносин, пов'язаних із завданням шкоди внаслідок недоліків товарів, робіт (послуг). Присвячені цьому норми ЦК (статтями 1209–1211 ЦК) встановлюють загальні правила, відповідно до яких завдана у даному разі шкода має відшкодовуватися. За своїм призначенням і спрямованістю впливу на регульовані відносини вони мають не тільки функціонально-компенсаційне, а й превентивно-стимулююче значення, оскільки в них відображається ідея сприяння за допомогою засобів права покращенню виробництва товарів, виконання робіт, підвищенню якості послуг і ефективності діяльності тих суб'єктів права, які здійснюють реалізацію результатів виконаних виробником робіт.

Відповідно до ст. 1209 ЦК продавець, виготовлювач товару, виконавець робіт (послуг) зобов'язаний відшкодувати шкоду, завдану фізичній або юридичній особі внаслідок конструктивних, технологічних, рецептурних та інших недоліків товарів, робіт (послуг), а також недостовірної або недостатньої інформації про них.

Відмітними особливостями інституту відшкодування такої шкоди є те, що сфера його дії практично не обмежена. Право на відшкодування шкоди у даному разі може належати потерпілому безвідносно до того, чи перебував він у договірних відносинах з продавцем, виготовлювачем товару, виконавцем роботи (послуги), чи ні. Право вимагати відшкодування шкоди зберігається за потерпілим протягом встановлених строків придатності товару, роботи (послуги), а якщо вони не встановлені, — протягом десяти років від дня виготовлення товару, виконання робіт (надання послуг).

Недоговірний інститут з відшкодування шкоди, завданої внаслідок недоліків товарів, робіт (послуг), в основних своїх ідеях перекликається із Законом України «Про захист прав споживачів». Однак, якщо цей Закон має на увазі захист прав та інтересів тільки певної групи осіб, а саме осіб фізичних, які з продавцем, виготовлювачем товару, виконавцем роботи (послуги) пов'язані відповідним договором (підрядом, про надання послуг, купівлі-продажу тощо), то в зобов'язаннях з відшкодування шкоди правом на захист порушених прав можуть скористатися також і юридичні особи. Крім того, якщо за названим Законом право на відшкодування шкоди належить фізичній особі, яка придбала товар чи замовила виконання робіт (надання послуг) тільки у споживчих цілях, тобто для задоволення власних потреб, не пов'язаних з підприємницькою діяльністю, то за правилами про відшкодування шкоди в умовах недоговірних правовідносин юридичного значення не має ціль придбання товару чи замовлення робіт (послуг).

З цього однак не випливає висновок, що у зв'язку із Законом «Про захист прав споживачів» і положеннями статей 1209–1211 ЦК існує конкуренція норм. У їхньому співвідношенні вбачається, що законодавець припускає конкуренцію договірних і недоговірних позовів. Тому лише потерпілий має право вирішувати, який із позовів обрати у разі необхідності судового захисту цивільного права.

За вибором потерпілого визначається також особа, яка має відшкодувати шкоду, завдану йому внаслідок недоліків товару. Відповідальними за таку шкоду можуть бути продавець або виготовлювач товару. Це також стосується випадку, коли шкода була потерпілому завдана внаслідок ненадання повної чи достовірної інформації щодо властивостей і правил користування товаром. У даному разі відшкодування шкоди здійснюється продавцем або виготовлювачем товару за вибором потерпілого. Однак якщо було завдано шкоди у зв'язку з недоліками робіт (послуг), то відшкодування такої шкоди має здійснюватися тільки виконавцем робіт або послуг (ст. 1210 ЦК).

Виходячи з того, що відповідно до ч. 1 ст. 1209 ЦК завдана внаслідок недоліків товарів, робіт (послуг) шкода відшкодовується потерпілому незалежно від того, чи перебував потерпілий з продавцем, виготовлювачем товару, виконавцем робіт (послуг) у договірних відносинах, можна зробити висновок, що право вимагати відшкодування шкоди належить не тільки безпосереднім покупцям товару чи замовникам робіт (послуг). Таке право може належати і стороннім особам, які товар не купували і робіт (послуг) не замовляли. Наприклад, фізична особа придбала за договором роздрібною купівлі-продажу у підприємця електропристрій, який при вимкненні вдома загорівся і внаслідок пожежі була завдана шкода не тільки тому, хто придбав товар (покупцеві), а і його сусідам або іншим стороннім особам.

Специфіка недоговірних зобов'язань з відшкодування шкоди, завданої внаслідок недоліків товарів, робіт (послуг), полягає, по-перше, в тому, що вони виникають за наявності будь-яких недоліків, незалежно від причини їхнього виникнення (рецептурних, технологічних чи конструктивних тощо). По-друге, обов'язок з відшкодування шкоди настає не тільки за шкоду, викликану недоліками товару, робіт (послуг), але також і за неповну чи недостовірну інформацію про товар, роботу (послугу). Причому, по-третє, потерпілому відшкодовується шкода, завдана йому внаслідок того, що він не був попереджений про необхідні дії після спливу строку придатності і про можливі наслідки в разі невиконання цих дій. По-четверте, обов'язок з відшкодування шкоди, завданої внаслідок недоліків товарів, робіт (послуг), залишається за продавцем, виготовлювачем товару, виконавцем робіт (послуг) також у випадку порушення ними вимог закону щодо обов'язкового встановлення строку придатності товару, роботи (послуги). По-п'яте, відшкодування цієї шкоди не залежить від вини продавця, виготовлювача товару, виконавця робіт (послуг). Звільнення останніх від обов'язку з відшкодування шкоди, завданої внаслідок недоліків товарів, робіт (послуг), можливе тільки у двох випадках: а) якщо продавець, виготовлювач товару, виконавець робіт (послуг) доведуть, що шкода була

завдана внаслідок непереборної сили; б) якщо шкода стала наслідком допущеного потерпілим порушення правил користування або зберігання товару (результатів робіт, послуг).

У зв'язку з останньою обставиною одразу постає питання щодо вини потерпілого в тому, що правила користування або зберігання товару (результатів робіт, послуг) не були ним дотримані, а саме: яка форма вини потерпілого у даному разі має братися до уваги? Вбачається, що відповідь на поставлене запитання міститься у загальній нормі ст. 1193 ЦК, відповідно до якої тільки умисел потерпілого може стати умовою звільнення відповідальної за шкоду особи від обов'язку з її відшкодування. Стосовно ж грубої необережності потерпілого в поведженні його з товаром (результатами робіт, послуг), то розмір відшкодування може бути тільки зменшений. Проста необережність потерпілого у даному разі юридичного значення не має і вона не підлягає врахуванню при вирішенні питання щодо відшкодування шкоди, завданої йому внаслідок недоліків товарів, робіт (послуг).

§ 12. Відшкодування моральної шкоди

Складовою частиною гл. 82 ЦК є зобов'язання по відшкодуванню моральної шкоди, підставою виникнення якого є такий юридичний факт, як завдання моральної шкоди (ч. 2 ст. 509, п. 3 ч. 2 ст. 11 ЦК).

ЦК виходить з того, що моральна шкода є неоднаковим за своїм змістом поняттям щодо фізичних та юридичних осіб. Відповідно до

ч. 2 ст. 23 ЦК моральна шкода полягає для фізичних осіб у фізичному болю, душевних стражданнях, у приниженні честі, гідності, ділової репутації, а для юридичної особи — лише у приниженні її ділової репутації. Моральна шкода для фізичної особи є категорією психологічного плану, невід'ємно пов'язаною із самою особою, її відчуттями, емоційно-розумовою діяльністю, відображає внутрішній світ людини й характеризується, зокрема, наявністю психотравмуючих факторів, позбавленням відчуття життєвої захищеності, зміною життєвого укладу, відчуттями приниження, пригнічення, неврівноваженості, імпульсивності, зневаги, образи тощо. Під моральною шкодою фізичної особи слід розуміти наявність такого негативного емоційного сприйняття особою вчинених стосовно неї протиправних дій (бездіяльності), що досягло певного психологічного стану — фізичних (відчуття фізичного болю) чи душевних (відчуття неспокою, хвилювання, образи, дискомфорту тощо) страждань. Моральна шкода щодо фізичних осіб — категорія глибоко суб'єктивна та оціночна як у своєму виникненні, коли постає питання про наявність підстав для її матеріальної компенсації, так і у грошовому вимірі, коли визначається розмір її компенсації.

Виникнення такої шкоди тісно пов'язане і з обставинами справи, і з самою особою, оскільки різні протиправні дії чи бездіяльність тягнуть за собою неоднакові негативні наслідки емоційно-психологічного характеру для різних потерпілих залежно від їхнього темпераменту, психологічних особливостей тощо. Наявність моральної шкоди є фактом конкретного випадку. Відповідно, вчинення лише протиправного діяння стосовно особи свідчить про можливість, але не обов'язковість виникнення моральної шкоди. Судова практика виходить із того, що об'єктивними обставинами, які підтверджують негативний емоційний стан потерпілого, є, зокрема, неможливість продовження активного суспільного життя, втрата певної роботи, вимушена зміна чи обмеження у виборі професії, погіршення або позбавлення реалізації фізичною особою своїх звичок та бажань, погіршення відносин з оточуючими людьми тощо.

Доречно зауважити, що судовою практикою Європейського суду з прав людини вироблено правило, за яким у певних випадках суд, замість винесення рішення про грошову компенсацію моральної шкоди, може вважати визнання самого факту правопорушення, вчиненого щодо потерпілого, достатньою справедливою

компенсацією⁶⁸³. Подібна судова практика існує і в національних судах⁶⁸⁴. При обранні такого способу компенсації моральної шкоди сатисфакція відбувається не у формі деліктного зобов'язання, а із самостійним використанням ст. 23 ЦК.

Таким чином, можна дійти висновку, що застосування норм по відшкодуванню моральної шкоди пов'язане з використанням значної кількості оціночних понять, які окреслені законом зі значним ступенем відносності, а визначальна роль у їх правильному розумінні та застосуванні відводиться суду.

Зміст моральної шкоди щодо юридичної особи складає зниження її ділової репутації, тобто оцінки її як учасника суспільного життя, контрагента, суб'єкта на ринку товарів та послуг тощо. У даному випадку моральна шкода виступає переважно як категорія економічна, оскільки високий рівень ділової репутації стає запорукою успіху, стабільності, отримання матеріальних благ. Приниження ділової репутації є виявом моральної шкоди і для фізичних осіб, власна діяльність яких спрямована на отримання доходів.

ЦК не виходить із того, що моральна шкода відшкодовується лише у випадках, передбачених ним або спеціальними законами. По суті, в гл. 82 ЦК, у системному зв'язку зі ст. 23 ЦК, яка характеризує загальні засади захисту цивільних прав та інтересів, проводиться ідея, що моральна шкода повинна відшкодовуватися кожному, кому вона дійсно завдана⁶⁸⁵. Деякі особливості цього правила встановлює ч. 2

ст. 1168 ЦК, яка вказує, що моральна шкода, завдана смертю фізичної особи, відшкодовується її чоловікові (дружині), батькам (усиновлювачам), дітям (усиновленим), а також особам, які проживали з нею однією сім'єю.

У ч. 2 ст. 1167 ЦК ідеться про відшкодування моральної шкоди незалежно від вини того, хто її завдав, якщо шкоди завдано каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю фізичної особи внаслідок дії джерела підвищеної небезпеки; якщо шкоди завдано фізичній особі внаслідок її незаконного засудження, незаконного притягнення до кримінальної відповідальності, незаконного застосування як запобіжного заходу тримання під вартою або підписки про невиїзд, незаконного затримання, незаконного накладення адміністративного стягнення у вигляді арешту або виправних робіт; в інших випадках, встановлених законом.

Однак вищезазначений припис фактично нівелюється подальшим змістом самого ЦК, оскільки всі статті гл. 82, де йдеться про відшкодування шкоди незалежно від вини того, хто завдав шкоду (статті 1173–1176, 1187), використовують термін «шкода», а не «майнова» чи «моральна» шкода. Це означає, що диспозиції зазначених статей також охоплюють і моральну шкоду, впроваджуючи правило про безвиновну відповідальність за її завдання і в цих випадках. Останнє є абсолютно правильним з огляду на те, що і моральна, і майнова шкода є складовими багатогранного поняття «шкода», а отже, мають підпорядковуватися єдиним принципам їх відшкодування.

У науковій літературі висловлюється думка, що стосовно моральної шкоди більш адекватним є термін «компенсація», а не «відшкодування», який використовує ЦК. Існує погляд, що незважаючи на надзвичайну

⁶⁸³ Див. напр. Рішення у справі «Білуха проти України» від 9 листопада 2006 р. // Офіц. вісн. України. – 2007. – № 19. – Ст. 785; Рішення у справі «Воловик проти України» від 6 груд. 2007 р. // Офіц. вісн. України. – 2008. – № 32. – Ст. 1074.

⁶⁸⁴ Паліюк, В. П. Особливості застосування судами України Конвенції про захист прав людини та основних свобод [Текст] : (навч.-практ. посіб.) / В. П. Паліюк. – Миколаїв : Атол, 2003. – С. 111–122.

⁶⁸⁵ У справі «Новоселецький проти України» від 22 лютого 2005 р. (пункти 22, 76) Європейський суд з прав людини був «особливо здивований» тим, що національний суд відхилив позов про відшкодування шкоди з посиланням на те, що «відшкодування моральної шкоди у житлово-правових спорах законом не передбачено» // Офіц. вісн. України. – 2005. – № 31. – Ст. 1917.

близькість та залежність цих понять, вони не є тотожними⁶⁸⁶. При усуненні негативних наслідків, які називають моральною шкодою, через її нематеріальну сутність неможливо вести мову про точне вартісне визначення всіх втрат потерпілого та їх абсолютну еквівалентність. При усуненні негативних втрат у вигляді моральної шкоди можна говорити лише про еквівалентність благ — заміну втраченого блага іншим, зовні подібним за обсягом та характером. Понесені втрати лише замінюються іншими цінностями, тому в таких випадках допустимо вести мову саме про компенсацію як про можливість лише заміни понесених втрат відповідними матеріальними цінностями. За таких умов грошові кошти набувають певним чином іншого значення: вони вартісно вимірюють не моральну шкоду, а благо, яким компенсується втрачене. Виходячи з цього, хоча в даному разі законодавством і передбачається «відшкодування» шкоди, конкретне виявлення цього відшкодування криється за поняттям «компенсація».

Саме «компенсаційністю» моральної шкоди пояснюються виключно оціночні критерії при визначенні грошової суми компенсації, які наведені у ч. 3 ст. 23 ЦК, а також необхідність врахування при цьому вимог розумності і справедливості.

Моральна шкода відшкодовується одноразово грішми, іншим майном або в інший спосіб, однак згідно з ч. 1 ст. 1168 ЦК вона може бути відшкодована також і шляхом здійснення щомісячних платежів, якщо її завдано каліцтвом або іншим ушкодженням здоров'я.

§ 13. Відшкодування державою шкоди, завданої злочином

Статтями 1177 та 1207 ЦК встановлено, що шкода, завдана каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю фізичної особи внаслідок злочину, а також майнова шкода, завдана майну фізичної особи внаслідок злочину, у разі, якщо не встановлено особу, яка вчинила злочин, або якщо ця особа є неплатоспроможною, відшкодовується державою. Цими ж статтями передбачено, що умови та порядок відшкодування державою зазначеної шкоди встановлюються законом. Отже, вони не мають прямої дії й можуть бути реалізовані на практиці виключно за допомогою спеціально прийнятого закону, який на сьогодні відсутній. Не підлягають застосуванню в цьому випадку також і норми Конституції України як норми прямої дії, оскільки Конституція України не передбачає права на відшкодування за рахунок держави шкоди потерпілим від злочину.

Вважається, що розробка механізму відшкодування державою завданої злочином шкоди була викликана необхідністю додержання гарантій у сфері забезпечення прав потерпілих від злочину⁶⁸⁷, усвідомленням соціальної несправедливості остаточності інтересів жертви злочину в аспекті розкриття злочину⁶⁸⁸.

⁶⁸⁶ Докладніше про це: Приступа, С. Н. Концептуальні засади компенсаційної функції цивільного права [Текст] / С. Н. Приступа // Вісн. Акад. прав. наук України. – 1996. – №6. – С. 153–160.

⁶⁸⁷ Присяжнюк, Т. І. Актуальні питання охорони прав потерпілого від злочину // Вісн. Верхов. Суду України. – 2006. – № 12. – С. 23.

⁶⁸⁸ Баранова, Л. М. Компенсація шкоди жертвам насильницьких злочинів в Україні. Фахові аспекти [Текст] / Л. М. Баранова, С. Є. Сиротенко, М. І. Сірий. – К. : Наш час, 2006. – С. 39.

Частково зазначене питання могло бути вирішене приєднанням України до Європейської конвенції щодо відшкодування збитків жертвам насильницьких злочинів від 24 листопада 1983 р.⁶⁸⁹, яка станом на липень 2010 р. набула чинності для 25 європейських країн. Однак підписана від імені України в квітні 2005 р. зазначена Конвенція не ратифікована й не має юридичної сили на території України. Крім того, зазначена Конвенція згідно зі ст. 1 не має безпосередньої прямої дії та може бути застосована виключно через механізми національного законодавства.

Намагання розробити спеціальний закон щодо компенсації державою завданої злочином шкоди час від часу приймаються. Вважається, що він має бути спрямований на компенсацію завданої фізичній особі шкоди, зміст якої визначається ЦК, однак публічно-правовими засобами. При цьому посилання на цей закон у статтях 1177 та 1207 ЦК не повинно змінювати його публічно-правової суті.

Передбачена вказаними статтями за рахунок держави компенсація шкоди потерпілим від злочину не може розглядатися як цивільно-правове зобов'язання й не є майновою відповідальністю, перекладеною із злочинця на державу. В цьому випадку доречно вести мову лише про виконання державою її соціальних функцій, створення жертві додатково до існуючих засобів правового захисту допоміжних, привілейованих механізмів усунення негативних наслідків вчиненого злочину. За своїми функціями та завданнями відшкодування за рахунок держави завданої злочином шкоди є наближеним до системи соціального забезпечення й має існувати як її елемент.

Питання про види шкоди, її зміст та обсяг допустимої компенсації потерпілим залежить від фінансових можливостей держави. Так, ст. 4 Конвенції рекомендує здійснювати компенсацію щонайменше втраченого заробітку, витрат, пов'язаних із лікуванням, госпіталізацією і похованням, а стосовно утриманців — втрату утримання.

Європейський досвід прийняття подібних нормативних актів свідчить про поступове розширення кола злочинів, у яких потерпілі отримують право на компенсацію, а також запровадження її мінімальних та максимальних меж. Очевидною також стає проблема встановлення пріоритетності (черговості) виплат по кожній із складових завданої шкоди, співвідношення сум, які потерпілий чи члени його сім'ї або інші особи отримують у порядку цивільно-правового страхування життя та здоров'я, соціального забезпечення чи соціального страхування, а також із законодавством, яке регулює порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів дізнання, досудового слідства, прокуратури та суду.

Невирішеним також є питання про органи, які надаватимуть допомогу потерпілим, здійснюватимуть обрахування, а також призначення виплат. Ними можуть бути як спеціально створений Фонд допомоги потерпілим від злочинних посягань, так і територіальні органи Міністерства юстиції України, соціального захисту або суд.

Питання для самоконтролю

1. Поняття та елементи зобов'язань по відшкодуванню шкоди.
2. Поняття, зміст і підстави деліктної шкоди.
3. Випадки звільнення від відповідальності за завдання шкоди.
4. Особливості відшкодування шкоди, завданої особою у разі здійснення нею права на захист.

⁶⁸⁹ Очевидно, що назва Конвенції має перекладатися за допомогою терміносполучення «компенсація шкоди»; див : European Convention on the Compensation of Victims of Violent Crimes [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/HTML/116.htm>.

5. Особливості відшкодування юридичною або фізичною особою шкоди, завданої їхнім працівником чи іншою особою.
6. Особливості відшкодування шкоди, завданої актами законодавчої та виконавчої влади.
7. Особливості відшкодування шкоди, завданої актами правоохоронних органів та органів судової влади.
8. Особливості відшкодування шкоди, завданої фізичними особами з частковою або неповною цивільною дієздатністю, недієздатними, з вадами психічного чи фізичного стану та особами з обмеженою цивільною дієздатністю.
9. Особливості відшкодування шкоди, завданої джерелом підвищеної небезпеки.
10. Особливості відшкодування ядерної шкоди.
11. Особливості відшкодування шкоди, завданої фізичній особі каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю.
12. Особливості відшкодування шкоди, завданої внаслідок недоліків товарів, робіт.
13. Яке призначення мають норми про відшкодування державою шкоди потерпілим від злочинів? Визначте місце зазначених норм у законодавстві.
14. Визначте поняття та зміст моральної шкоди.
15. Назвіть умови виникнення зобов'язання по компенсації моральної шкоди. З'ясуйте обставини, з урахуванням яких визначається розмір компенсації моральної шкоди.

ГЛАВА 70

ЗОБОВ'ЯЗАННЯ У ЗВ'ЯЗКУ З НАБУТТЯМ, ЗБЕРЕЖЕННЯМ МАЙНА БЕЗ ДОСТАТНЬОЇ ПРАВОВОЇ ПІДСТАВИ

Загальні положення

Зобов'язання у зв'язку з набуттям, збереженням майна без достатньої правової підстави є окремим самостійним видом незадовірних зобов'язань. Вони мають особливі підстави виникнення, а також специфічний зміст. Загальні положення про ці зобов'язання визначені у ст. 1212 ЦК, відповідно до якої особа, яка набула або зберегла у себе майно за рахунок іншої особи (потерпілого) без достатньої правової підстави (безпідставно набуте майно), зобов'язана повернути це майно потерпілому.

Внаслідок цих фактів потерпілі зазнали шкоди своєму майну. У той же час інші особи набули те, що не повинні були отримати, або, навпаки, зберегли те, що повинні були втратити. Таким чином одні особи без будь-якої для цього підстави збагатили за рахунок інших.

Цей вид зобов'язань виникає на підставі таких юридичних фактів: 1) набуття або збереження майна однією особою за рахунок іншої;

2) відсутність для цього законних підстав.

При цьому не має значення, чи є безпідставно набуте або збережене майно результатом поведінки особи, яка збагатіла, самого потерпілого, третіх осіб або це склалося поза їхньою волею.

Набуття або збереження майна однією особою є наслідком відповідного зменшення майна іншої особи. Але не будь-яке збільшення майна однієї особи за рахунок іншої тягне виникнення даного виду зобов'язань. Необхідна відсутність законних підстав набуття та збереження майна.

Набуття чи збереження майна буде безпідставним не тільки за умови відсутності відповідної підстави із самого початку при набутті майна, а і тоді, коли первісно така підстава була, але у подальшому відпала. Так, буде безпідставно набути отримане за заповітом майно, якщо у подальшому заповіт буде визнаний недійсним.

Безпідставним стане набуте майно за договором дарування, якщо у випадках, передбачених законом, цей договір буде визнаний недійсним (ч. 3 ст. 719; ч. 4 ст. 720 ЦК).

Отже, для виникнення зобов'язання, передбаченого ст. 1212 ЦК, важливим є сам факт безпідставного набуття або збереження, а не конкретна підстава, за якою це відбулося. Ним можуть бути будь-які юридичні факти, як передбачені, так і не передбачені законом. Такими фактами можуть бути правомірні та неправомірні дії як самої безпідставно збагатілої особи, так і потерпілого або третіх осіб. Такою підставою може бути і судова ухвала.

Інакше кажучи, для визначення зобов'язання таким, що виникло внаслідок набуття, збереження майна без достатньої підстави, вирішальне значення має не характер поведінки набувача (правомірна чи неправомірна) і не юридичні факти, на підставі яких виникає це зобов'язання (правочини, події або вчинки), а відсутність передбачених законом або правочином підстав для набуття або збереження майна.

Всі життєві обставини, на підставі яких може виникнути безпідставне набуття майна, неможливо передбачити заздалегідь. Тому вони в законі не перераховані, а лише в узагальненій формі виражені у ст. 1212 ЦК, відповідно до якої правила, передбачені гл. 83 ЦК, застосовуються незалежно від того, чи виявилось безпідставне набуття наслідком поведінки набувача майна, самого потерпілого, третіх осіб або відбулося поза їхньою волею.

Згідно з принципом, що ніхто не має права набувати майно за чужий рахунок без передбаченої законом або правочином підстави, який покладений у зміст ст. 1212 ЦК, безпідставність такого набуття робить його об'єктивно протиправним. Тому протиправність поведінки не належить ні до обов'язкових, ні до характерних умов безпідставного набуття майна. Протиправність безпідставного набуття виражається в самому факті зменшення охоронюваних законом майнових інтересів потерпілого. Стан набувача майна, збереженого за рахунок іншої особи, вважається неправомірним, в силу чого він і повинен повернути його.

Суб'єктом зобов'язання є особа, яка безпідставно набула або зберегла майно (боржник), і особа, яка має право на отримання від боржника безпідставно набутого або збереженого (кредитор). Ними можуть бути як фізичні особи, в тому числі недієздатні, так і юридичні особи незалежно від характеру їхньої правосуб'єктності.

Об'єктом зобов'язання внаслідок безпідставно набутого майна є дії безпідставно збагатілої особи (боржника) щодо повернення потерпілому (кредитору) безпідставно набутого або збереженого.

Змістом даного зобов'язання є право потерпілого вимагати повернення безпідставного збагачення (в натурі або шляхом компенсації) від безпідставно збагатілої особи та обов'язок останньої повернути отримане (збережене) майно потерпілому.

Закон розрізняє два засоби виникнення безпідставних вигід у однієї особи за рахунок іншої: безпідставне набуття та безпідставне збереження майна. Відповідно до цього виділяють і два види зобов'язань з безпідставного набуття майна.

Набуття майна взагалі передбачає набуття будь-якого майнового права. Безпідставне набуття має місце, коли майно надходить до сфери набувача без виникнення права на нього або з виникненням права, але без достатньої для цього підстави (наприклад, коли майно збереглося, але вже змішалось із майном набувача і не може бути відокремлене з однорідних речей).

На відміну від набуття, яке завжди передбачає збільшення майна набувача, при безпідставному збереженні обсяг його майна залишається таким самим, як і раніше, хоча і повинен був зменшитися, якщо б не настав певний юридичний факт, який потяг розглядуване зобов'язання.

Зобов'язання з безпідставного набуття майна схоже з деліктним зобов'язанням. Різниця між зобов'язаннями із заподіяння шкоди та із безпідставного набуття майна полягає у підставах їхнього

виникнення. Підставою виникнення зобов'язання із заподіяння шкоди є делікт (правопорушення). Безпідставність же набуття майна спирається на різноманітні факти, в тому числі і на правомірні (вчинки), події, поведінку тварин тощо. У зв'язку з цим, за винятком випадків, передбачених законом, зобов'язання із заподіяння шкоди виникають тільки з вини заподіювача шкоди. Для виникнення ж зобов'язань, передбачених ст. 1212 ЦК, має значення сам факт безоплатного переходу майна від однієї особи до іншої або збереження майна однією особою за рахунок іншої за відсутності для цього правових підстав.

Вказані зобов'язання мають відмінність і за суб'єктивним складом. У зобов'язаннях із заподіяння шкоди поряд з особою, зобов'язаною до відшкодування шкоди, завжди є і конкретний потерпілий — кредитор, на користь якого і відбувається відповідне стягнення. При безпідставному набутті майна такого потерпілого може і не бути, тоді безпідставно набуте майно підлягає стягненню в доход держави. Крім того, при безпідставному набутті майна боржник завжди є збагатілою особою. У випадках же заподіяння шкоди боржником нерідко виступає не сам заподіювач шкоди, а третя особа, на яку закон покладає обов'язок відшкодувати заподіяну шкоду.

Відмінність зобов'язань, які розглядаються, полягає і у їхньому змісті. Зобов'язання із заподіяння шкоди забезпечують відновлення майнового стану потерпілого в тому вигляді, в якому він перебував до правопорушення, до повного відшкодування. В цьому випадку відшкодування дорівнює шкоді. При безпідставному набутті немає відповідності майнової вигоди набувача втратам потерпілого: останньому шкода відшкодовується тільки у тому обсязі, в якому боржник збагатів.

Нарешті, різною є і юридична природа відновлюючих заходів у порівнюваних зобов'язаннях. Відшкодування шкоди за правилами гл. 82 ЦК звичайно є мірою відповідальності, в той час як обов'язок особи, яка безпідставно набула майно, повернути набуте або збережене потерпілому не є мірою відповідальності, тому що боржник не несе ніяких майнових втрат.

Безпідставне набуття майна може траплятися і у договірних відносинах, але це не змінює його недоговірної природи, оскільки відносини, які охоплюються ст. 1212 ЦК, виникають за межами обов'язків за договором. Їхньою підставою є не договір, а інші юридичні факти — односторонні правочини, фактичні дії, юридичні вчинки тощо, які не складають зміст обов'язку сторони за договором.

Відносини з безпідставного набуття або збереження майна мають широку сферу застосування. Вони являють собою універсальний інститут захисту цивільних прав і (якщо інше не передбачено ЦК, іншими законами або іншими правовими актами і не впливає із сутності відповідних відносин) застосовуються до всіх вимог щодо повернення безпідставно набутого майна незалежно від підстав його виникнення. Ці відносини межують із вимогами про повернення виконаного за недійсним правочином, а також за неукладеним договором; витребування майна власником із чужого незаконного володіння тощо.

Обсяг відшкодування. Зміст вимог визначається характером та розміром безпідставно набутого або збереженого і залежить від можливості повернення цього майна в натурі. Якщо така можливість існує, майно, яке безпідставно набуто, повинне бути повернено потерпілому в натурі (ч. 1 ст. 1213 ЦК). За відсутності такої можливості компенсується його вартість на момент розгляду судом справи про повернення майна (ч. 2 ст. 1213 ЦК). Якщо б індивідуально визначена річ, що була безпідставно набутою, збереглася в натурі, вона не ввійшла до складу майна набувача, і він не став її власником. У той же час її власник не втратив свого права на річ і може витребувати її за правилами ввідикації (статті 387–390 ЦК). Винятки складають випадки повернення майна, отриманого за підстав, які згодом відпали, що частіше відбувається при універсальному правонаступництві (наприклад, майно отримане за заповітом, який згодом визнаний судом недійсним). За межами цих наслідків є передача потерпілому не тієї ж самої, а такої ж однорідної речі (речей). Відповідно до цього неможливістю повернення безпідставно набутого в натурі розуміється відсутність однорідних речей.

Отже, засобом задоволення вимог потерпілого при безпідставному набутті його майна іншою особою є повернення речі або сплата грошової компенсації.

При поверненні майна в натурі набувач відповідає за будь-які його недоліки, в тому числі і випадкові, недостачу або погіршення майна, які виникли після того, як він дізнався або міг дізнатися про безпідставність збагачення. До цього моменту він відповідає лише за умисел і грубу необережність (ч. 1 ст. 1214 ЦК).

Обов'язок щодо повернення майна або компенсації його вартості повинен бути виконаний його набувачем негайно після того, як він дізнався про безпідставність отримання цього майна. В інших випадках він повинен відшкодувати потерпілому збитки, викликані наступною зміною вартості майна.

Безпідставно набуте майно може приносити доходи або плоди як природне породження самої речі (приплід тварин тощо), або на підставі укладання цивільно-правових правочинів (передача майна в найм тощо). Оскільки безпідставним було саме набуття (збереження) самого майна, безпідставним буде й отримання доходів і плодів (приплоду) від нього. Але закон визнає отримання доходів і плодів безпідставним лише за умови, коли набувач майна знав або повинен був знати про безпідставність його отримання. Тому набувач повинен повернути або відшкодувати потерпілому всі доходи, які він одержав або міг одержати з цього майна з того часу, як дізнався або міг дізнатися про безпідставність набуття майна (ч. 1 ст. 1214 ЦК). Доходи або інші вигоди, які отримані ним до цього часу, не підлягають поверненню або відшкодуванню.

Законодавець окремо вирішив також питання щодо відшкодування потерпілому доходів при безпідставному користуванні його грошовими коштами. Згідно ч. 2 ст. 1214 ЦК на суму безпідставного грошового отримання підлягають нарахуванню проценти за користування чужими коштами з того часу, коли набувач дізнався або міг дізнатися про безпідставність отримання або збереження грошових коштів. Проценти підлягають нарахуванню відповідно до правил ст. 536 ЦК.

Безпідставне набуття може полягати у набутті (збереженні) не тільки майна, але і майнових прав. У цих випадках зміст вимоги потерпілого зводиться до поновлення безпідставно втраченого ним права.

Безпідставно набуте майно, яке не підлягає поверненню. У випадках, прямо передбачених законом, майно, яке передане іншій особі, не може бути витребуване назад як безпідставно отримане. Перелік таких випадків вказаний у ст. 1215 ЦК. Серед них позначені відносини, пов'язані з отриманням грошових сум, які надавалися особам як засоби до існування. Як такі засоби можуть виступати безпідставно виплачені заробітна плата та платежі, які до неї дорівнюються (стипендії, пенсії, допомоги тощо) за умови відсутності рахункової помилки або недобросовісності з боку набувача. За такої ж обставини і таких же умов не підлягають поверненню суми, які не повинні були виплачуватися із заподіяння шкоди, завданої каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю. Не підлягають поверненню суми, які виплачені у більшому, ніж повинно отримувачеві, розмірі або вдруге за аліментними зобов'язаннями та інші суми, якщо для отримувача вони були засобом до існування.

Отримання безпідставно набутого майна породжує обов'язок повернути отримане лише за умови, що майно отримано за рахунок того, хто поніс відповідні втрати у майні. Зустрічаються випадки, коли особі передається майно, яким вона володіла хоча б і без відповідного права на нього, або майно, яке підлягає передачі їй у майбутньому. В таких випадках обов'язку повернути отримане не виникає, оскільки немає потерпілого, тобто особи, за рахунок якої майно отримане. На цій підставі не підлягає поверненню як безпідставно набуте майно, яке передане в рахунок виконання зобов'язання або до настання строку його виконання, якщо зобов'язанням не передбачено інше, або зі спливом строку позовної давності. У наведених випадках взагалі немає безпідставного набуття. Передача майна в рахунок виконання зобов'язання до настання строку його виконання не може розцінюватися як отримання неналежного, оскільки боржник, хоча і достроково, але передає кредитору майно,

тобто виконує свій обов'язок, який впливає із договору або закону. Це правило застосовується у всіх випадках дострокового виконання зобов'язання, незалежно від обов'язковості отримання такого виконання для кредитора.

Питання для самоконтролю

1. Поняття зобов'язань у зв'язку з набуттям, збереженням майна без достатньої правової підстави.
2. Види зобов'язань із безпідставного збагачення.
3. Зміст зобов'язань із безпідставного збагачення.

Рекомендована література

- Безклубий, І. А. Банківські правочини: цивільно-правові проблеми [Текст] : монографія / І. А. Безклубий. – К. : Вид.-полігр. центр «Київський університет», 2005. – 378 с.
- Бервено, С. М. Проблеми договірної права України [Текст] / С. М. Бервено. – К. : Юрінком Інтер, 2006. – 392 с.
- Берестова, І. Е. Набуття, збереження майна без достатньої правової підстави в підприємницькій діяльності (питання теорії і практики) [Текст] : монографія / І. Е. Берестова, В. І. Бобрик ; за заг. ред. О. Д. Крупчана. – К. : НДППП, 2006. – 150 с.
- Бегова, Т. І. Поняття «ноу-хау» і договір про його передання [Текст] : монографія / Т. І. Бегова. – Х. : Право, 2009. – 160 с.
- Боднар, Т. В. Виконання договірних зобов'язань в цивільному праві [Текст] : монографія / Т. В. Боднар. – К. : Юрінком Інтер, 2005. – 272 с.
- Боднар, Т. В. Гражданско-правовая ответственность за нарушение договорных обязательств: виды и формы [Текст] / Т. В. Боднар // Альм. цивилистики : сб. ст. Вып. 1 / под ред. Р. А. Майданика. – Киев : Всеукр. асоц. издателей «Правова єдність», 2008. – С. 73–91.
- Боднар, Т. В. Договірні зобов'язання в цивільному праві (Заг. положення) [Текст] / Т. В. Боднар. – К. : Юстініан, 2007.
- Васильєва, В. А. Цивільно-правове регулювання діяльності з надання посередницьких послуг [Текст] / В. А. Васильєва. – Івано-Франківськ : Прикарпат. нац. ун-т ім. В. Стефаника, 2006. – 346 с.
- Венедіктова, І. В. Договір довірчого управління майном в Україні [Текст] : навч. посіб. / І. В. Венедіктова. – Х. : Консум, 2004. – 216 с.
- Горбунова, Л. М. Довічне утримання (догляд) [Текст] / Л. М. Горбунова, С. В. Рогачов, І. Ф. Іванчук. – К. : Поліграф-Експрес, 2006. – 41 с.
- Дрішлюк, В. І. Щодо поєднання публічного та приватного в договірному праві України (на прикладі публічного договору) [Текст] / В. І. Дрішлюк // Унів. наук. зап. Час. Хмельниць. ун-ту управління та права. – 2006. – № 2. – С. 155–158.
- Захарьїна, А. В. Договір мені [Текст] : практ. посіб. / А. В. Захарьїна. – М. : ДИС, 2004. – 128 с.
- Ісаєв, А. М. Договір дарування за Цивільним кодексом України [Текст] : монографія / А. М. Ісаєв. – Х. : Дьяконенко, 2010. – 224 с.
- Кот, О. Перехід права кредитора до третіх осіб: поняття та співвідношення з деякими суміжними інститутами цивільного права [Текст] / О. Кот // Юрид. журн. – 2008. – № 5. – С. 56–58.
- Кривобок, С. В. Правочини з підприємством як єдиним майновим комплексом [Текст] : монографія / С. В. Кривобок. – Х. : Право, 2009. – 176 с.
- Крижна, В. М. До питання системи договорів у сфері інтелектуальної власності [Текст] / В. М. Крижна // Інноваційний розвиток України: наукове, економічне та правове забезпечення : Всеукр. наук.-практ. конф., Харків, 27–28 жовт. 2006 р. – Х. : ВД «ІНЖЕК», 2007. – С. 400–403.
- Кузьмич, О. Я. Юридична природа прав третьої особи, на користь якої укладений договір [Текст] / О. Я. Кузьмич // Юрид. Україна. – 2009. – № 1. – С. 67–70.
- Луць, В. В. Контракти у підприємницькій діяльності [Текст] / В. В. Луць. – К. : Юрінком Інтер, 2001. – 560 с.
- Майданик, Р. А. Інвестиційний договір на будівництво житла: поняття і правова природа [Текст] / Р. А. Майданик, Н. В. Дроздова. – К. : НДІ приват. права і підприємництва АПрН України, 2006. – 35 с.

- Майданик, Р. А. Проблеми довірчих відносин в цивільному праві [Текст] / Р. А. Майданик. – К. : Вид.-полігр. центр «Київський університет», 2002. – 502 с.
- Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України [Текст] : в 4 т. / А. Г. Ярема, В. Я. Карабань, В. В. Кривенко, В. Г. Рогань. – К. ; Севастополь : А. С. К. ; Ін-т юрид. дослідж., 2004. – Т. 2.
- Отрадна О.О. Недоговірні зобов'язання у цивільному праві України: навч. посіб. / О. О. Отрадна. – К., 2009. – 240 с.
- Очиченко, О. Нюанси та особливості застосування відступлення права вимоги (цесії) [Текст] / О. очиченко // Юрид. радник. – 2008. – № 1. – С. 60–63.
- Погрібний, С. О. Механізм та принципи регулювання договірних відносин у цивільному праві України [Текст] / С. О. Погрібний. – К. : Прав. єдність, 2009. – 304 с.
- Примак В. Д. Цивільно-правова відповідальність юридичних осіб [Текст] : монографія / В. Д. Примак. – К. : Юрінком Інтер, 2007. – 432 с.
- Простибоженко, О. Договір міни [Текст] / О. Простибоженко. – К. : Вид. Фурса С. Я., 2005. – 124 с.
- Пучковська, І. Й. До питання щодо сфери застосування притримання як засобу забезпечення виконання зобов'язань [Текст] / І. Й. Пучковська // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2006. – № 2 (45). – С. 153–160.
- Пучковська, І. Й. Забезпечувальна сутність поруки [Текст] / І. Й. Пучковська // Держ. буд-во та місц. самоврядування : зб. наук. пр. – Х., 2007. – Право. Вип. 14. – С. 132–140.
- Пучковська, І. Й. Неустойка і завдаток як види забезпечення виконання зобов'язання та міри цивільно-правової відповідальності [Текст] / І. Й. Пучковська // Вісн. Акад. прав. наук України. – № 1 (48). – 2007. – С. 149–158.
- Пучковська, І. Й. Щодо незалежного характеру гарантії як виду забезпечення виконання зобов'язань [Текст] / І. Й. Пучковська // Вісн. Акад. прав. наук України. – № 3 (50). – 2007. – С. 117–124.
- Пушай, В. І. Уступка вимоги і переведення боргу в цивільних правовідносинах (на матеріалах судової практики) [Текст] : автореф. канд. дис. / В. І. Пушай. – К., 2006. – 18 с.
- Сибіга, О. М. Договір комісії за Цивільним кодексом України [Текст] : монографія / О. М. Сибіга. – Х. : Право, 2010. – 184 с.
- Страховання [Текст] : підруч. / кер. авт. кол. і наук. ред. С. С. Осадець. – Вид. 3-тє, без змін. – К. : КНЕУ, 2006. – 604 с.
- Страховання в Україні: Нормативно-правове регулювання [Текст]. – К. : КНТ, 2006. – 420 с.
- Судова практика у справах господарського судочинства. Договірні зобов'язання [Текст] / за заг. ред. І. І. Балаклицького. – К. : Юрисконсульт, 2007.
- Теньков, С. Проблемні питання судового розгляду спорів, що пов'язані з відшкодуванням збитків [Текст] / С. Теньков // Вісн. госп. судочинства. – 2005. – № 2. – С. 127–130.
- Тімуш, І. С. Рента як ризиковий договір (цивільно-правові аспекти) [Текст] / І. С. Тімуш // Право України. – 2004. – № 1. – С. 52–55.
- Цивільний кодекс України [Текст] : наук.-практ. комент. / за ред. розробників проекту Цивільного кодексу України. – К. : Істина, 2004. – С. 419–423.
- Яворська, О. С. Особливості передання майна у власність за договорами ренти [Текст] / О. С. Яворська // Підприємництво, госп-во і право. – 2008. – № 9. – С. 73–77.

Предметний покажчик

А

Абонент 227–229, 231–242, 401
Аванс 60, 61, 103, 363, 365, 383, 546, 547, 596, 598
Акредитив 131, 604, 606, 610–614
Акцепт 11, 161, 623
Акцептант 162, 163, 165, 166
Альтернативне зобов'язання 42
Арешт 116, 170, 496, 497, 756, 757, 793

Артикул 56

Асортимент 189–191, 203, 206, 219, 221, 223, 224, 462, 463

Б

Багаж 307, 308, 313, 408, 409, 412–414, 416–418, 420, 442

Багатосторонній договір 138

Бажання 16, 67, 81, 138, 205, 289, 381, 392, 476, 479, 617, 630, 663, 691, 699, 732, 742, 783

Банк 9, 21, 40, 42, 68, 70, 71, 74, 79, 80, 87, 92, 94, 95, 97, 98, 112–116, 131, 138, 143, 145, 151, 153, 154, 160

Банк–емітент 611–618

Банківська таємниця 583

Банківський рахунок 94, 539, 558

Бартер 243–246

Безвідкличний акредитив 131

Безготівкові розрахунки 604, 605, 610

Бенефіціар 70–76, 610–614

Боржник 9–14, 17–84, 88–134, 151, 152, 159–167, 210, 244, 264, 333, 351, 426, 466

Будівельний підряд 7, 371–379

Будівельні норми і правила 373

(БНІП)

В

Вантаж 78, 98, 116, 119, 165, 220, 223, 224, 307, 308, 313, 376, 408–434, 505, 588, 611, 613

Виконавець 43, 357, 381, 384–396, 401, 405, 493, 495, 790

Виконання зобов'язання 11, 13, 21, 27, 32–76, 82, 87–103, 108–112, 118–125, 192, 222, 224, 245, 351, 456, 463, 466, 468, 469, 490, 491, 539, 541, 548, 555, 591, 595, 691, 698, 720, 741, 802

Випадок 28, 52, 54, 55, 61, 67, 68, 122, 132, 259, 264, 265, 364, 395, 455, 470, 481, 502, 517, 518, 527, 575, 655, 720, 769, 775, 780

Виробник сільськогосподарської продукції 221

Відкличний акредитив 613

Відмова від договору 172, 176, 433,
472

Відчужувач 9, 138, 146, 181, 267–274, 683

Відшкодування 16, 19, 26, 34, 41, 43, 45, 56–64, 77, 79, 98, 100, 102, 107, 110, 113, 119, 121, 122, 123, 125, 127, 128, 150, 166, 174, 199,
201–208, 215

Вклад 9, 21, 36, 131, 151, 485, 550, 557–576, 629, 650, 653, 673

Вкладник 152, 557–576

Г

Грошове зобов'язання 40, 64, 71, 75, 87, 115, 132, 221, 323, 542, 602

Д

Дарувальник 29, 30, 117, 176, 181, 249–256, 261

Делькредере 462, 468, 474

Державний реєстр обтяжень рухомого майна 81, 82, 89

Державний реєстр національної культурної спадщини 79

Довіритель 448–459, 614, 615

Договір 7–10, 15, 20–23, 28–32, 38–40, 51, 53, 57–62, 66–69, 74, 75, 78, 81

Е

Експедитор 421–434

З

Забезпечення виконання зобов'язань 51–59, 67, 68, 71–74

Заготівельник (контрактант) 221–224

Заміна сторони у договорі 334

Замовник 9, 13, 43, 45, 49, 98, 167, 168, 174, 229, 356–396, 399–406, 423, 448, 547, 586, 615, 638

Зарахування 37, 38, 61, 105, 108, 110–113, 130, 323, 432, 456, 539, 549, 564, 570, 577, 582, 602

Засновник конкурсу 688–693

Зберігач 47, 398, 400, 405, 435–444, 559

Злочин 255, 524, 581, 709, 712, 728, 732, 737, 756, 794

I

Індексація 107, 158, 224, 274, 278, 290
Індивідуальний банківський сейф 398
Інкасо 604, 614–618
Інкотермс 161, 220

K

Капітальна споруда 294–296
Капітальний ремонт 279, 280, 306, 318, 345, 360
Клієнт 212, 409, 423–434, 480, 545, 554, 559, 566, 569, 570, 577–585, 588–616
Комісіонер 14, 98, 183, 347, 422, 436, 446, 460–474, 570
Комітент 14, 43, 98, 422, 436, 460–474, 570
Компенсація 123, 322, 525, 780, 783, 793, 794
Конкурс 160, 167, 170, 177, 684
Користувач 117, 146, 176, 252, 315, 317, 344, 346–348, 350–355, 537, 553, 653–667
Кошторис 174, 296, 361, 362, 369, 373–383, 389
Кредитодавець 549, 551, 334, 555
Кредитор 9–14, 17–132, 150–153, 213, 244, 252, 261, 278, 300

L

Лізингодавець 314–320, 323–326
Лізингодержувач 314–326
Ломбард 86, 439, 440, 547

H

Набувач 83, 102, 146, 151, 152, 174, 181, 261, 262, 267–274, 354, 469, 476–478, 481
Наймач 5, 10, 25, 26, 35, 47, 106, 117, 165, 174, 190, 275–298, 307, 726
Наймодавець 47, 165, 277, 287, 294, 298, 307
Новація 106, 108, 109, 114, 117

O

Обдарованийий 249–256
Обслуговування 139, 153, 160, 186, 197, 198, 202, 225, 242, 279, 292, 311, 322
Оферта 162–165, 167

P

Перевізник 43, 48, 78, 98, 119, 190, 192, 193, 312, 409–433, 616, 726
Перестраховик 509
Перестраховальник 509, 515
Перестраховання 508–511, 515
Підрядник 5, 13, 42, 43, 45, 49, 98, 174, 229, 357–384, 388, 615, 747–750
Повірений 251, 446–459, 462
Подвійне складське свідоцтво 438
Пожертвувач 256
Позичкодавець 344, 350, 354, 355
Поклаждодавець 436, 438, 440, 441, 443
Поручитель 38, 62–68, 70, 72, 76, 80, 81, 111, 468, 469
Послуги 5, 33, 71, 115, 119, 141, 159, 163
Поточний ремонт 279, 311, 336, 375
Приблизний кошторис 362
Припинення договору 100, 105, 106, 159, 173, 263, 273, 280–283, 296, 298, 336, 342, 353, 354
Продавець 9, 21, 33, 34, 56, 84, 138, 148, 159, 163, 180, 181, 185
Професійний зберігач 406, 435, 436
Пул 509, 513, 775

P

Реклама 163, 198, 653

Розірвання договору 84, 122–124, 152, 155, 172–177, 191

С

Секвестр 443, 444

Солідарна відповідальність 490, 664

Солідарне зобов'язання 37

Страховик 106, 154, 499, 501–531, 545, 616, 769, 775, 780

Страхувальник 378, 502–511, 513–531, 545

Субкомісіонер 466, 467, 472

Субкористувач 662

Субліцензіат 635, 636

Субпідрядник 360, 361, 379

Суброгація 25

Т

Твердий кошторис 174, 362

Типовий договір 160, 227

У

Умисел 126, 714, 741, 742, 771, 790, 801

Упаковка 191, 200, 616

Управитель 276, 347, 446, 460, 462, 476–478, 481

Установник управління 152, 476, 485–487, 490, 495, 496

Ф

Фактичні дії 424, 447, 462, 478, 698, 699, 800

Фактор 118, 139, 225, 243, 389, 499, 522, 549

Факторинг 23, 24, 131, 399, 545, 586–601

Фрахт 313, 415, 511, 515

Фрахтівник 313, 414

Фрахтувальник 313, 414, 415

Ц

Ціна 56, 90, 159, 163, 170, 187, 188, 191, 199, 208, 211, 212, 220, 221, 223

Цінності 39, 79, 209, 305, 319, 440, 441, 490, 707, 708

Ч

Чартер (фрахтування) 313, 408, 414, 415, 428

Часткова відповідальність 63

Чек 206, 368, 369, 399, 588, 604, 606, 614, 615

Чекові бланки 617

Чекові книжки 617

Чекодавець 617, 618

Чекодержатель 618

Ш

Шкода 107, 127–129, 277, 311, 351, 528, 702, 705, 707, 709

Штраф 54–58, 66, 126, 127, 133, 224, 241, 411, 413, 419, 420, 528, 588, 650, 696, 711, 757

Ю

Юридичні дії 105, 432, 446, 447, 452, 462, 478

Я

Ядерна шкода 774–780

Зміст

РОЗДІЛ VII

ЗOBOB'ЯЗАЛЬНЕ ПРАВО. ЗАГАЛЬНІ ПОЛОЖЕННЯ

Глава 30

Зобов'язальне право і зобов'язання

§ 1. Поняття зобов'язального права	5
§ 2. Поняття та види зобов'язань	9
§ 3. Підстави виникнення зобов'язань	15
§ 4. Суб'єкти зобов'язань	17
Питання для самоконтролю	31

Глава 31

Виконання зобов'язання

§ 1. Поняття і загальні умови виконання зобов'язання	32
§ 2. Суб'єкти виконання зобов'язання	34
§ 3. Предмет виконання зобов'язання	40
§ 4. Спосіб, строк (термін) та місце виконання зобов'язання	43
§ 5. Підтвердження виконання зобов'язання	49
Питання для самоконтролю	50

Глава 32

Забезпечення виконання зобов'язання

§ 1. Загальна характеристика видів забезпечення виконання зобов'язання (забезпечень)	51
§ 2. Неустойка	55
§ 3. Завдаток	58
§ 4. Порука	62
§ 5. Гарантія	70
§ 6. Застава	76
§ 7. Притримання	97
Питання для самоконтролю	103

Глава 33

Припинення зобов'язань

§ 1. Поняття та загальна характеристика припинення зобов'язань	104
§ 2. Окремі підстави припинення зобов'язань	108
Питання для самоконтролю	117

Глава 34

Правові наслідки порушення зобов'язання.

Відповідальність за порушення зобов'язання

§ 1. Загальні положення про порушення зобов'язання	118
----------------------------------------------------------	-----

§ 2. Загальні положення про правові наслідки порушення зобов'язання.....	122
§ 3. Характеристика окремих правових наслідків порушення зобов'язання.....	123
§ 4. Відповідальність за порушення зобов'язання як правовий наслідок порушення зобов'язання	125
§ 5. Відповідальність за порушення грошового зобов'язання.....	131
Питання для самоконтролю	134

РОЗДІЛ VIII

ЗАГАЛЬНІ ПОЛОЖЕННЯ ПРО ДОГОВІР

Глава 35

Цивільно-правовий договір

§ 1. Поняття і значення договору	135
§ 2. Свобода договору.....	140
§ 3. Види договорів	145
§ 4. Зміст цивільно-правового договору та його тлумачення	156
§ 5. Форма та порядок укладення договору	161
§ 6. Зміна та розірвання цивільно-правового договору.....	171
Питання для самоконтролю	177

РОЗДІЛ ІХ

ЗОБОВ'ЯЗАННЯ, ЩО ВИНИКАЮТЬ У ЗВ'ЯЗКУ

З ПЕРЕДАЧЕЮ МАЙНА У ВЛАСНІСТЬ

Глава 36

Договір купівлі-продажу

§ 1. Загальні положення про купівлю-продаж.....	178
§ 2. Роздрібна купівля-продаж	195
§ 3. Договір купівлі-продажу підприємства	208
§ 4. Поставка	216
§ 5. Договір контрактації сільськогосподарської продукції	221
§ 6. Постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу	225
§ 7. Договір міни	243
Питання для самоконтролю	248

Глава 37

Договір дарування

Загальні положення	249
Питання для самоконтролю	256

Глава 38

Договір ренти

§ 1. Поняття та умови договору ренти	257
--------------------------------------------	-----

§ 2. Припинення договору ренти і розрахунки між сторонами	263
Питання для самоконтролю	266

Глава 39

Договір довічного утримання (догляду)

§ 1. Поняття та умови договору довічного утримання (догляду).....	267
§ 2. Зміст договору довічного утримання (догляду) та умови його виконання	270
Питання для самоконтролю	274

РОЗДІЛ X

ЗОБОВ'ЯЗАННЯ, ЩО ВИНИКАЮТЬ У ЗВ'ЯЗКУ З ПЕРЕДАЧЕЮ МАЙНА У КОРИСТУВАННЯ

Глава 40

Договір найму (оренди)

§ 1. Загальні положення про договір найму (оренди).....	275
§ 2. Договір прокату	284
§ 3. Найм (оренда) земельної ділянки	287
§ 4. Договір найму будівлі або іншої капітальної споруди	294
§ 5. Договір оренди підприємства	299
§ 6. Найм (оренда) транспортного засобу	307
§ 7. Договір лізингу	313
Питання для самоконтролю	326

Глава 41

Договір найму (оренди) житла

§ 1. Поняття договору найму (оренди) житла	328
§ 2. Права та обов'язки сторін за договором найму житла	332
§ 3. Розірвання договору найму житла.....	336
§ 4. Договір оренди житла з викупом	337
Питання для самоконтролю	343

Глава 42

Договір позички

§ 1. Поняття та елементи договору позички	344
§ 2. Зміст договору позички.....	350
§ 3. Припинення договору позички	354
Питання для самоконтролю	355

РОЗДІЛ XI

ЗОБОВ'ЯЗАННЯ, ЩО ВИНИКАЮТЬ У ЗВ'ЯЗКУ З ВИКОНАННЯМ РОБІТ

Глава 43

Договір підряду

§ 1. Загальні положення про підряд.....	356
§ 2. Побутовий підряд.....	367
§ 3. Будівельний підряд.....	371
§ 4. Підряд на проектні та пошукові роботи.....	380
Питання для самоконтролю.....	383

Глава 44

Договір на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт

§ 1. Поняття та загальна характеристика договору.....	384
§ 2. Права та обов'язки сторін.....	389
§ 3. Ризики та відповідальність сторін за договором.....	393
Питання для самоконтролю.....	396

РОЗДІЛ XII

ЗОБОВ'ЯЗАННЯ, ЩО ПОВ'ЯЗАНІ З НАДАННЯМ ПОСЛУГ

Глава 45

Договір про надання послуг

§ 1. Поняття послуги та договорів про надання послуг.....	397
§ 2. Поняття та умови договору про надання послуг.....	401
§ 3. Зміст договору про надання послуг та його виконання.....	403
Питання для самоконтролю.....	407

Глава 46

Договір перевезення

§ 1. Загальні положення про перевезення.....	408
§ 2. Правова характеристика договорів перевезення.....	410
§ 3. Відповідальність сторін за договором перевезення.....	418
Питання для самоконтролю.....	420

Глава 47

Договір транспортного експедирування

§ 1. Поняття та загальна характеристика договору транспортного експедирування.....	421
§ 2. Елементи договору транспортного експедирування.....	426
§ 3. Права та обов'язки сторін.....	431
§ 4. Припинення договору транспортного експедирування. Цивільно-правова відповідальність сторін.....	432
Питання для самоконтролю.....	434

Глава 48

Договір зберігання

§ 1. Загальні положення про зберігання	435
§ 2. Зберігання на товарному складі	437
§ 3. Спеціальні види зберігання	439
Питання для самоконтролю	445

Глава 49

Договір доручення

§ 1. Поняття та умови договору доручення	446
§ 2. Зміст договору доручення та його виконання	453
Питання для самоконтролю	459

Глава 50

Договір комісії

§ 1. Поняття та умови договору комісії	460
§ 2. Зміст договору комісії та його виконання	463
Питання для самоконтролю	475

Глава 51

Договір управління майном

§ 1. Загальна характеристика договору (предмет, форма, сторони)	476
§ 2. Права та обов'язки сторін	484
§ 3. Припинення договору	486
§ 4. Договір управління підприємством.....	488
Питання для самоконтролю	497

РОЗДІЛ XIII

ЗОБОВ'ЯЗАННЯ, ЩО ПОВ'ЯЗАНІ З НАДАННЯМ ФІНАНСОВИХ ПОСЛУГ

Глава 52

Страхові зобов'язання

§ 1. Загальні положення про страхування.....	499
§ 2. Страхові зобов'язання: поняття, характеристика	504
§ 3. Учасники страхових зобов'язань	510
§ 4. Укладення договору страхування та його істотні умови	516
§ 5. Зміст страхового зобов'язання. Відповідальність сторін	523
§ 6. Припинення договору страхування. Його недійсність	529
Питання для самоконтролю	532

Глава 53

Договір позики

§ 1. Поняття та елементи договору позики	533
§ 2. Зміст договору позики	539
Питання для самоконтролю	543

Глава 54

Кредитний договір

§ 1. Поняття та загальна характеристика кредитного договору	544
§ 2. Елементи та умови кредитного договору	549
§ 3. Права та обов'язки сторін за кредитним договором	553
Питання для самоконтролю	556

Глава 55

Договір банківського вкладу (депозиту)

§ 1. Поняття та загальна характеристика договору банківського вкладу (депозиту)	557
§ 2. Елементи та умови договору банківського вкладу (депозиту)	560
§ 3. Права та обов'язки сторін за договором банківського вкладу (депозиту)	570
Питання для самоконтролю	576

Глава 56

Договір банківського рахунка

Загальні положення	577
Питання для самоконтролю	585

Глава 57

Договір факторингу

§ 1. Поняття та загальна характеристика договору факторингу	586
§ 2. Елементи та умови договору факторингу	592
§ 3. Права та обов'язки сторін за договором факторингу	597
Питання для самоконтролю	601

Глава 58

Зобов'язання з розрахунків

§ 1. Загальні положення про розрахунки. Види безготівкових розрахунків	602
§ 2. Розрахунки із застосуванням платіжних доручень	607
§ 3. Розрахунки за акредитивом	610
§ 4. Розрахунки за інкасовими дорученнями	614
§ 5. Розрахунки із застосуванням розрахункових чеків	617
Питання для самоконтролю	619

РОЗДІЛ XIV

ЗОБОВ'ЯЗАННЯ ЩОДО РОЗПОРЯДЖАННЯ ПРАВАМИ

ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

Глава 59

Розпорядження майновими правами інтелектуальної власності

§ 1. Види договорів щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності	620
§ 2. Ліцензія на використання об'єкта права інтелектуальної власності	626

§ 3. Ліцензійний договір	631	
§ 4. Договір про передачу виключних майнових прав інтелектуальної власності		636
§ 5. Договір про створення за замовленням і використання об'єкта права інтелектуальної власності	638	
§ 6. Інші договори щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності	640	
Питання для самоконтролю	642	

Глава 60

Договір про передачу «ноу-хау»

Загальні положення	643
Питання для самоконтролю	651

Глава 61

Комерційна концесія

§ 1. Загальна характеристика договору комерційної концесії	652
§ 2. Права та обов'язки сторін за договором комерційної концесії	657
§ 3. Відповідальність за договором комерційної концесії	663
§ 4. Зміна та припинення договору комерційної концесії	664
Питання для самоконтролю	667

РОЗДІЛ XV

ЗОБОВ'ЯЗАННЯ, ЩО ВИНИКАЮТЬ

ІЗ СПІЛЬНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

Глава 62

Договір про спільну діяльність

Загальні положення	668
Питання для самоконтролю	674

Глава 63

Договір простого товариства

Загальні положення	675
Питання для самоконтролю	679

Глава 64

Засновницький договір

Загальні положення	680
Питання для самоконтролю	682

РОЗДІЛ XVI

НЕДОГОВІРНІ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ

Глава 65

Публічна обіцянка винагороди

§ 1. Публічна обіцянка винагороди без оголошення конкурсу.....	683
§ 2. Публічна обіцянка винагороди за результатами конкурсу	687
Питання для самоконтролю	693

Глава 66

Вчинення дій у майнових інтересах іншої особи без її доручення

§ 1. Поняття зобов'язання	694
§ 2. Елементи зобов'язання	698
Питання для самоконтролю	702

Глава 67

Рятування здоров'я та життя фізичної особи, майна фізичної особи або юридичної особи

§ 1. Зобов'язання, що виникають внаслідок рятування здоров'я та життя фізичної особи	703
§ 2. Зобов'язання, що виникають у зв'язку з рятуванням майна іншої особи	706
Питання для самоконтролю	709

Глава 68

Створення загрози життю, здоров'ю, майну фізичної особи або майну юридичної особи

Загальні положення	710
Питання для самоконтролю	715

Глава 69

Відшкодування шкоди

§ 1. Поняття і значення зобов'язань з відшкодування шкоди.....	716
§ 2. Підстави та умови виникнення зобов'язання з відшкодування шкоди	726
§ 3. Відшкодування шкоди, завданої особою у разі здійснення нею права на самозахист	742
§ 4. Відшкодування юридичною або фізичною особою шкоди, завданої їхнім працівником чи іншою особою	746
§ 5. Відшкодування шкоди, завданої актами законодавчої та виконавчої влади	750
§ 6. Відшкодування шкоди, завданої актами правоохоронних органів та органів судової влади	754
§ 7. Відшкодування шкоди, завданої фізичними особами з частковою або неповною цивільною дієздатністю, недієздатними, з вадами психічного чи фізичного стану та особами з обмеженою цивільною дієздатністю	757

§ 8. Відшкодування шкоди, завданої джерелом підвищеної небезпеки	763
§ 9. Відшкодування ядерної шкоди	771
§ 10. Відшкодування шкоди, завданої фізичній особі каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю	780
§ 11. Відшкодування шкоди, завданої внаслідок недоліків товарів, робіт (послуг)	787
§ 12. Відшкодування моральної шкоди	789
§ 13. Відшкодування державою шкоди, завданої злочинцем	793
Питання для самоконтролю	795

Глава 70

Зобов'язання у зв'язку з набуттям, збереженням

майна без достатньої правової підстави

Загальні положення	796
Питання для самоконтролю	801
Рекомендована література	802
Предметний покажчик	805

Навчальне видання

Цивільне право України

Підручник
У двох томах

Том 2

За редакцією професорів В. І. Борисової,
І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького

Редактор *А. В. Єфименко*

Коректор *О. В. Синицина*

Технічні редактори: *В. М. Зеленько, О. І. Євтєєва*

Підписано до друку з оригінал-макета 14.04.2011.
Формат 60×90 1/16. Папір офсетний. Гарнітура Times.
Обл.-вид. арк. 48,1. Ум. друк. арк. 51. Вид. № 535.
Тираж 2000 прим.

Видавництво «Право» Національної академії правових наук України
та Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»
Україна, 61002, Харків, вул. Чернишевська, 80а

Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи
до Державного реєстру видавців, виготівників і розповсюджувачів
видавничої продукції — серія ДК № 559 від 09.08.2001 р.

Віддруковано згідно з наданим оригінал-макетом
у ТОВ «Фактор-Друк»

61030, м. Харків, вул. Саратовська, 5